
A SUSPENSÃO DA VALIDADE DE PATENTES COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DE REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS PARA CONHECIMENTO TRADICIONAL E IMPLEMENTAÇÃO DA CBD

Diogo de Almeida Viana Santos

Doutor em PhD-International Development-Political Science pela Nagoya University – Japão.
Mestre em LL.M. Comparative Law - Nagoya University – Japão.
Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.
Diretor do Curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão. Professor de Direito
Internacional da Universidade Estadual do Maranhão – MA.
End. Eletrônico: diogoviana@gmail.com

RESUMO

Este artigo expõe os conflitos entre a Convenção sobre Diversidade Biológica (CBD) e o Direito da Propriedade Intelectual, propondo soluções. A Propriedade Intelectual deve incentivar o desenvolvimento tecnológico através da divulgação de novas tecnologias. As Comunidades Tradicionais e a Ciência cooperam para produzir inovações, entretanto o abuso de patentes em alguns casos célebres tem levado as comunidades a bloquear acesso a Recursos Genéticos e Conhecimento Tradicional, pondo em risco essa cooperação. Estados têm adotado regimes domésticos visando à incorporação dos termos da CBD, mas sua eficácia depende de cooperação internacional para compatibilizar tais regimes nacionais com o Direito de Propriedade Intelectual. Considerar válidas patentes que não cumprem com os regimes domésticos, enquanto se suspendem os direitos de exclusividade de uso da tecnologia, até que o detentor da patente cumpra com os requisitos da CBD, pode regular eficazmente as interações entre os atores relevantes e incentivar sua cooperação.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual. Conhecimento Tradicional. Biotecnologia. Convenção de Biodiversidade. Repartição de Benefícios.

*COPYRIGHT VALIDITY SUSPENSION AS AN INSTRUMENT TO
GUARANTEE THE SHARING OF THE BENEFITS OF TRADITIONAL
KNOWLEDGE AND THE IMPLEMENTATION OF THE C.B.D.*

ABSTRACT

This article exposes the conflicts between the Convention on Biological Biodiversity (C.B.D.) and the Copyrights of Intellectual Property and it proposes some solutions. Intellectual Property must foster technological development by promoting newer technologies. Traditional communities and science have worked together to create innovation. However, abusive uses of copyrights have led some communities to limit access to genetic resources and traditional knowledge, thus threatening such cooperation. States have been adopting domestic regime in order to internalize the points of C.B.D., but its effectiveness is dependent upon international cooperation to align such national regimes with the Copyrights of Intellectual Property. A way to regulate effectively the interaction between those who are relevant for the process as well as stimulate cooperation between the parts is by suspending the copyrights and the exclusive use of it by those who do not fulfill the domestic regimes until they act accordingly to the points established by C.B.D.

Key words: *Intellectual Property. Traditional Knowledge. Biotechnology. Biodiversity Convention. Benefit Sharing.*

1 INTRODUÇÃO

Ciência e Tradição têm cooperado ao longo dos séculos para produzir avanços tecnológicos importantes. A crescente tensão entre companhias farmacêuticas, alguns governos e Comunidades Tradicionais (CTs) põe em risco tal cooperação. Os conflitos provêm de frequentes abusos de instrumentos de Direito de Propriedade Intelectual (DPI) por companhias de biotecnologia para apropriar-se de Conhecimentos Tradicionais e Recursos Genéticos (CTRGs). De acordo com Oliva:

Empresas, institutos de pesquisa e outras entidades, e indivíduos têm adquirido e usado recursos genéticos e conhecimento tradicional proveniente de países ricos em biodiversidade sem conhecimento e permissão de seus detentores de direito. Vários exemplos de apropriação indevida

têm sido registrados, inclusive alguns como concessão formal de patentes em países avançados¹.

Em virtude disso, surge a necessidade de adaptar o DPI para permitir a continuação da cooperação entre os detentores e provedores de CTRGs, de um lado, e as empresas de biotecnologia de outro. Este artigo tem como objetivo examinar o debate e propor soluções para este problema.

Já está bem superada a noção de que CTRGs são considerados patrimônio comum da humanidade². A adoção da Convenção sobre Biodiversidade³ (CBD) mudou radicalmente a metalidade do chamado “livre acesso” a CTRG, estabelecendo uma nova concepção que os coloca sob o controle dos governos nacionais. Antes dos grandes avanços das chamadas “indústrias da ciência da vida”⁴, CTRGs eram usados aberta e livremente para produzir novos alimentos e medicamentos que mudaram a maneira como vive a humanidade⁵. Esse processo tem se acelerado desde os anos 1990, com estudos cada vez mais intensos das propriedades das plantas medicinais⁶.

A doutrina tem se interessado mais pelo tema recursos genéticos/conhecimento tradicional. Apesar de uma crescente percepção do Conhecimento Tradicional como uma valiosa fonte de conhecimento e informação, a abordagem tradicional do Direito de Propriedade Intelectual tem sido considerá-lo como Domínio Público, disponível para livre acesso e uso. Dessa forma, Conhecimento Tradicional tem sido apropriado e utilizado por pesquisadores e empresas sem compensação a seus criadores, sob os sistemas domésticos e internacional de propriedade intelectual⁷. Tal apro-

¹ OLIVA, M.J. & PERRAULT, A. Prior Informed Consent and access to Genetic Resources. In: ROJAS, M.C. (org.) Disclosure Requirements: Ensuring Mutual Supportiveness Between the two TRIPS Agreement and the CBD. Gland, Suíça: IUCN. 2005. p. 7.

² FAO—FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION. Resolução 8/83. International Undertaking on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture. 22a. Sessão, 23 de novembro de 1983.

³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre Diversidade Biológica**. 5 de jun. de 1992.

⁴ DUTFIELD, G. **Intellectual Property Rights and the Life Science Industries**. Londres: Ashgate, 2003.

⁵ BROWN, M. **Who Owns Native Culture?** Boston: Harvard University Press, 2003.

⁶ ASBEY, E.J. & KEMPENAAR, J.D. The Intellectual Property Perspective on Biodiversity: Biodiversity Prospecting Fulfilling the Mandate of the Biodiversity Convention. **Vand. J. Transnat'l L.** No. 28, Outubro de 1995. pp. 703-727.

⁷ CORREA, C.M. **Traditional Knowledge and Intellectual Property**. Genebra: Quino. Novembro de 2001. Veja também: CARVALHO, N.P. Requiring Disclosure of the Origin of Genetic Resources

priação indevida de CTRGs, comumente conhecida pelo termo “biopirataria”⁸, representa uma séria ameaça à longa cooperação entre as Comunidades Tradicionais e os países megadiversos⁹ de um lado, e companhias farmacêuticas e países desenvolvidos de outro.

Algumas das principais companhias comumente acusadas de apropriação indevida têm suas sedes e centros de decisão localizados em países como os Estados Unidos e o Japão. Essas companhias dependem maciçamente de novas descobertas e inovações para continuar concorrendo no competitivo mercado mundial de medicamentos.

As tensões entre companhias e comunidades tradicionais põem em risco o ritmo e mesmo a continuação do progresso tecnológico. O Direito de Propriedade Intelectual pode e deve ser reformado de modo a incentivar e garantir a interação dos vários atores relevantes para o avanço tecnológico e promover relações internacionais mais equilibradas e estáveis, contribuindo assim para a prosperidade tanto dos países desenvolvidos quanto daqueles em desenvolvimento.

2 OBJETIVOS

O objetivo primordial das patentes é o de incentivar o avanço tecnológico e sua difusão na sociedade¹⁰, através de uma combinação de divulgação da invenção e a concessão de um monopólio temporário sobre a exploração comercial da invenção, de modo que novas invenções podem ser adquiridas pela sociedade com uma alocação de recursos mínima¹¹.

without Infringing the TRIPS Agreement. **Wash. U. J. L. & Pol’y**, No. 2, 2000. pp. 371-375.

⁸ CAPDEVILLA, G. **Traditional Knowledge Seeks International Legal Protection**. Roma: IPS-Interpress Service. 1999. GUTIERREZ, E. **Women: Indigenous Medicinal Lore nad Intellectual Property Rights**. Roma: IPS-Interpress Service. 1995. UNAMIG, M. **My Nother’s Magic Hands**. Manila: The Phillipine Daily Inquirer, 11 de maio de 2003. **A Luta pelos Genes do 3o. Mundo**. São Paulo: Folha de São Paulo, 29 de janeiro de 1995. **EUA Patenteiam Vírus de Índio e São Acusados de Vampirismo**. São Paulo: Folha de São Paulo, 16 de junho de 1996. **Biopirataria Atinge Floresta Amazônica**. São Paulo: Folha de São Paulo, 01 de junho de 1997. **Procuradoria no Amazonas vai Investigar Biopirataria**. São Paulo: Folha de São Paulo, 06 de junho de 1997. **Acre Proíbe Estrangeiros na Floresta**. São Paulo: Folha de São Paulo, 04 de julho de 1997. **Biopiratas Agem Livrementemente na Amazônia**. São Paulo: Folha de São Paulo, 13 de junho de 1997. **Biopirataria no País é Caso de Polícia, diz Professor**. São Paulo: Folha de São Paulo, 15 de julho de 1998.

⁹ **CANCUN DECLARATION OF LIKE-MINDED MEGADIVERSE COUNTRIES**, de 18 de fev. de 2002.

¹⁰ HAMILTON, W. Patentes and Free Enterprise. In: **Foundations of Intellectual Property**. Berkeley: West Group. 2004.

¹¹ CARVALHO, N.P. **The TRIPS regime of Patent Rights**. Kluwer Law International, 2002.

O acordo ADPIC¹² adota, como proteção por patente de uma invenção, Requisitos de Patentabilidade. Entretanto, “como a maior parte do Conhecimento Tradicional não é recente e tem estado disponível para uso nas comunidades tradicionais por muito tempo, os requisitos de originalidade/novidade e inventividade são difíceis de cumprir”¹³. RGs e CT (recursos genéticos e conhecimento tradicional) não são necessariamente novos, bem como os recursos genéticos não chegam a ser sequer invenções, mas dados da natureza¹⁴.

Ainda assim, alguns doutrinadores defendem a novidade/originalidade do Conhecimento Tradicional¹⁵ – a dificuldade de prover proteção ao conhecimento tradicional e aos recursos genéticos sob os atuais requisitos de patentabilidade não deve impedir a criação de mecanismos capazes de impedir a apropriação indevida de CTRGs. Nas palavras de Schultz:

[...] companhias farmacêuticas estrangeiras [...] patenteiam materiais genéticos encontrados em países em desenvolvimento [...] Desse modo, regras efetivas de defesa de patentes [...] podem diminuir as chances de países biologicamente ricos de receber compensação adequada pelos recursos genéticos obtidos em seus territórios¹⁶.

