



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO
Campus de Jacarezinho

MARCELO MIGUEL CONRADO

**FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL:
A BIOTECNOLOGIA COMO MEIO DE INCLUSÃO SOCIAL**

**JACAREZINHO
2007**



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO
Campus de Jacarezinho

MARCELO MIGUEL CONRADO

**FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL:
A BIOTECNOLOGIA COMO MEIO DE INCLUSÃO SOCIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, sob a orientação do Prof. Dr. Gilberto Giacoia.

**JACAREZINHO
2007**

CONRADO, Marcelo Miguel.

Função social da propriedade intelectual: a biotecnologia como meio de inclusão social / Marcelo Miguel Conrado. Jacarezinho (PR), 2006.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, 2006.

Bibliografia:

1. Direito Civil. 2. Direito – Brasil. I. Título.

CDU – 342(81)

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gilberto Giacoia
Orientador – FUNDINOPI

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho
Membro – FUNDINOPI

Prof. Dr. Zulmar Fachin
Membro - UEL

Jacarezinho, 26 de janeiro de 2007

DEDICATÓRIA

O biodireito é, por excelência, o direito da vida. Mas toda vida é finita e inevitavelmente chega o momento da despedida. Empréstase, então, das palavras de Rubem Alves o testemunho de que

***"Saber viver é também saber morrer.
Cada poema se inclina para a sua última palavra;
cada canção se prolonga na direção do seu silêncio.
Última palavra em que continuam a reverberar todas aquelas que a
antecedem: silêncio onde ressoam os sons que o preparam.
Toda vida é uma preparatio mortis, e é por isto que a última palavra e o
último gesto são um direito que ninguém lhe pode roubar.
Ao corpo pertence o direito de dizer 'É hora de partir'. [...]"***

Dedica-se este trabalho a memória de meu pai, EUSTACHIO CONRADO, que partiu na fase final de realização deste Curso, deixando o exemplo de serenidade e coragem em cada momento de sua vida.

AGRADECIMENTOS

A Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI proporcionou-me, primeiramente, os estudos de graduação e, agora, a realização do curso de Mestrado em Ciência Jurídica. Motivado pelo privilégio de usufruir, por duas vezes, do ensino jurídico de reconhecida qualidade, agradeço inicialmente a todos os professores, alunos e funcionários que fazem desta instituição um espaço de referência no aprendizado do direito e dos ideais de Justiça.

Ao Professor Orientador Gilberto Giacoia, pelo incentivo, pela confiança e, principalmente, pelos ensinamentos, não apenas na condição de orientador deste trabalho, mas também como professor do curso de mestrado e, anteriormente, do curso de graduação, registro meus especiais agradecimentos.

Aos colegas que na convivência acadêmica enriqueceram-me com as discussões jurídicas e com a demonstração de amizade, manifesto minha gratidão. Consigno meus agradecimentos aos amigos Elídia Aparecida de Andrade Corrêa, Romualdo Flávio Dropa, Maria da Glória Navarro, Daniel Marques de Camargo, Roald Cotruci e Hélder Gonçalves Dias Rodrigues.

À Maria Natalina Costa, funcionária da FUNDINOPI, consigno meus sinceros agradecimentos pela sempre prestatividade e amizade.

A todos os professores do Mestrado, que na arte de ensinar, me permitiram ampliar a reflexão sobre o direito e sobre a necessidade de promover a inclusão social.

Aos amigos, colegas e profissionais que contribuíram para a realização deste trabalho, quer seja com aconselhamentos sempre oportunos, ou então com indicação de bibliografia e empréstimos de livros, deixo aqui meus agradecimentos.

Reservo, por fim, os merecidos agradecimentos à família, pelo fiel acompanhamento e incentivo em todos os momentos da vida. Alice, minha mãe, e aos irmãos, Cléia, Joselete, Márcio e Salette.

O Código da vida genética começa a ser lido. O Código do viver está eternamente por ser escrito. Há que se escrevê-lo com ética e, principalmente, com humanidade, o que supõe solidariedade e responsabilidade com o outro.