A divulgação de alguns casos de apropriação indevida de CTRGs tem ensejado reações negativas de governos de países em desenvolvimento e comunidades tradicionais, algumas das quais se sentem ofendidas pelo uso não autorizado e apropriação indevida dos benefícios gerados pela exploração comercial de seu conhecimento tradicional¹⁷. Há mesmo casos de comunidades que se fecharam ao contato com qualquer pesquisador ou forasteiro¹⁸. Reações similares têm sido observadas entre governos de países megadiversos que têm adotado barreiras legais à pesquisa envolvendo

¹² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO. **Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio**. 15 de abril de 1994.

¹³ CORREA, *Ibid.* n. 7, p.11.

¹⁴ ASEBEY, *Ibid.* n. 6, p. 711.

¹⁵ BARSH, R.L. Indigenous Knowledge and Biodiversity. In: POSEY, D.A. (org.) **Cultural and Spiritual Values of Biodiversity**. Nairobi: UNEP. 1999.

¹⁶ SCHULTZ, J. Current Development: The GATT/WTO Committee on Trade and The Environment—Toward Environmental Reform. A.J.I.L. No. 89. Abril de 2005. pp. 423 a 436.

¹⁷ **Recognition of Traditional Knowledge within the Patent System—Interim Draft**. Genebra: WIPO/ICG, 2006. WIPO/GRTKF/IC/9/8. MANSKUR, A. & CAVALCANTI, K. Xenofobia na Selva. **Veja**. 18 ago. de 1999. p. 114.

¹⁸ MANSKUR, A. & CAVALCANTI, K. Xenofobia na Selva. **Veja**. 18 de agosto de 1999. p. 114.

Conhecimento Tradicional e Recursos Genéticos¹⁹. No Brasil, o número de cientistas estrangeiros envolvidos em pesquisa de campo nessa área diminuiu 22% na década de 1990²⁰.

As negociações nos fóruns internacionais têm abordado este problema, e várias soluções têm sido propostas. Entre as quais este artigo intenta examinar a chamada *Exigência de Declaração de Origem*. Dessa forma, os objetivos deste artigo são analisar:

1. o problema da apropriação indevida de Conhecimentos Tradicionais e Recursos Genéticos, bem como a ameaça à continuidade da cooperação entre os atores relevantes;
2. os fundamentos, propósitos e mecanismos do Direito de Propriedade Intelectual;
3. o uso do Direito de Propriedade Intelectual: as dificuldades atuais de acomodar os interesses conflitantes de alguns atores relevantes, bem como disciplinar o uso de Recursos Genéticos e Conhecimento Tradicional;
4. as reações e percepções dos países megadiversos e das Comunidades Tradicionais;
5. as negociações e soluções propostas nas esferas domésticas e internacional.

3 ANÁLISE

3.1 A Problemática da Apropriação Indevida

3.1.1 *Etnobotânica: Cooperação entre Tradição e Ciência*

A partir do final do século XIX, um novo campo, chamado de etnobotânica, passou a explorar a “importância prática e simbólica das plantas de sociedades de todo o mundo”²¹.

Um dos casos mais célebres de apropriação indevida se referiu a uma planta da região Amazônica, conhecida pelos nativos por séculos e descrita cientificamente pela primeira vez pelo etnobotânico Richard Schultes²², que abordou desde as propriedades medicinais da planta até o

¹⁹ *Ibid.* n. 18.

²⁰ *Ibid.* n. 18.

²¹ BROWN, *Ibid.* n. 5, p. 95.

²² SCHULTES, R.E. & RAFFAULT, R.F. *The Healing Forest, Medicinal and toxic Plants of the*

contexto social e cultural das sociedades que a conheciam e utilizavam²³.

Em 1993, uma patente, posteriormente revogada²⁴, foi dada pelo Escritório de Patentes dos Estados Unidos²⁵ sem uma verificação prévia da técnica pré-existente, desencadeando uma reação de indignação de comunidades tradicionais e governos em países em desenvolvimento onde a planta existia e era conhecida e usada tradicionalmente. A invenção havia sido baseada no conhecimento tradicional estudado pelo professor Schultes.

Um segundo exemplo que se pode apontar é o da Prostratina, substância obtida a partir da árvore *Homalanthus Nutans*, da Ilha de Samoa, e que tem um papel central na farmacologia tradicional samoense. A Prostratina, à época da concessão da patente, era uma substância promissora nas pesquisas de tratamento da AIDS²⁶.

Um terceiro exemplo de cooperação entre tradição e ciência, apropriação indevida de conhecimento tradicional e conflito entre cientistas e comunidades tradicionais é o do químico Conrad Gorinsky, que isolou um componente ativo da planta *Ocotea Rodiae*, denominado *Rupurina* na Patente número 5.569.456 dos Estados Unidos. Líderes da tribo Wapishana, que havia revelado o conhecimento tradicional e provido os recursos genéticos necessários à pesquisa, ao serem informados da concessão da patente nos Estados Unidos, proibiram qualquer acesso futuro a estrangeiros: era o início de um longo e amargo conflito judicial e midiático entre a tribo e o cientista²⁷.

A diferença fundamental entre o trabalho dos primeiros etnobotânicos – recebidos e acolhidos por comunidades tradicionais e tribos indígenas de regiões ricas em biodiversidade, que revelavam os recursos genéticos e conhecimento que detinham, de um lado – e a prática atual de buscar e obter patentes sobre invenções baseadas naquele conhecimento tradicional e recursos genéticos, atraindo protestos e comumente chamada de biopirataria, é o uso dos mecanismos de proteção do Direito de Propriedade Intelectual para a apropriação de recursos e conhecimentos que até

Northwest Amazonia. Portland: Dioscorides Press. 1990.

²³ SCHULTES, *Ibid.* n. 22.

²⁴ FECTEAU, L.M. The Ayahuasca Patent Revocation: Raising Questions about Current U.S. Patent Policy. *B.C. Third World L.J.* v. 21. n. 69. 2001. pp. 84 a 87.

²⁵ Patente dos EUA N. 5.256.533 (26 de out. de 1993).

²⁶ PHITOMEDICAL TECHNOLOGIES INC. *Prostatin*. 2006.

²⁷ SINGH, S. *Indigenous Communities Ban TC Researchers*. Kuala Lumpur: Third World Netowrk. 2000.

então eram livremente compartilhados. Os sentimentos gerados por casos como os descritos acima animam opiniões contrárias à própria existência de Direitos de Propriedade Intelectual²⁸ e são usados pelos opositores do patenteamento de invenções baseadas em Conhecimento Tradicional²⁹.

As crescentes tensões entre Comunidades Tradicionais, cientistas e pesquisadores, e alguns governos em relação à prospecção de Recursos Genéticos e Conhecimento Tradicional associado tem mudado radicalmente o ambiente de cooperação da etnobotânica³⁰.

3.1.2 A Apropriação Indevida e a Tragédia dos Anticommons

Os excessos no patenteamento de resultados de pesquisas em fase pré-comercial, nas palavras de Heller, “pode estar sufocando inovações que podem salvar vidas [...] no processo de pesquisa e desenvolvimento” (P&D). Excessos no uso de Direitos de Propriedade Intelectual em invenções do campo da biomedicina podem levar a uma excessiva privatização de resultados de pesquisas intermediárias: proprietários demais sobre conhecimento ainda intermediário podem bloquear-se mutuamente ao acesso do conhecimento, de modo que nenhum deles domine informação suficiente para alguma utilidade³¹.

De acordo com Sabrina Safrin, uma outra *Tragédia dos Anticommons* está em curso, segundo a qual “o domínio estatal ou controle legal excessivo sobre recursos genéticos pode gerar uma *anticommons* para materiais genéticos brutos”³². Como ocorrido no caso Gorinsky mencionado acima, algumas comunidades tradicionais têm negado acesso a pesquisadores e cientistas forasteiros, o que tem contribuído para diminuir as possibilidades de sucesso em pesquisas e a obtenção de novas invenções baseadas em CTRG³³ – e possivelmente novos tratamentos e até mesmo

²⁸ DULFIELD, G. Dialogue on Disclosure Requirements: Incorporating the CBD Principles in the TRIPS Agreement. **WTO PUBLIC SYMPOSIUM**. Genebra: ICTSD. 2005.

²⁹ COTTLER, T. & PANNIZON, M. Legal Perspectives on Traditional Knowledge. In: MASKUS & REICHMAN (orgs.). **International Public Goods and Transfer of Technology**. Cambridge: Cambridge University Press. 2005.

³⁰ BROWN, *Ibid.* n.5, p.100.

³¹ HELLER, M. & EISENBERG, R. Can Patents Deter Innovation? **Science**. 1º de maio de 1998. pp. 698 a 701.

³² SAFRIN, S. Hyperownership in a Time of Biotechnological Promise. **A.J.I.L.** n. 98. Out. de 2004. pp. 641 a 642.

³³ TEJERA, V. Tripping Over Property Rights. **New Eng. L. Rev.** n. 33. 1999. p. 973.

curas para doenças como o câncer e a AIDS³⁴.

A participação de drogas desenvolvidas a partir de CTRGs no mercado farmacológico é muito expressiva³⁵. A taxa de sucesso de pesquisas de bioprospecção é muito mais alta do que a de pesquisas de química combinatória e demonstra a importância da bioprospecção na redução dos custos de P&D pelas firmas de biotecnologia³⁶. Em torno de 70%³⁷ das drogas mais lucrativas no mercado originaram-se em produtos naturais³⁸. Por causa disso, a indústria farmacêutica mundial depende fortemente dos componentes básicos e pistas de pesquisa que os CTRGs proveem³⁹. Nas palavras de Veash e Kloppenburg:

Em 1995, 118 dos 150 medicamentos mais vendidos nos Estados Unidos derivavam de planta ou animais. Ainda assim, a proporção de espécies vegetais pesquisadas era de apenas 1.150 espécies num universo estimado de 365.000. Na média, uma droga importante é descoberta a cada 125 espécies pesquisadas, enquanto a proporção para as pesquisas de química combinatória é de um componente químico relevante para cada dez mil tentativas⁴⁰.

Três quartos das plantas que proveem ingredientes ativos para medicamentos vendidos sob prescrição médica chegaram ao conhecimento dos pesquisadores por seus usos de medicina tradicional⁴¹.

Países em desenvolvimento em geral carecem de capacidade industrial ou de pesquisa para desenvolver novas drogas. Na África, há uma demanda urgente por pesquisa e desenvolvimento de novos medicamentos

³⁴ BROWN, *Ibid.* n. 5. pp. 99 a 100. SINGH, *Ibid.* n. 27.

³⁵ MULLER, A.C. Protecting Biotechnological Inventions in Brazil and Abroad. **Alb. L.J. Sci. & Tech.** v. 13. n. 145. 2002. pp. 150 a 151.

³⁶ Outros exemplos da eficácia do Conhecimento Tradicional, não apenas na bioquímica, mas em outras áreas, ver Ancient Inca Farming Lore Proves Wise. **Toronto Star**. 16 de jan. de 2000.

³⁷ MORAN, K. Benefit Sharing Under the CBD. In: RILEY, M. (Org.). **Indigenous Intellectual Property Rights**. Lanham: Altamira Press. 2004.

³⁸ SUNDARAM, S. Battling Bills, Beans and Biopiracy. **Alb. L.J.Sci. & Tech.** n. 5, 2005. pp. 545 a 555.

³⁹ GHIDINI, G. Equitable Sharing of Benefits from Biodiversity-based Innovation. In: MASKUS & REICHMAN (Orgs.). **International Public Goods and Transfer of Technology**. Cambridge: Cambridge University Press. 2005.

⁴⁰ VEASH, N. Biopirates Loot the Amazon. **Irish Times**, 24 de fev. de 2001.

⁴¹ KLOPPENBURG Jr. J. No Hunting! Biodiversity, Indigenous Rights and Scientific Poaching. **Cultural Survival Quarterly**. v. 15. n. 13. 1991. pp. 13 a 14.

para prover os mercados do continente com remédios baseados em CTRGs⁴².

Em um caso raro de convergência de interesses entre atores normalmente antagônicos⁴³, a tendência de governos nacionais de países em desenvolvimento e comunidades tradicionais de conjuntamente bloquear o acesso de cientistas e pesquisadores estrangeiros a conhecimento tradicional e recursos genéticos põe em risco a preservação da biodiversidade: espécies, conhecimento tradicional e mesmo comunidades tradicionais⁴⁴ podem estar desaparecendo antes mesmo de serem pesquisados⁴⁵.

Nas palavras de Cunningham:

[...] se nada for feito, um problema já gravemente politizado de preservação biológica pode piorar, e todos seremos prejudicados. Pesquisadores internacionais serão impedidos de coletar tanto conhecimento tradicional, quanto materiais genéticos. [...] a devastação ecológica em muitos países africanos limitará fortemente a capacidade dos governos da região de registrar o conhecimento tradicional ou mesmo de conservar eficazmente os habitats ou a diversidade de espécies⁴⁶.

O Direito de Propriedade Intelectual tem sido usado por pesquisadores e empresas para obter propriedade sobre partes de conhecimento tradicional e recursos genéticos, o que pode levar, e tem levado, detentores de conhecimento tradicional a impedir o acesso externo a CTRGs⁴⁷. Pode-se argumentar que a concessão de patentes a drogas criadas a partir de conhecimento tradicional não impede as comunidades tradicionais de continuar usando seus recursos genéticos das maneiras que sempre usaram. Entretanto, o acesso das comunidades tradicionais a novos produtos baseados em CTRGs se dá cada vez mais sob preços monopolísticos. Além do que, o patenteamento de tais novos produtos tem sido feito sem a autorização ou qualquer recompensa às comunidades tradicionais, contrariando

⁴² MBOGO, S. Herbal Medicine Provides Alternative Treatment. **Financial Times Information**. 11 de março de 2001.

⁴³ RAMOS, A. The Commodification of the Indian. In: POSEY D. & BALICK, M. (Orgs.). **Human Impacts on Amazonia: The Role of Traditional Knowledge in Conservation and Development in Brazil**. New York: Columbia University Press. 2006.

⁴⁴ CORREA, Ibid. n. 7. p. 10.

⁴⁵ Inca Farming, Ibid. n. 36.

⁴⁶ CUNNINGHAM, A.B. Indigenous Knowledge and Biodiversity: Global Commons or Regional Heritage? *Cultural Survival Quarterly*. v. 15. n. 3. 1997. p. 17

⁴⁷ SINGH, Ibid. n. 27.

o que dispõe a Convenção sobre Biodiversidade⁴⁸:

15.1. Em reconhecimento dos direitos soberanos dos Estados a seus recursos naturais, a autoridade para determinar o acesso a recursos genéticos pertence aos governos nacionais okoke está sujeita à legislação nacional.

[...]

15.5. O acesso aos recursos genéticos deve estar sujeito ao consentimento prévio fundamentado da Parte Contratante provedora desses recursos, a menos que de outra forma determinado por essa parte.

Esta nova *Tragédia dos Anticommons* é causada pela incapacidade do sistema de Direitos de Propriedade Intelectual⁴⁹ de disciplinar o uso de CTRGs e de criar condições econômicas que incentivem as comunidades tradicionais a continuar compartilhando os recursos genéticos e conhecimento tradicional que detêm⁵⁰, numa situação em que vários governos e comunidades tradicionais reclamam de perdas. Ainda que as novas drogas e medicamentos desenvolvidos a partir de CTRGs não seja tão alta quanto parece, as comunidades tradicionais e os governos de alguns países megadiversos veem o uso de seus CTRGs como uma apropriação indevida⁵¹, feita via Direitos de Propriedade Intelectual, e reagem ao uso não-autorizado do conhecimento tradicional⁵². Um país megadiverso⁵³ como o Brasil, que também conta com estruturas científicas e industriais relativamente bem desenvolvidas, é um ator chave nesta problemática. E de fato, todos os problemas descritos acima têm acontecido no Brasil, de uma forma ou de outra⁵⁴.

3.2 O Sistema Jurídico de Patentes

⁴⁸ BRASIL. Decreto n. 2.519, de 16 de mar. de 1998.

⁴⁹ BERMAN, T. As Long as the Grass grows: Representing Indigenous Claims. In: RILEY, M. (Org.). *Indigenous Intellectual Property Rights*. Lanham: Altamira Press. 2004.

⁵⁰ TOBIN, B. & LOUAFI, S. User Measures to Resolve Potential Conflicts Between the WTO and the CBD. In: *Disclosure Requirements: Ensuring Mutual Supportiveness Between the two TRIPS Agreement and the CBD*. Gland, Suíça: IUCN. 2005. p. 13.

⁵¹ WAPICHANA, C.A. Biodiversidade, Justiça e Ética. *Revista do Centro de Estudos Jurídicos*. n. 8. 1999. pp. 41 a 44.

⁵² COMBE, R. *The Cultural Life of Intellectual Properties*. Durham: Duke University Press. 1998. p. 11.

⁵³ RAMOS, *Ibid.* n. 43. p. 5

⁵⁴ MANSKUR, *Ibid.* n. 18.

3.2.1 O Domínio Público

O fenômeno do progresso do conhecimento e da tecnologia não é criação do Direito de Propriedade Intelectual. O objetivo de qualquer política pública séria de desenvolvimento tecnológico deve ser possibilitar o uso das inovações da maneira mais ampla e eficiente possível. Essa é a principal função do instituto do Domínio Público.

Um observador desatento da relação entre o Domínio Público e os Direitos de Propriedade Intelectual concluirá que há uma contradição fundamental entre os dois: Enquanto o DPI limita o uso de informação e novidades ao conceder direitos de exploração exclusiva das novas invenções, limita o alcance e a capacidade do Domínio Público de disponibilizar e divulgar o uso de novas tecnologias.

Entretanto, esta visão está claramente equivocada: Propriedade Intelectual e Domínio Público não são institutos de Direito antagônicos. A possibilidade de ganhos financeiros resultantes dos monopólios temporários concedidos pelas patentes estimula a atividade criativa e inventiva, ao mesmo tempo em que solicitações de patentes em países membros da Organização Mundial de Comércio (OMC) devem prover uma descrição da invenção detalhada o suficiente que permita a reprodução eficaz da invenção por outras pessoas⁵⁵. Essa descrição é publicada como parte da Carta de Patente. Após o fim do período de proteção monopolística da patente⁵⁶, a invenção é incorporada ao Domínio Público, ficando disponível a todos e contribuindo para o enriquecimento e bem-estar da sociedade⁵⁷.

Dessa forma, Direitos de Propriedade Intelectual e Domínio Público interagem através do mecanismo da exigência de publicação⁵⁸. A Propriedade Intelectual é um instrumento legal a serviço da coletividade⁵⁹, que usa monopólios legais temporários sobre a inovação para estimular a atividade criativa e trazer novas invenções ao patrimônio comum da sociedade. Em outras palavras, a Propriedade Intelectual é uma troca entre os

⁵⁵ MANSKUR, *Ibid.* n. 18.

⁵⁶ MANSKUR, *Ibid.* n. 18.

⁵⁷ SHERWOOD, R. M. The TRIPS Agreement: Implications for Developing Countries. *IDEA*, v. 37, n. 491. (1997).

⁵⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO. Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. 15 de abr. de 1994. Artigo 29.

⁵⁹ AREEDA, P. & HOVENKAMP, H. **Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application**. New York: Aspen Law & Business. 2002.

inventores e a sociedade em geral, na qual os inventores revelam os conteúdos de suas invenções em troca de monopólios temporários de exploração comercial.

Dessa forma, o Direito de Patentes desempenha a dupla função de estimular o investimento em atividades inventivas⁶⁰ e de forçar a divulgação das novas tecnologias para posterior uso livre e irrestrito⁶¹. Este é, na verdade, o principal fundamento do Direito de Propriedade Intelectual⁶².

De acordo com a Suprema Corte dos Estados Unidos⁶³, o Direito de Propriedade Intelectual promove um intercâmbio dinâmico e crescente de conhecimento através de um equilíbrio entre interesses públicos e privados⁶⁴. Os inventores tendem a tentar manter suas invenções confidenciais, o Direito de Propriedade Intelectual oferece-lhes um estímulo para revelarem seus segredos. Em campos onde a chamada engenharia reversa é fácil, o DPI permite o retorno ao investimento em progresso tecnológico. Esse é o caso das pesquisas de novas drogas. Num mundo onde os investimentos para desenvolver novos medicamentos têm que ser cada vez mais vultosos⁶⁵, a proteção provida pelas patentes se torna vital para o progresso e inovação tecnológicos.

3.2.2 O Regime de Patrimônio Comum

Patrimônio Comum pode ser definido como “o tratamento de recursos genéticos como pertencentes ao Domínio Público, livres de qualquer forma de apropriação ou monopólio”⁶⁶. O primeiro regime legal internacional de administração de Recursos Genéticos foi o Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e Agricultura⁶⁷, que determina que os recursos genéticos de origem vegetal sejam “um patrimônio

⁶⁰ AGUIRRE, V. B. Incorporating the CBD Principles in the TRIPS Agreement. **WTO PUBLIC SYMPOSIUM**. Genebra: ICTSD. 2005

⁶¹ GHOSH, S. Traditional Knowledge, Patents and the New Mercantilism. **J. Pat. & Trademark Off. Soc’y**, v. 85. n. 25. 2003. p. 885.

⁶² MASKUS, K. E. Intellectual Property Rights and Economic Development. **Case w. Res. J. Int’l L.** n. 32. Verão de 2000. p. 473 a 474.