Cármem Lúcia Antunes Rocha¹

¹ ANTUNES ROCHA, Cármem. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 173.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. BIOTECNOLOGIA, PROPRIEDADE E EXCLUSÃO SOCIAL	17
1.1 Considerações preliminares	17
1.2 O contexto da exclusão social	23
1.3 Bioética: a “gramática da inclusão social”	27
1.4 Da biotecnologia ao direito	29
2. A INVENTIVIDADE, A BIOTECNOLOGIA E SEUS REFLEXOS NA CONTEMPORANEIDADE	36
2.1 A inventividade humana e o estado atual da biotecnologia	36
2.2 Os princípios da bioética	45
2.3 As patentes em biotecnologia	49
2.3.1 O que pode ser patenteado	49
3. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE BIOSSEGURANÇA	53
3.1 A competência legislativa	53
3.2 Os regimes de Biossegurança no Brasil	55
3.3 A Lei de Biossegurança – Lei 11.105/2005	57
3.4 A Lei de Biossegurança e as pesquisas com células-tronco	61
3.5 Algumas considerações sobre o Projeto de Lei que autoriza a clonagem humana terapêutica	64
3.6 A Ação Direta de Inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança – Reflexões sobre o início da vida humana	66
3.6.1 Os argumentos utilizados por aqueles que são contrários às pesquisas com células-tronco embrionárias	69
3.6.2 Os argumentos utilizados por aqueles que defendem a continuidade das pesquisas com células-tronco embrionárias	72
3.6.3 O início da vida humana: em busca da definição jurídica	73
3.7 As pesquisas com células-tronco, as patentes e os interesses econômicos	76
3.8 Entendendo a técnica de produção de Organismos Geneticamente Modificados – OGMs	79
3.9 Os alimentos transgênicos e as implicações jurídicas acerca das patentes em biotecnologia	93
3.9.1 As discussões judiciais no Brasil sobre a cobrança de <i>royalties</i> e as sementes de alimentos transgênicos	94
3.9.2 O 3º Encontro de Parte do Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança e a Oitava Convenção de Partes sobre Diversidade Biológica	93
3.9.3 O Projeto de Lei para criação do Estatuto do Produtor Rural	95

4. A PROPRIEDADE INTELECTUAL E O CONHECIMENTO CIENTÍFICO	97
5. A PROPRIEDADE E O DESAFIO DA FUNÇÃO SOCIAL	105
5.1 A propriedade sob a lente do interesse público e privado: a superação da dicotomia	105
5.2 Análise da função social da propriedade intelectual	115
5.3 Algumas legislações que disciplinam o direito de acesso ao patrimônio biológico	121
5.4 A recusa de patentes em medicamentos	124
5.5 O Projeto de Lei que reduz o prazo de vigência de patentes	126
5.6 O Projeto de Lei que prevê incentivos para o patenteamento genético	128
5.7 A biopirataria internacional	130
5.8 O equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos	134
5.9 A biotecnologia revolucionando do direito	147
CONSIDERAÇÕES FINAIS	147
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	152

CONRADO. Marcelo Miguel. *Função social da propriedade intelectual: a biotecnologia como meio de inclusão social*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – Jacarezinho/PR. 2007.

RESUMO

O estado atual da biotecnologia inaugura uma revolução sem precedentes na ciência e na própria história da humanidade, trazendo, por conseqüência, reflexos no Direito. A recente aprovação da Lei 11.105/2005 autoriza as pesquisas com células-tronco embrionárias e o plantio de alimentos transgênicos. As técnicas de manipulação da vida tornam-se cada vez mais arrojadas. Assim, este é o momento de se pensar na biotecnologia, enquanto instrumento de inclusão social. E um dos aspectos que merece análise imediata no Direito é o direito da propriedade intelectual, ou seja, as patentes em biotecnologia. Isso porque espera-se que os recursos dela advindos não sejam um privilégio dos monopólios de investidores internacionais, titulares de patentes. Assim, as patentes de invenção, além de atender aos interesses de seus detentores, devem proporcionar à sociedade o acesso aos benefícios científicos. Não se defende a quebra de patentes e, também, a concessão do monopólio. Ambos significam injustiças. É preciso encontrar o equilíbrio entre os interesses da sociedade e dos investidores, sem que um exclua o outro. Trata-se da função social da propriedade intelectual. O Brasil é um dos maiores celeiros de biodiversidade do mundo, recurso este extremamente valorizado nas pesquisas genéticas. Nesse sentido, o Brasil pode sofrer em breve um processo de (re)colonização, ao exportar material biológico para países desenvolvidos, e depois, assumir o papel de importador de biotecnologia, produzida por meio dos recursos biológicos anteriormente exportados, mediante pagamento de *royalties*. Trata-se de uma nova corrida ao ouro, agora revistada pelo que há de mais valioso no planeta, que são as reservas de biodiversidade. Analisando tais aspectos, verifica-se que o que interessa aos países desenvolvidos é que países como o Brasil autorizem os organismos geneticamente modificados e intensifiquem a criação de mecanismos jurídicos eficientes de proteção à propriedade intelectual, para abrir espaço para a entrada em seu território dos produtos geneticamente modificados. Com base nesse contexto, analisar os rumos da propriedade intelectual e conferir a ela sua função social é pensar na inclusão social e na equilibrada distribuição de recursos e benefícios. Conclui-se, ao final, que caberá ao intérprete, na análise do caso concreto, construir e definir os limites da função social da propriedade intelectual, conciliando os interesses da sociedade, de um lado, e dos titulares de patentes em biotecnologia, de outro.