⁶³ Estados Unidos v. Mansonite Corp. 316 U.S. 265, 1078 (EUA 1942)

⁶⁴ WALKER, S. **The TRIPS Agreement, Sustainable Development and the Public Interest: Discussion Paper Number 4**. Gland, Suíça: IUCN. 2001.

⁶⁵ MASKUS, *Ibid.* n. 62.

⁶⁶ BRUSH, S. Biodiversity, Biotechnology, and the Legal Protection of Traditional Knowledge. **Wash. U. J.L. & Pol’y**, v. 17. n. 59. 2005. p. 64.

⁶⁷ FAO, *Ibid.*, n. 2. Artigo 1.

da humanidade e, portanto, devem estar disponíveis sem restrições”.

Os crescentes investimentos necessários para as atividades de pesquisa e desenvolvimento em biotecnologia levaram os governos de vários países desenvolvidos a buscar limitar o alcance dos direitos de patrimônio comum para cultivares.

Nesse contexto, a Convenção Internacional sobre a Proteção de Novas Variedades de Plantas (UPOV) foi revista, com uma expansão de Direitos de Propriedade Intelectual sobre recursos genéticos⁶⁸. O pano de fundo dessa revisão foi o caso *Diamond vs. Chakrabarty*⁶⁹, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos permitiu a concessão de uma patente sobre matéria viva. Dessa forma, firmas de biotecnologia passaram a poder “apropriar-se de conhecimento nativo e recursos biológicos dos países menos desenvolvidos”⁷⁰.

3.3 A Proteção do Conhecimento Tradicional

3.3.1 A Convenção sobre Diversidade Biológica⁷¹

No início dos anos 1990, os países em desenvolvimento não desejavam assumir o compromisso de adotar critérios de proteção de propriedade intelectual mais rígidos do que já tinham. Os países desenvolvidos, nas negociações no âmbito da OMC, por seu lado, insistiam em aumentar os padrões mínimos de proteção de Direitos de Propriedade Intelectual; não apenas para o ramo da biotecnologia, mas para todos os campos criativos⁷².

O Brasil tradicionalmente excluía as invenções bioquímicas do rol de patentabilidade⁷³. Durante as discussões de uma proposta de alteração deste ponto da legislação brasileira, o governo dos Estados Unidos apontou a possibilidade de sanções comerciais que prejudicariam vários setores importantes da economia brasileira⁷⁴. Como o caso do Brasil não

⁶⁸ SAFRIN, *Ibid.* n. 32, p. 646.

⁶⁹ *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980).

⁷⁰ WOODS, M. Food for Thought: The Bioparacy of Jasmine and Basmati Rice. *Alb. L.J. Sci. & Tech.* n. 13. 2002. p. 123 a 124.

⁷¹ CBD, *Ibid.*, n. 3.

⁷² SAFRIN, *Ibid.* n. 32. p. 646.

⁷³ BRASIL. **Lei N. 5.772**. Lei de Propriedade Industrial. De 21 de dezembro de 1971.

⁷⁴ SCALISE, D. & NUGENT, D. Intellectual Property Protections for Living Matter. *Case w. Res. J. Intl'l L.* n. 27. Inverno de 1995. p. 117

foi isolado, um grupo de países ricos em biodiversidade iniciou uma reação, nas palavras do presidente Mwinyi⁷⁵:

A maioria de nós dos países em desenvolvimento resistimos em aceitar a noção de que a biodiversidade deva [ser transferida livremente para os países industrializados] enquanto [...] produtos elaborados a partir da biodiversidade nos países desenvolvidos possam ser patenteados⁷⁶.

As mobilizações na FAO⁷⁷, por ocasião dos trabalhos preparatórios para a CBD, contribuíram para o convencimento de vários governos sobre a necessidade de um novo tratado internacional multilateral sobre biodiversidade. A CBD inovou com a revogação do antigo regime de Patrimônio Comum, substituindo-o por uma nova abordagem de *Soberania Nacional*:

Art. 8. Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso:

[...]

(j) 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 [...] com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a participação equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas⁷⁸.

Dessa forma, a CBD transferiu a autoridade sobre os Recursos Genéticos para os governos nacionais e reivindica o reconhecimento à contribuição dada pelas Comunidades Tradicionais⁷⁹, bem como dá aos governos nacionais e às Comunidades a administração dos Recursos Genéticos e Conhecimento Tradicional, e acesso ao mecanismo de Acesso e Repartição

⁷⁵ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Rio de Janeiro, 3-14 jun. de 1992.

⁷⁶ JACOBY, C. & WEISS, C. Recognizing Property Rights in Traditional Biocultural Contribution. *Stan. Env't'l L.J.* v. 16. n. 74. 1997. p. 89.

⁷⁷ DUTFIELD, G. TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge. *Case w. Res. J. Intl'l L.* v. 33. n. 233. Primavera de 2001. p. 260.

⁷⁸ CBD, *Ibid.* n. 3. Artigo 8 (j).

⁷⁹ Deste ponto em diante, as comunidades indígenas e as comunidades tradicionais serão chamadas simplesmente de comunidades tradicionais.

de Benefícios (ARB) que resultem da exploração comercial das invenções derivadas dos CTRGs.

Mais especificamente, o artigo 15 da CBD diz:

4. O acesso, quando concedido, deverá sê-lo de comum acordo e sujeito ao disposto no presente Artigo.

5. O acesso aos recursos genéticos deve estar sujeito ao consentimento prévio fundamentado da Parte Contratante provedora desses recursos, a menos que de outra forma determinado por essa parte.

O Consentimento Prévio do artigo 15.5 acima exige que qualquer interessado em ter acesso aos CTRGs obtenha uma autorização formal do governo nacional ou da Comunidade Tradicional detentora do Conhecimento ou Recurso Genético⁸⁰. Outrossim, a preservação dos Recursos Genéticos e do Conhecimento Tradicional – um dos principais objetivos da CBD – está longe de ser plenamente efetivada⁸¹. Infelizmente, como exposto acima, Direitos de Propriedade Intelectual têm servido em vários países para dificultar a preservação de CTRGs, de modo que tanto o Direito Ambiental quanto o de Propriedade Intelectual necessitam de ajustes para que possam operar conjuntamente para atingir os fins da CBD.

Os debates internacionais de implementação nacional do Artigo 8 (j) da CBD relativo a Direitos de Propriedade Intelectual se deram na chamada “Conferência das Partes” (COP, na sigla em inglês)⁸². Desde 1997, a COP reconhece a necessidade de “elaborar legislações nacionais e estratégias nacionais de políticas públicas para a implementação efetiva do Artigo 8 (j)”⁸³, lembrando também que tal implementação deveria ser feita em cooperação entre as esferas internacional e domésticas, especialmente com outras conferências e organizações internacionais, tais quais a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (WIPO, na sigla em inglês), do âmbito da Organização Mundial de Comércio (OMC). Em 1992, a COP ainda adotou as chamadas *Bonn Guidelines* (Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of Benefits

⁸⁰ Organização Mundial de Propriedade intelectual. The Protection of Traditional Knowledge: Draft Objectives and Principles. **WIPO/ICG**, 10^a. Sessão. 2 de out. de 2006. Anexo, parágrafo. 31.

⁸¹ TOBIN, *Ibid.* n. 50. p. 13.

⁸² CORREA, *Ibid.* n. 7. p. 20.

⁸³ Report of the Third Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity. **UNEP/CBD/COP/3/38**. 17 de fev. de 1997. p. 90.

Arising out of their utilization)⁸⁴ como uma série de princípios norteadores da implementação nos ordenamentos nacionais de dispositivos da CBD⁸⁵, especialmente do artigo 8 (j) referente a Acesso e Repartição de Benefícios e Consentimento Prévio, objetivos estes que continuam contando com o comprometimento da COP até a presente data⁸⁶.

3.3.2 A Organização Mundial de Propriedade Intelectual (WIPO)⁸⁷

Os debates e discussões na WIPO, nos anos 1970 e 1980, gravitaram em torno de temas como folclore e culturas locais e enfrentaram graves divergências entre os membros da Organização, motivo pelo qual a WIPO foi gradualmente esvaziada em sua importância nesse período⁸⁸. As discussões sobre Conhecimento Tradicional foram retomadas a partir de 1997, e no ano de 1998 foi criado um departamento especializado no âmbito da WIPO para estudar novos problemas da Propriedade Intelectual da era pós-moderna: O Comitê Intergovernamental de Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimento Tradicional e Folclore (IGC na sigla em inglês), cujos trabalhos focaram-se desde o início principalmente no tema dos Recursos Genéticos e Conhecimento Tradicional⁸⁹.

Uma das primeiras propostas do Comitê foi a de criação de um sistema *sui generis* de Direito de Propriedade Intelectual para CTRGs, ou seja, a elaboração de uma nova categoria de proteção de propriedade intelectual a ser adicionada a outras já existentes como patentes, desenhos industriais e copyright. Em 2001, as delegações do Brasil, Equador e Egito só citaram a “preparação de um documento com elementos para um possível sistema *sui generis*”⁹⁰.

⁸⁴ Report of the Fourth Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity. **UNEP/CBD/COP/4/27**. 15 de jun. de 1998. p. 111.

⁸⁵ CONFERÊNCIA DAS PARTES À CONVENÇÃO SOBRE BIODIVERSIDADE. Decisão IV/24 – Bonn Guidelines on Access to genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising out of their Utilization. **CBD/COP**. 2000.

⁸⁶ Conferência das Partes à Convenção sobre Biodiversidade. Decisão VIII/4 – Access and Benefit-sharing. **CBD/COP**. 2002.

⁸⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. Criada em 15 de julho de 1967 em substituição dos Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle.

⁸⁸ DUTFIELD, Ibid. n. 77. p. 266.

⁸⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. Matters Concerning Intellectual property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. WIPO G.A. Sessão 26. 25 de agosto de 2000. Pár. 14. WIPO/GA/26/6.

⁹⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Relatório**. 14 de dezembro

Em continuação a essa solicitação, várias propostas de princípios, regras e elementos para um sistema *sui generis* foram apresentadas, e em 2001 o Comitê selecionou oito delas como *elementos centrais*, com a Noruega propondo a criação de um Artigo 10*bis* a ser adicionado à Convenção de Paris para a proteção do Conhecimento Tradicional, e afirmou a necessidade de uma “norma geral internacional [...] que ofereça proteção contra a exploração injusta de Conhecimento Tradicional”⁹¹.

Em 2004, um *Projeto de Normas de Proteção de Conhecimento Tradicional*⁹² foi elaborado com o objetivo de apoiar a criação de um sistema *sui generis* de propriedade intelectual para CTRGs. Apesar desses progressos, o desejo de algumas delegações junto à WIPO pela transformação deste Projeto de Normas em um Tratado Multilateral sob os auspícios da WIPO não tem muitas chances políticas de prosperar, devido à oposição de delegações importantes de países industriais avançados. Ainda assim, o Comitê continua seus trabalhos de discussão sobre a dimensão internacional da proteção do Conhecimento Tradicional, um tema de extrema importância para a eficácia global de sistemas legais domésticos de proteção⁹³.

As discussões do Comitê são em si uma estratégia para manter os debates deste delicado assunto longe dos holofotes dos fóruns centrais da OMC⁹⁴, numa percepção dos governos de países megadiversos de que um tratado multilateral, mesmo que fosse elaborado, dificilmente seria assinado e mais improvavelmente seria ratificado pelos governos dos países centrais⁹⁵. Como resultado do impasse, as sessões mais recentes do Comitê terminaram sem progressos significativos.

de 2001. párs. 188, 189, 190 e 191. WIPO/GRTKF/IC/2/16.

⁹¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Relatório**. 21 de junho de 2002. p. 227. WIPO/GRTKF/IC/3/17.

⁹² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Elements of a Sui Generis System for the Protection of Traditional Knowledge**. Junho de 2002. WIPO/GRTKF/IC/4/8.

⁹³ DUTFIELD, G. **Protecting Traditional Knowledge: Pathways to the Future**. Genebra: ICTSD. 2006.

⁹⁴ DUTFIELD. *Ibid.* n. 94. p. 19.

⁹⁵ VENERO, B. Addressing the Disclosure Requirement at the International Level: The Role of the TRIPS Agreement. I **Disclosure Requirements: Ensuring Mutual Supportiveness Between the two TRIPS Agreement and the CBD**. Gland, Suíça: IUCN. 2005. p. 29

3.3.3 A Nova Fronteira: OMC/ADPIC⁹⁶

Diferentes países adotam tipos e níveis diversos de proteção de propriedade intelectual ao longo do tempo, dependendo de seus níveis de desenvolvimento industrial e tecnológico⁹⁷:

A indústria eletrônica japonesa especializou-se em adaptar e aperfeiçoar invenções desenvolvidas em outros lugares [...] foi a Lei Japonesa de Modelos de Utilidade que carregou o fardo de permiti-lo na perspectiva jurídica [...] Atualmente, a Lei de Modelos de Utilidade tem se tornado cada vez menos importante devido ao [...] aumento da relevância de tecnologias patenteadas pela indústria japonesa. Especialistas [em propriedade intelectual e políticas de desenvolvimento tecnológico] frequentemente aconselham países em desenvolvimento a imitar a experiência japonesa [de adotar padrões de proteção de IP menos rígidos a princípio e aumentar os níveis de proteção à medida que sua tecnologia se desenvolver]⁹⁸.

De fato, a tendência de países em adotar regimes mais rígidos de proteção de propriedade intelectual apenas à medida que se desenvolvem tecnológica e industrialmente é facilmente observável na história dos países desenvolvidos, por esse motivo, desde os anos 1990 não se espera qualquer convergência de interesses entre países desenvolvidos e em desenvolvimento no tema de padrões comuns de proteção de propriedade intelectual⁹⁹. Com efeito, o Acordo ADPIC foi inserido nas negociações do GATT pela insistência dos Estados Unidos de estabelecer padrões internacionais mínimos de Direitos de Propriedade Intelectual semelhantes ao US Patent Act e que reflitam os desejos dos países desenvolvidos de níveis mais elevados de proteção¹⁰⁰. As indústrias tecnologicamente mais avançadas dos países desenvolvidos também têm interesse no aumento da proteção legal da propriedade intelectual¹⁰¹. Curiosamente, no tema de proteção a Conhecimento Tradicional e Recursos Genéticos, o Acordo ADPIC, de

⁹⁶ ACORDO ADPIC. *Ibid.* n. 12.

⁹⁷ MASKUS, *Ibid.* n. 62. p. 476.

⁹⁸ REICHMAN, J. & LEWIS, T. Using Liability Rules to Stimulate Local Innovation in Developing Countries. In: MASKUS & REICHMAN (Orgs.). **International Public Goods and Transfer of Technology**. Cambridge: Cambridge University Press. 2005.

⁹⁹ MASKUS. *Ibid.* n. 62. p. 476.

¹⁰⁰ FECTEAU. *Ibid.* n. 24. p.78.

¹⁰¹ DUTFIELD. *Ibid.* n. 77. p. 269.

1994, silencia completamente¹⁰².

O sucesso das negociações que levaram à adoção do Acordo ADPIC deveu-se a concessões de países em desenvolvimento, que abriram mão de níveis baixos de proteção à propriedade intelectual em troca de outros benefícios a seu desenvolvimento, deixando a linguagem do acordo, ainda assim, extremamente vaga no tema:

O Conselho do ADPIC [...] deverá levar sempre em alta consideração a dimensão do desenvolvimento¹⁰³.

Países como os Estados Unidos, os da União Europeia, o Japão e o Canadá têm tradicionalmente dominado as discussões do GATT/OMC. Entretanto, a partir de 1999, governos de países em desenvolvimento têm se mostrado mais ativos e engajados nos trabalhos, fenômeno visível desde as preparações para a Conferência de Seattle¹⁰⁴, que falhou devido às queixas de que os países em desenvolvimento estavam sendo excluídos das negociações mais importantes¹⁰⁵. Em suma, e como exposto acima, países desenvolvidos e em desenvolvimento normalmente adotam posições opostas quanto a níveis de proteção legal à propriedade intelectual¹⁰⁶.

Ainda assim, a pressão para aumentar os níveis de proteção de PI nos países em desenvolvimento continuou intensa:

[...] O Acordo ADPIC deve ser aperfeiçoado para responder adequadamente às exigências do desenvolvimento tecnológico e da sociedade. Por exemplo, o Acordo ADPIC deveria estabelecer níveis mínimos mais elevados de direitos de propriedade intelectual¹⁰⁷.

Em 1999, a Venezuela propôs um mecanismo obrigatório de pro-

¹⁰² DUTFIELD. *Ibid.* n.94. p. 20.

¹⁰³ WTO MINISTERIAL CONFERENCE. **Ministerial Declaration**. 14 de novembro de 2001.

¹⁰⁴ RICUPERO, R. Rebuilding Confidence in the Multilateral Trading System. In: SAMPSON, G. (org.). **The role of the World Trade Organization in Global Governance**. United Nations University Press. 2001. p. 40.

¹⁰⁵ DUTFIELD. *Ibid.* n. 77. p. 270.

¹⁰⁶ EGUI, D.V. **International Negotiations on Biodiversity, Genetic Resources and Intellectual property: Implications of the WIPO Intergovernmental COMMITTEE's New mandate**. Março de 2004.

¹⁰⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Preparations for the 1999 Ministerial Conference**. 6 de julho de 1999. WIPO/ICG/WT/W/242.

teção aos Recursos Genéticos e Conhecimento Tradicional¹⁰⁸, e o Conselho do ADPIC iniciou estudos sobre a relação entre as normas da CBD e o Acordo ADPIC¹⁰⁹. Entretanto, a criação de uma nova exceção à patentabilidade (como era do desejo de vários países biodiversos em desenvolvimento) era uma possibilidade muito improvável, uma vez que tal medida não ajudaria muito na promoção da eficácia das normas de preservação da CBD: se o conhecimento tradicional e os recursos genéticos não forem patenteáveis, não haveria benefícios a serem compartilhados, e pouco interesse na conservação seria gerado.

Finalmente, as delegações do Brasil e da Índia propuseram um novo artigo *29bis* ao ADPIC, referente a uma obrigação de Declaração de Origem e Prova de cumprimento com Exigências de Autorização e Repartimento de Benefícios. Entre todas as propostas, essa se mostraria a mais sofisticada e capaz de gerar resultados reais.

3.3.4 Novas Tendências: Convergência entre Propriedade Intelectual e a Biodiplomacia

Direitos de Propriedade Intelectual têm impacto relevante no desenvolvimento das nações e nas relações Norte-Sul, passando a associar-se com outras áreas, como “o Direito Ambiental, preservação da biodiversidade, e direitos de populações indígenas e agricultores empobrecidos dos países em desenvolvimento”¹¹⁰. Os campos da biodiplomacia e da Propriedade Intelectual convergem, desse modo, nas negociações diplomáticas¹¹¹.

3.4 A Convergência entre Direitos de Propriedade Intelectual e Conhecimento Tradicional

3.4.1 Compatibilidade entre o Direito da Propriedade Intelectual e Conhecimento Tradicional

As tensões entre criadores/fornecedores e os consumidores/usuários do conhecimento tradicional são evidência da necessidade de imple-

¹⁰⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Preparations for the 1999 Ministerial Conference**. 6 de agosto de 1999. WIPO/ICG, WT/GC/W/282.

¹⁰⁹ OMC, *Ibid.* n. 105, parágrafo 19.

¹¹⁰ DUTFIELD. *Ibid.* n. 77. p. 260.

¹¹¹ DUTFIELD. *Ibid.* n. 77. p. 260.

mentar os mecanismos de Consentimento Prévio e Repartimento de Benefícios da CBD efetivamente. Entretanto, as dificuldades de harmonizar os requisitos e princípios da CBD e do Direito de Propriedade Intelectual resultam principalmente das características inerentes do Conhecimento Tradicional que tocam nos requisitos fundamentais para acesso a direitos de propriedade intelectual: os requisitos de originalidade (*novelty*), individualização dos criadores (*individualization of creators*), prazo de proteção (*duration of protection*), e alcance material de proteção (*substantive scope of protection*)¹¹². Tais incompatibilidades são apenas aparentes e serão analisadas a seguir:

Conhecimento Tradicional não é novo (original). O Conhecimento Tradicional não é estático: CT é *recriado* diariamente e/ou a cada estação ou ciclo natural¹¹³, à medida que é utilizado por seus detentores¹¹⁴. “O conhecimento gerado e mantido no dia a dia das sociedades ‘tradicionais’ é tão novo quanto antigo [...] O conhecimento tradicional muda e se desenvolve a cada geração”¹¹⁵. Partes do Conhecimento Tradicional podem ter muitos anos, até mesmo séculos de idade, mas isso não significa que não seja novo ou original no sentido de originalidade (novidade) do Direito de Propriedade Intelectual, uma vez que a novidade é determinada pelo momento da publicação ou divulgação¹¹⁶ e não pelo momento da invenção¹¹⁷, de modo que mesmo que o Conhecimento Tradicional exista há séculos, pode ser considerado novo ou original, desde que não tenha sido divulgado¹¹⁸.

Conhecimento Tradicional não tem criadores individualizados. De fato, o Conhecimento Tradicional não é criado ou mantido por indivíduos. Entretanto, disso não deriva que Direitos de Propriedade Intelectual não possam incidir e proteger Conhecimento Tradicional, pois nada impede que entidades coletivas e não individualizadas detenham proprie-

¹¹² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Review of the Existing Intellectual Property Protection of Traditional Knowledge**. 6 de maio de 2002. WIPO/GRTKF/IC/3/7.

¹¹³ DUTFIELD. *Ibid.* n. 77. p. 241.