Palavras chaves: biotecnologia, exclusão social, Lei de Biossegurança, função social, propriedade intelectual.

CONRADO. Marcelo Miguel. *The social function of intellectual property as a means of social inclusion*. Dissertation (Master's Degree) – Juridical Sciences Post Graduate Programme, Norte Pioneiro State Law Faculty – Jacarezinho/PR, Brazil. 2007.

ABSTRACT

The current state of biotechnology is giving rise to an unprecedented revolution in science and in the very history of humanity, which in turn are consequently reflected in Law. The recent approval of Law No. 11.105/2005 authorizes research into embryonic trunk cells and the planting of transgenic foodstuffs. Techniques for manipulating life are becoming increasingly daring. As such, now is the time to think about biotechnology as an instrument of social inclusion. And one of the aspects of the Law that deserves immediate analysis is intellectual property rights or, in other words, biotechnology patents. This is because it is hoped that the resources that arise from them will not only be the privilege of the monopolies of international investors who hold the patents. As such, invention patents, in addition to meeting the interests of their holders, must also provide society with access to the scientific benefits. Neither the breaking of patents nor the granting of monopolies are being defended here. Both imply in injustices. It is necessary to find a balance between the interests of society and those of investors, without one excluding the other. It is a question of the social function of intellectual property. Brazil is one of the largest garnerers of biodiversity in the world, a resource which is extremely valued in genetic research. As a result, Brazil may soon suffer a process of (re)colonization, by exporting biological material to developed countries and, afterwards, taking on the role of an importer of biotechnology, produced using the previously exported biological resources, for which royalties must now be paid. It is a new gold rush, now revisited by that which is most valuable on the planet, namely the biodiversity reserves. When analyzing these aspects, it can be seen that what interests developed countries is that countries like Brazil permit genetically modified organisms and scale up the creation of efficient juridical mechanisms for protecting intellectual property, in order to open the way for genetically modified products to enter their territories. Based on this context, to analyse the direction taken by intellectual property and confer upon it its social function is to think in terms of social inclusion and the balanced distribution of resources and benefits. The conclusion is finally reached that it will fall to the interpreter, when analysing the concrete case, to build and define the limits of the social function of intellectual property, reconciling the interests of that part of society which is excluded and the interests of those who hold biotechnology patents.

Keywords: *biotechnology, social exclusion, Biosafety Law, social function, intellectual property.*

INTRODUÇÃO

*Como facilmente revela a arqueologia dos nossos pensamentos,
o homem é uma invenção recente. E talvez já perto do seu fim.*

Michel Foucault²

Situar-se no contexto temporal e amoldar-se aos acontecimentos da atualidade é o ponto de partida de todo trabalho que se proponha, mesmo que despretensiosamente, a refletir sobre uma das áreas jurídicas que necessitará de singular atenção dos pesquisadores do Direito, que é o biodireito. Para tanto, o ponto de partida deve ser o legado histórico e as reflexões construídas no passado, para a partir de então direcionar para a construção do futuro.

Embora o século XX tenha sido vertiginoso ao trazer incontáveis avanços para a humanidade, pouco nos orgulhamos desse passado quando o assunto é o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e a promessa de inclusão social.

Mas o que realmente marcou o século XX, e preparou o início do XXI, são as profundas mudanças de pensamento sobre os direitos humanos. Paradigmas foram quebrados e verdades, até então consideradas absolutas, foram abandonadas. A razão disso, em grande parte, deu-se pela industrialização, pela produção em série, pelo avanço da tecnologia, da ciência e, agora, da biotecnologia. Os avanços nestas áreas do conhecimento, sobretudo nas últimas décadas do século XX, produziram uma nova forma de pensar a vida e de realizá-la. A eficiência dos meios de comunicação e de produção – que inicialmente pensou-se que estariam a

² FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas**. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 384.

serviço do homem, libertando-o das tarefas diárias e possibilitando a melhoria da qualidade de vida –, ao contrário do que se imaginou, transportou para o ser humano uma carga de responsabilidade acima do imaginado. Exige-se das pessoas a mesma eficiência do artefato tecnológico. O risco integral e o aperfeiçoamento tecnológico levam o homem as suas últimas conseqüências. O equívoco não é permitido.

Somos desafiados a provar nossas habilidades a todo instante e, mais do que isso, a romper limites. Com a conseqüente necessidade de superação, tudo o que é criado pelo homem torna-se obsoleto, fazendo com que o próprio tempo se acelere.