¹¹⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders**. Abril de 2001. WIPO/IGC, 25.

¹¹⁵ DUTFIELD. *Ibid.* n. 28. p. 501.

¹¹⁶ SOMMER, A.R. Trouble in the Commons: A Lockean Justification for Patent Law Harmonization. **J.Pat. & Trademark Off. Soc’y**. v. 87. n. 141. p. 168

¹¹⁷ OMPI. *Ibid.* n. 114. p. 33.

¹¹⁸ OMPI. *Ibid.* n. 116. p. 35.

dade. Além do que, o objeto por excelência da Propriedade Intelectual é a invenção, não o inventor. Desse modo, Direitos de Propriedade Intelectual podem ser concedidos a entidades coletivas¹¹⁹, como Comunidades Tradicionais ou tribos¹²⁰.

CTRGs deveriam receber proteção permanente, enquanto que a PI tem duração limitada. Uma proteção temporária pode não corresponder plenamente às expectativas das Comunidades Tradicionais¹²¹. Entretanto, a proteção temporária atende ao Princípio da Supremacia do Interesse Público no que tange à passagem da invenção baseada em CTRGs ao Domínio Público. Ainda assim, Direitos de Propriedade Intelectual não precisam ter duração limitada, como ocorre com as Indicações Geográficas e as Marcas Registradas¹²².

Os limites do CT são incertos ou de difícil determinação. O caráter informal do CT confere-lhe dinamismo. Entretanto, também torna difícil a delimitação de seus limites, ou qual conhecimento pertence exclusivamente a uma cultura e qual é domínio comum de mais de uma cultura. Às vezes, o mesmo conhecimento é possuído parcialmente por uma cultura enquanto que outra comunidade o detém completamente. Um uso adequado de critérios de delimitação de Propriedade Intelectual é essencial para garantir a alimentação e expansão do Domínio Público. A vitalidade das atividades de bioprospecção desde o fim do século XIX e até o terceiro quartel do século XX indica que ainda há uma quantidade significativa de Conhecimento Tradicional não publicado e tampouco incorporado ao Domínio Público. Indubitavelmente uma grande oportunidade para o sistema de Propriedade Intelectual, cujo principal objetivo é o de estimular a expansão do Domínio Público.

3.5 Propostas para a Proteção do Conhecimento Tradicional

Os debates e negociações nos fóruns diplomáticos internacionais e as experiências nacionais revelam uma variedade de abordagens para a proteção, via Propriedade Intelectual. Um estudo de direito comparado nos

¹¹⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Survey on Existing Forms of Intellectual Property protection for Traditional Knowledge*. 3 de dezembro de 2001. WIPO/GR-TKF/IC/2/9.

¹²⁰ OMPI. *Ibid.* n. 114. p. 34.

¹²¹ OMPI. *Ibid.* n. 114. p. 32.

¹²² OMPI. *Ibid.* n. 114. p. 34.

permitirá uma visão do estado da proteção de Conhecimento Tradicional e Recursos Genéticos em algumas jurisdições relevantes, especialmente em países megadiversos:

A chamada **Proteção Positiva** dá direitos de Propriedade Intelectual diretamente às Comunidades Tradicionais para controlar e administrar o uso legal do Conhecimento Tradicional e Recursos Genéticos que detenham¹²³. A concessão de DPIs às Comunidades Tradicionais pode ser feita de duas formas: tanto por sistemas de propriedade, quanto por sistemas de Responsabilidade Civil. A propriedade permitiria direitos exclusivos de autorização de acesso aos CTRGs por pesquisadores. A desvantagem de tal sistema é que os cientistas teriam dificuldades de avaliar preliminarmente, isto é, antes de pagar pelo licenciamento, sobre o valor do Conhecimento Tradicional ou dos Recursos Genéticos como pistas de pesquisa promissoras. Direitos de propriedade dados a comunidades diferentes sobre o mesmo conhecimento, ou sobre conhecimentos parecidos, também aumentariam o grau de insegurança jurídica sobre o valor de uma concessão/autorização dada por uma Comunidade Tradicional específica¹²⁴.

Um Regime de Responsabilidade Civil evitaria tais inconvenientes ao permitir a pesquisadores e usuários não tradicionais de CTRGs obterem permissão de uso apenas após desenvolver uma nova invenção/produto. Entretanto, teria a desvantagem de negar às Comunidades Tradicionais o direito de bloquear o acesso legal aos CTRGs em questão, deixando-lhes apenas a opção que já têm de tentar bloquear materialmente o acesso aos CTRGs, o que gera principalmente dois inconvenientes: diminui a precisão dos limites do Domínio Público, bem como desestimula a divulgação do Conhecimento Tradicional pelas Comunidades Tradicionais. Para diminuir a insegurança jurídica em um regime de Responsabilidade Civil, seria necessária a criação de bancos de dados e registro de CTRGs, o que aumenta a confiabilidade das fronteiras do Domínio Público¹²⁵, mas diminui o poder das Comunidades Tradicionais de conceder ou negar acesso aos seus CTRGs¹²⁶.

Sistemas de **Proteção Defensiva** seriam constituídos de órgãos internacionais para o gerenciamento de Recursos Genéticos e Conheci-

¹²³ DUTFIELD. *Ibid.* n.194. p.22.

¹²⁴ REICHMAN. *Ibid.* n. 100. p. 341.

¹²⁵ DUTFIELD. *Ibid.* n. 28.

¹²⁶ REICHMAN, J.H. Of Green Tulips and Legal Kudzu. **Vand. L. Rev.** v. 53. n. 1743. 2000. p. 1781.

mento Tradicional, bem como de novos critérios de concessão de Direitos de Propriedade Intelectual a serem adotados por tratados e convenções internacionais. Uma ora hipotética *Sociedade Global de Biocoleta*¹²⁷ coletaria e registraria Recursos Genéticos e Conhecimento Tradicional, mas publicaria apenas os nomes das comunidades e discretas indicações materiais sobre os CTRGs usados, permitindo a eventuais interessados que contactem as Comunidades respectivas e negociem o acesso aos Recursos Genéticos e Conhecimento Tradicional. Tal sistema permitiria um controle mais eficaz do sigilo dos CTRGs pelas Comunidades Tradicionais até que decidissem revelá-los. A dificuldade de um sistema assim é que o Conhecimento Tradicional é dinâmico¹²⁸ e está em contínua evolução¹²⁹. As Comunidades Tradicionais teriam que registrar toda e qualquer alteração ou evolução do Conhecimento Tradicional que obtivessem ao longo do tempo: seguramente um fardo pesado a ser carregado por comunidades muitas vezes pobres e isoladas geográfica e culturalmente.

Tanto a Proteção Positiva quanto a Proteção Defensiva podem ser usadas para a efetivação do Consentimento Prévio e da Repartição de Benefícios reivindicados pela CBD. O acordo ADPIC, por sua vez, não proíbe seus membros de adotar regimes domésticos de Consentimento Prévio e/ou Repartição de Benefícios. Das diversas formas de proteção a CTRGs aventadas até o momento, a combinação de Contratos de Acesso com exigências de revelação de fontes de CTRGs é a mais avançada e promissora. Alguns países têm adotado e implementado tal sistema, notadamente Peru, Brasil, Costa Rica, Dinamarca, Índia e Noruega. Outros ainda estão considerando a adoção de medidas similares. Passaremos agora à análise do Regime Brasileiro de Acesso, Consentimento e Repartição de Benefícios.

3.5.1 O Regime Brasileiro de Repartimento de Benefícios e Consentimento Prévio

Sendo um dos principais países megadiversos e dos mais interessados na implementação eficaz da CBD, o Brasil adotou sua Medida Provisória 2.186-16¹³⁰ (MP 2.186), que estabelece a obrigatoriedade de auto-

¹²⁷ DRAHOS, P. Indigenous Knowledge, Intellectual Property and Biopiracy. *Euro. Intell. Prop. Rev.* v.6 n. 245. 2000.

¹²⁸ BROWN. M.F. Can Culture be Copyrighted? *Current Anthropology*. N193. 1998. p. 196.

¹²⁹ OMPI, *Ibid.* n. 120. p. 33. CORREA. *Ibid.* n. 7. p. 4.

¹³⁰ BRASIL. **Medida Provisória No. 2.186-16**, de 23 de Agosto de 2001.

rização junto ao Poder Executivo federal para coletar Recursos Genéticos no país¹³¹. Autorizações dadas exclusivamente a pesquisadores brasileiros; nacionais de outros Estados devem associar-se com cientistas de nacionalidade brasileira para poder obter a autorização de acesso¹³². É necessário também obter o Consentimento Prévio por escrito da Comunidade Tradicional cujo Conhecimento Tradicional levou à pesquisa com o Recurso Genético¹³³. Em casos nos quais a pesquisa com o Recurso Genético coletado mostre possibilidades de resultar em uma patente comercialmente viável, um contrato de Repartimento de Benefícios deve ser celebrado entre os pesquisadores desenvolvedores da patente e a respectiva Comunidade Tradicional: tal contrato logra cumprir com o disposto pelo artigo 8 (j) da CBD. O Governo Federal tem, outrossim, a competência do registro e publicação das listas de Autorizações Concedidas e Contratos de Repartição de Benefícios celebrados¹³⁴.

O Contrato de Repartição de Benefícios deve conter os termos para o acesso aos Recursos Genéticos e Conhecimento Tradicional, bem como para uma Repartição de Benefícios justa e equilibrada da Comunidade Tradicional, transferência de tecnologia e Direitos de Propriedade Intelectual. Os benefícios devem também incluir transferências de tecnologia, treinamento de recursos humanos, além de royalties e participações¹³⁵.

Pedidos de Patentes devem, de acordo com a MP 2.186, incluir prova de cumprimento dos requisitos de Autorização Prévia e Repartição de Benefícios. O não-cumprimento de tais requisitos leva à recusa do pedido e ao cancelamento de patentes que possam ter sido concedidas¹³⁶, mesmo que a invenção cumpra perfeitamente com todos os outros requisitos de patentabilidade. Essa medida é similar ao disposto por outros regimes de Consentimento Prévio e Repartição de Benefícios¹³⁷.

3.5.2 A Eficácia Internacional dos Sistemas Nacionais

Em um mundo globalizado, a eficácia de regimes de proteção

¹³¹ BRASIL. *Ibid.* n. 133. Artigo 10.

¹³² BRASIL. *Ibid.* n. 133. Artigo 16, par. 6.

¹³³ BRASIL. *Ibid.* n. 133. Artigo 16, caput.

¹³⁴ BRASIL. *Ibid.* n. 133. Artigo 15, X.

¹³⁵ BRASIL. *Ibid.* n. 133. Artigos 28 e 25.

¹³⁶ BRASIL. *Ibid.* n. 133. Artigos 30 e 31.

¹³⁷ COMUNIDADE ANDINA. **Decision No. 391 of the Commission of the Cartagena Agreement**. 2 de Julho de 1996. COSTA RICA. **Biodiversity Law, No. 7.788**, de 27 de maio de 1998, artigo 80.

de propriedade intelectual depende grandemente de sua exequibilidade internacional. Direitos de exclusividade sobre invenções, marcas e outras criações se mostram inócuos quando concedidos e eficazes em uma jurisdição, se não são válidos em grandes mercados externos, devido à internacionalização das atividades de Pesquisa e Desenvolvimento e dos fluxos de informação¹³⁸.

Uma vez que os Recursos Genéticos e o Conhecimento Tradicional tenham sido obtidos por pesquisadores e uma invenção resulte de seus trabalhos, nada impediria a obtenção de uma patente em um ou vários países desenvolvidos. A falta de proteção coordenada em algumas jurisdições estratégicas anula a eficácia de sistemas nacionais de proteção à propriedade intelectual de CTRGs nos países fornecedores. O próprio Conselho do ADPIC reconhece:

Patentes combinadas a regimes de repartição de benefícios podem se mostrar mecanismos eficazes para a promoção de repartição de benefícios. Situações que envolvam apropriação indevida [de CTRGs] podem ser remediadas através do uso efetivo e adequado de regimes de consentimento prévio e repartição de benefícios que incidam diretamente sobre comportamento indesejável¹³⁹.

Desse modo, a ação e regulação internacional são essenciais para garantir a implementação e eficácia dos requisitos de Consentimento Prévio e Repartição de Benefícios da CBD¹⁴⁰.

3.6 O Requisito de Declaração de Origem (RDO)

Alguns países adotam um novo requisito de patentabilidade para a transparência da origem de Recursos Genéticos e Conhecimento Tradicional. Nas palavras de Keating:

Um novo requisito de declaração de origem [obrigaria] os requerentes de patentes a [...] revelar a origem de quaisquer recursos genéticos e conhecimento tradicional que tenham sido usados para chegar à invenção relacionada à patente, bem como prova

¹³⁸ EGUI, D.V. RUIZ, M. Toward an Effective Disclosure Mechanism. In: ROJAS, M.C. (org.) **Disclosure Requirements: Ensuring Mutual Supportiveness Between the WTO TRIPS Agreement and the CBD**. Gland, Suíça: IUCN. 2005.

¹³⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Relationship Between the TRIPS Agreement and the CBD**. 10 de junho de 2005. IP/C/W/449.

¹⁴⁰ DE SOTO, H. **The MISTERY OF Capital**. New Your: Basic Books. 2000.

de consentimento prévio e de que o recurso genético foi obtido mediante termos acordados legalmente¹⁴¹.

É bem verdade que o Direito de Propriedade Intelectual tem remédios contra abuso de seus mecanismos. Ainda assim, a verificação de cada patente que possa usar Recursos Genéticos e Conhecimento Tradicional é um fardo pesado para comunidades tradicionais muitas vezes empobrecidas e isoladas geograficamente. Outrossim, a verificação judicial de patentes, em caso de apropriação indevida, só resultaria na anulação das mesmas, em caso de esta ter sido obtida sem passo inventivo. Ainda assim, a anulação não traria nenhum benefício ou compensação à(s) Comunidade(s) Tradicional(is).

Criar um regime legal que gere um conjunto de incentivos a todos os atores envolvidos na criação de novas tecnologias atende ao espírito e aos objetivos da Propriedade Intelectual, portanto há que se manter, aos cientistas e companhias de biotecnologia, a possibilidade de obtenção de patentes sólidas que garantam o retorno de seus investimentos; às Comunidades Tradicionais a garantia de que seu Conhecimento Tradicional não será indevidamente apropriado ou usado e aos governos nacionais um sistema que não seja demasiado caro ou complexo de administrar. O mais importante é que um regime de propriedade intelectual para CTRGS incentive a atividade inventiva das Comunidades Tradicionais e dos cientistas, por meio dos quais se dá a criação de novas tecnologias para benefício da sociedade. É bem verdade que, no regime da CBD, os Recursos Genéticos estão sob jurisdição dos governos nacionais, entretanto são as CTs que detêm o domínio material sobre tais recursos, juntamente com o Conhecimento Tradicional associado.

A combinação de um Requisito de Declaração de Origem com os de Consentimento Prévio e de Repartição de Benefícios no âmbito do acordo ADPIC daria plena eficácia aos mecanismos da CBD, tanto nas esferas domésticas quanto na internacional, num contexto em que a implementação eficiente da CBD é uma prioridade da Organização Mundial de Comércio, desde a Declaração de Doha¹⁴².

Nesse contexto, Índia, Brasil e outros membros propuseram a alteração do acordo ADPIC com a edição de um artigo 29bis que determine a

¹⁴¹ KEATING, D. Access to genetic resources and Equitable Benefit Sharing Through a new Disclosure Requirement in the Patent System. *J.Pat. & Trademark Off. Soc'y*. V. 87. N. 525. 2004. p. 526.

¹⁴² WTO MINISTERIAL CONFERENCE. *Ibid.* n. 111. par. 12 (b).

exigência da Declaração de Origem. Tal proposta foi celebrada pela maioria dos membros em desenvolvimento da Organização, mas com reserva pelos membros desenvolvidos. O uso de CTGRs no desenvolvimento de uma invenção não a diferencia materialmente de outras invenções que não usem CTRGs, motivo pelo qual os critérios tradicionais de patentabilidade não são capazes de tratar as invenções baseadas em CTRGs apropriadamente. Como o artigo 29 do acordo ADPIC trata dos critérios formais para os requisitos nacionais de patentabilidade, um novo artigo 29**bis** foi proposto para adicionar novos requisitos materiais.

3.6.1 A Compatibilidade entre a Declaração de Origem e o Acordo ADPIC

A Proposta Indo-brasileira de Declaração de Origem, mencionada no item anterior, estabelece a revogação de patentes que não cumpram com o novo requisito. Entretanto, acredito que a revogação de uma patente deva ser feita apenas em circunstâncias que justificariam o indeferimento do pedido original de patente. O artigo 27 do acordo ADPIC trata da proteção de patentes para invenções que cumpram com os critérios de originalidade (*novelty*), inventividade (*inventiveness*) e aplicabilidade industrial (*industrial application*). Patentes já devem ser negadas a invenções baseadas em Conhecimento Tradicional e Recursos Genéticos que não satisfaçam tais requisitos:

[...] as únicas razões pelas quais um membro da OMC pode revogar uma patente são as mesmas que [...] teriam justificado o indeferimento do pedido de patente¹⁴³.

Não resta dúvida de que negar a concessão de patentes ou revogá-las para invenções que cumpram com os critérios materiais de patentabilidade exigidos pelo acordo ADPIC é incompatível com as obrigações de um país membro da Organização Mundial de Comércio¹⁴⁴.

Apesar da possibilidade de os requerentes/interessados, prevista pelo parágrafo 3 da Proposta, de emendar ou ajustar o pedido a qualquer

¹⁴³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO. **Remarks on the revocation of Patents and the TRIPS Agreement**. 6 de agosto de 1996. IP/C/W/32.

¹⁴⁴ GOLLIN, M. Feasibility of National Requirements for Disclosure of Origin. *In*: ROJAS, M.C. (Org.) **Disclosure Requirements: Ensuring Mutual Supportiveness Between the two TRIPS Agreement and the CBD**. Gland, Suíça: IUCN. 2005.

tempo antes ou depois da concessão ou indeferimento do pedido¹⁴⁵, negar proteção de propriedade intelectual a invenções originais, inventivas e industrialmente aplicáveis é incompatível com o disposto e os princípios do acordo ADPIC. Sem dúvidas, invenções materialmente novas não devem ter a proteção de patentes negadas, sob o risco de retirar-se dos inventores o estímulo para revelar seus segredos.

Se países fornecedores [de CTRGs] forem rígidos demais na regulação de acesso a recursos genéticos, isso pode levar as companhias de biotecnologia a pensar duas vezes antes de usar tais recursos. E levaria ao impedimento do aproveitamento comercial das invenções resultantes. Haveria, de fato, poucos benefícios a serem repartidos com os países fornecedores.

Cada revogação de patente leva à perda do investimento feito pelos inventores, Comunidades Tradicionais perdem a chance de receber participações nos benefícios resultantes da exploração comercial monopolística das invenções, e governos e a sociedade em geral perdem, tanto em países desenvolvidos quanto nos em desenvolvimento, um mecanismo de incentivo à inovação e incorporação de novas tecnologias ao domínio público. Dessa maneira, esta não é uma questão de simples oposição entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, pois mesmo quando países industriais avançados, como a Noruega¹⁴⁶, defendem a revogação de patentes que não cumpram com os requisitos de Declaração de Origem, Consentimento Prévio e Repartição de Benefícios, há riscos à função de alimentação do Domínio Público que o Direito de Propriedade Intelectual cumpre, tanto em países avançados quanto naqueles menos prósperos.

3.6.2 A Suspensão da Executoriedade das Patentes

A Proposta Indo-brasileira de Declaração de Origem ainda pode ser implementada, desde que sejam adotadas algumas mudanças. A mera declaração da origem dos CTRGs é na verdade uma medida inócua, uma vez que sempre que os países megadiversos provedores de recursos genéticos¹⁴⁷ mantenham atualizadas listas de Recursos Genéticos e Conhecimen-

¹⁴⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO. **Response to Questions Raised on the DRAFT Amendments to TRIPS—Article 29bis**. 26 de julho de 2006. IP/C/W/475.

¹⁴⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO. **The Patent System and Genetic Resources—Communication from Japan**. 13 de junho de 2006. IP/C/W/472.

¹⁴⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO. **The Relationship Between the TRIPS Agreement to Introduce an Obligation to Disclose the Origin of Genetic Resources and Traditional**

to Tradicional, os escritórios de patentes em cada país terão a obrigação de verificar a originalidade e inventividade de cada novo pedido diante das tecnologias previamente disponíveis. Isso já é feito pelos escritórios de patentes, de modo que não causaria nenhum novo fardo; entretanto, conforme o grau de dependência que o pedido de patente tenha do CTRG usado, pode ser-lhe negada a patentabilidade, por falta de originalidade ao pedido.

A principal consequência da mera publicação de listas e/ou declaração de origem dos CTRGs seria a de diminuir consideravelmente a patentabilidade de invenções baseadas em CTRGs, o que reduziria também os prospectos de retorno comercial de tais invenções, levando pesquisadores e empresas de biotecnologia a investir cada vez menos neste tipo de pesquisa. Este é exatamente o efeito oposto ao propósito do Direito de Propriedade Intelectual!

Por esse motivo, é importante manter a patentabilidade das invenções que usem CTRGs, ao mesmo tempo em que se garanta o cumprimento dos requisitos de Consentimento Prévio e Repartição de Benefícios das CBD.

Como exposto no item anterior, a Proposta requer que os requerentes de patente declarem a origem dos recursos usados na invenção. A solução de um sistema que equilibre o cumprimento dos requisitos da CBD com a manutenção dos incentivos à atividade criativa talvez já esteja no parágrafo 4 da Proposta, que permite aos requerentes emendar o pedido a qualquer momento, mediante pedido do escritório de patentes, ou sob iniciativa própria. É também possível, à luz da Proposta, ao escritório de patentes ou ao juiz monocrático tornar a patente inexecutável sempre que o requerente tenha faltado com suas obrigações de divulgação de origem¹⁴⁸. Vincular a executoriedade de patentes ao cumprimento dos requisitos de Declaração de Origem, em lugar de negar ou anular-se a própria patente, tem a grande vantagem de não incompatibilizar a implementação dos requisitos da CBD com o atual sistema de proteção à Propriedade Intelectual¹⁴⁹.

Além disso, o Artigo 8 do Acordo ADPIC diz:

Knowledge. 14 de junho de 2006. IP/C/W/473.

¹⁴⁸ BRASIL. *Ibid.* n. 143. Artigo 14, IV.

¹⁴⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO. **Doha Work Programme.** 5 de julho de 1995. IP/C/W/474.

1. Os Membros [...] podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento socioeconômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo.
2. Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia¹⁵⁰.

O uso sustentável de CTRGs pode ser um meio efetivo de promoção da conservação da biodiversidade. Muito do Conhecimento Tradicional existente ainda está restrito a suas Comunidades Tradicionais e à margem do alcance da sociedade em geral e do Domínio Público. Ninguém pode obrigar as Comunidades Tradicionais a disponibilizar seus conhecimentos contra sua vontade, a seu próprio custo e sem retornos ou reconhecimento. A anulação de patentes retiraria o incentivo das empresas de biotecnologia de pôr esse conhecimento a serviço da sociedade. O Artigo 8.1 reforça a necessidade de compatibilizar os requisitos de Consentimento Prévio e Repartição de Benefícios com o ADPIC. Como o ADPIC estabelece critérios de patentabilidade que, uma vez cumpridos pelo pedido, devem obrigatoriamente permitir a concessão de uma patente, é improvável que a Proposta seja realmente adotada internacionalmente, à luz dos compromissos dos ADPIC, especialmente seu artigo 27.

Esta não é apenas uma questão de interesses privados de ricas companhias de alta tecnologia contra as frágeis forças do mundo empobrecido do Sul. Há na verdade um interesse público relevante na promoção da cooperação entre as Comunidades Tradicionais e os pesquisadores e cientistas. A prevalência do interesse público sobre o interesse privado é princípio bem estabelecido pelo Direito brasileiro e também é claramente reconhecida pela Suprema Corte dos EUA em matéria de Propriedade Intelectual:

A equidade pode justificadamente negar proteção a tal uso de uma patente ao negar ação executória de patente, e deve fazê-lo sempre que a patente for usada contra o interesse público, ou até que a mera possi-

¹⁵⁰ OMC. ADPIC. *Ibid.* n. 12.

bilidade de tal uso indevido seja afastada¹⁵¹.

Desse modo, para garantir a compatibilidade dos institutos da Autorização Prévia, do Repartimento de Benefícios e da proposta de Declaração de Origem com o atual sistema de proteção à Propriedade Intelectual, é necessário rejeitar a possibilidade de negar ou anular a patentabilidade de invenções pelo não-cumprimento desses requisitos. A suspensão da executoriedade de patentes até que os requisitos sejam cumpridos nos parece uma medida eficaz de forçar os inventores a cumprir com os requisitos da CBD, ao mesmo tempo em que deixa intacta a patentabilidade das invenções, compatibilizando o regime da CBD com o ADPIC, especialmente em seus artigos 8 e 27. A não executoriedade temporária de patentes atende assim tanto aos interesses dos provedores de Conhecimento Tradicional e Recursos Genéticos quanto a seus usuários.

Em um regime assim, o ônus da prova recai sobre o requerente apenas até que seja concedida a patente, uma vez que invenções que cumpram com os requisitos de patentabilidade devem receber patentes, sob o risco de retirar-se dos inventores o interesse de investir em novas tecnologias a serem posteriormente incorporadas ao Domínio Público. Um pedido incompleto ou que não cumpra com os requisitos mínimos de patentabilidade pode ser emendado pelo requerente por solicitação do próprio escritório de patentes. Se tal pedido não for atendido, a patente deve ser concedida, com a ressalva do não-cumprimento com os requisitos de Revelação de Origem. A Corte do Distrito Sul de Nova Iorque, nos EUA, é desta mesma opinião:

[...] exige-se que os requerentes de patentes ajam com completa honestidade e transparência diante do Escritório de Patentes, qualquer conduta inadequada da parte do requerente no processo de obtenção da patente poderá levar o judiciário a negar qualquer pretensão sua de executar uma patente contra infratores de seus direitos¹⁵².

Sempre que o não-cumprimento dos requisitos de Declaração de Origem for verificado, após a concessão da patente, o princípio da segurança jurídica e a conveniência de manter-se o incentivo à atividade inventiva

¹⁵¹ CARVALHO, *Ibid.* n. 7. p. 379.

¹⁵² CARVALHO, N.P. From the Shaman's Hut to the Patent Office: In Search of a TRIPS-Consistent Requirement to Disclose the Origin of Genetic Resources and Prior-Informed Consent. **Wash. U.J.L & Pol'y.** v. 17. n. 111. 2005. p. 160.

pedem a adoção de medidas administrativas e judiciais, a critério dos países membros do ADPIC.

Em suma, a anulação ou o indeferimento de uma patente nega ao investidor o retorno de seu investimento na atividade inventiva e às Comunidades Tradicionais a geração de benefícios que poderiam ser-lhes compartilhados. A suspensão dos direitos de executoriedade de uma patente obtida a partir de CTRGs até que os requisitos de Consentimento Prévio, Repartição de Benefícios e Declaração de Origem sejam cumpridos, ao invés de retirar o incentivo à atividade inventiva, o mantém, ao mesmo tempo em que estimula o cumprimento dos requisitos da CBD. Cumpridos os requisitos, a executoriedade de patentes pode ser estabelecida a partir de declaração do escritório de patentes a pedido da parte interessada.

Livre do monopólio da patente, os preços da invenção no mercado tendem a ser menores, beneficiando o público, ainda que temporariamente com acesso mais barato à nova tecnologia. As Comunidades Tradicionais não teriam perda alguma, uma vez que não cumpridos os requisitos da CBD, não teriam acesso aos benefícios ou recompensas pelo uso de seus CTRGs. As perdas da não executoriedade de patentes recaem exclusivamente sobre aqueles que não cumpriram com seus requisitos: uma vez cumpridas as exigências de Consentimento Prévio, Repartição de Benefícios e Declaração de Origem, a executoriedade das patentes é restabelecida, os inventores voltam a poder explorá-la monopolisticamente, as Comunidades Tradicionais voltam a ter seu estímulo de compartilhar Recursos Genéticos e Conhecimento Tradicional e o público volta a ter seu Domínio Público expandido.

Dessa forma, a suspensão da executoriedade de patentes em caso de não cumprimento com os requisitos de Declaração de Origem não funcionaria apenas como uma punição aos infratores, mas também serviria de incentivo a pesquisadores e Comunidades Tradicionais para buscar acordos de repartição de benefícios e a restauração da executoriedade da patente, sempre que necessário.

4 Conclusões

O principal objetivo do Direito de Propriedade Intelectual é o de estimular a inovação e incentivar a expansão do Domínio Público pela incorporação de novas tecnologias ao conhecimento geral. Entretanto, o uso inadequado de direitos de Propriedade Intelectual por alguns requerentes

de patentes em invenções baseadas em Recursos Genéticos e Conhecimento Tradicional tem ameaçado a continuidade da frutífera cooperação entre Ciência e Tradição, no desenvolvimento de novos medicamentos. Algumas Comunidades Tradicionais e governos nacionais têm reagido à apropriação indevida de seus CTRGs, restringindo acesso a tais recursos e dificultando o trabalho dos cientistas num processo chamado por alguns doutrinadores de Tragédia dos Anticomuns (*Tragedy of Anticommons*).

A própria implementação da CBD tem-se mostrado difícil em virtude de algumas posições da própria Convenção, que dificultam sua aceitação por governos de países desenvolvidos e em desenvolvimento, como o sistema de Soberania Nacional sobre Recursos Genéticos, que deixa a administração dos RGs sob jurisdição dos governos nacionais, mediante mecanismos de Consentimento Prévio e Repartição de Benefícios. Os desafios de implementar a CBD trouxeram o debate a um novo nível: o da eficácia internacional de regimes nacionais de Repartição de Benefícios e Consentimento Prévio, em um mundo onde a exploração comercial de novas invenções se dá cada vez mais no âmbito do comércio internacional, sob os auspícios do ADPIC da OMC.

As discussões pela adoção do Requisito de Declaração de Origem sob o ADPIC já geraram algumas propostas formais de membros e podem resolver o problema da ineficácia internacional dos regimes domésticos numa economia globalizada. Entretanto, a proposta de negar patentabilidade ou de anular patentes de invenções que não cumpram com os requisitos de Declaração de Origem, Consentimento Prévio e Repartição de Benefícios é incompatível com os termos do ADPIC, anula os incentivos à atividade criativa, é ineficaz para promover o compartilhamento dos CTRGs pelas Comunidades Tradicionais e não estimula a expansão do Domínio Público. Tal proposta ainda enfrenta a oposição dos governos de países desenvolvidos e algumas Comunidades Tradicionais, por não corresponder aos interesses da maioria dos atores relevantes.

A suspensão temporária de direitos de executoriedade de patentes para forçar o cumprimento com os requisitos de Declaração de Origem, Consentimento Prévio e Repartição de Benefícios carrega as vantagens de ser compatível com os atuais Direitos de Propriedade Intelectual do ADPIC, e, portanto, de não afetar a validade substantiva das patentes concedidas – um avanço considerável no campo da segurança jurídica e estímulo ao investimento na atividade inventiva. É absolutamente necessário continuar a promover a cooperação entre cientistas e Comunidades Tradicio-

nais, em nome do interesse público de incorporação de novas invenções ao Domínio Público via sistema de patentes.

A combinação de regimes nacionais, já existentes, de Consentimento Prévio, Repartição de Benefícios e Declaração de Origem para pedidos de patentes e a suspensão temporária da executoriedade de patentes pode assim resolver satisfatoriamente o problema do uso e apropriação indevida de Recursos Genéticos e Conhecimento Tradicional, estimulando a cooperação entre grandes companhias de biotecnologia e as Comunidades Tradicionais, promovendo a conservação da biodiversidade e o enriquecimento do patrimônio comum da humanidade.

Recebido: 01/09/2011

Aceito: 07/12/2011