O excesso de produção requer um mercado de consumo que responda a tudo que é posto na sociedade. Os valores da humanidade são, então, modificados para atender às necessidades do capitalismo. Tudo o que não diz respeito à produção e ao consumo é rejeitado. A história, a cultura, a religião e os valores éticos não mais se incorporam à rotina da contemporaneidade. Num processo cíclico e contínuo a existência justifica-se para produzir e para consumir. E o intervalo entre o produzir e o consumir, ou vice-versa, deve ser efêmero, passageiro, superficial, pois é disso que se alimenta a cultura ocidental.

Como o capitalismo somente se interessa pela potencialidade daqueles que possuem condições econômicas de absorver o que é colocado no mercado, passam a existir, de outro lado, aquilo que se convencionou chamar de minorais sociais. São os excluídos, os periféricos. Como conseqüência natural, estas minorias passam a exigir seus direitos. Surgem, a partir de então, os novos direitos. As questões relacionadas à igualdade, ao gênero, ao negro, ao homossexual, ao deficiente ocupam espaço no direito. São os direitos das minorias. No direito nacional, inserido nessa perspectiva, surge o direito do consumidor, da criança e do adolescente, do idoso, dentre outros. O pensamento único, e que nos remete ao totalitarismo da Segunda Guerra Mundial, cede espaço para o pluralismo.

O desafio do momento está justamente na passagem entre o pensamento único para o pluralismo. A tendência é sempre o pêndulo, após movimentos descontrolados, assumir a posição central, do equilíbrio. Transportando para o direito, tanto o positivismo absoluto como a relativização sem critérios causam insegurança para a realização da justiça.

A convivência com diferentes valores ainda nos causa estranheza. O momento é de incerteza, insegurança e complexidade. O aprimoramento do conhecimento nos retira aquilo que sempre serviu de referencial. Compreender a pós-modernidade nos intranqüiliza. Os conhecimentos que chegaram a nós – passados de geração em geração – são radicalmente repensados nas últimas décadas. O conhecimento tecnológico e científico passa a ser reexaminado. Como exemplo poderíamos citar a física quântica, a partir da qual não mais se aceitam verdades únicas e exatas. As relações entre o interior humano e o seu exterior são completamente diferentes do que sempre havíamos pensado. A ancestral teoria física de que dois corpos não podem ocupar o mesmo espaço ao mesmo tempo é questionada. O que parecia ser uma contradição, de um momento para outro não é mais. Não mais existe certo ou errado. A humanidade passa a possuir várias respostas para uma mesma interrogação, que podem não coincidir, mas nem por isso deixam de ter um valor próprio que as legitima.

O tempo presente rompe as barreiras impostas pela regionalização e pelo tradicionalismo. A globalização está presente em todos os lugares, impondo seus valores e impulsionando o consumo.

Confirmando-se o que já era previsto, o capitalismo esbarra em questões, que limitam sua atuação: as ecológicas. O consumo em excesso coloca o homem face a face com a iminente possibilidade de autodestruição. As reservas ambientais tornam-se escassas e, com o meio desequilibrado, a humanidade sente as conseqüências de seus atos, de suas decisões e de seu modo de vida.

Catástrofes naturais, mutações de vírus, doenças desconhecidas e alterações climáticas nos impõem a imediata necessidade de intervir no modo de vida que nos foi ditado pelo capitalismo. A natureza - quer seja vegetal, animal e humana - está em perigo.

A crise ambiental agrava-se pela manipulação da natureza pelo homem. Não se contentando com a aceleração dos modos de produção surgidos na fase da industrialização, partiu-se em direção da aceleração da própria natureza.

Observar e estudar os fenômenos naturais não mais satisfaz as necessidades do nosso tempo. A natureza, em sua essência, também precisou adaptar-se ao descompasso do tempo. O tempo para o cultivo de sementes e a criação de animais teve que ser maximizada para obedecer à lei do mercado de produção e consumo.

A ciência aprimorou-se e passou a modificar o natural, fazendo do homem o senhor da criação. Vegetais, animais e seres humanos passam a ser desenvolvidos em laboratório. Tamanha alteração do modo de viver e de entender a vida foi objeto de muitas controvérsias, mas a ciência resistiu e os novos valores vão, aos poucos, sendo incorporados aos padrões da sociedade e aceitos como fatos normais.

Impulsionado por uma tendência internacional o Brasil cria uma legislação específica para regular a biotecnologia. Recentemente as pesquisas com células-tronco e os alimentos transgênicos passam a ser regulados pela Lei de Biossegurança - Lei 11.105, de 24.03.2005 -, regulando os rumos da ciência no território nacional.

É urgente, então, já no início da vigência desta nova lei pensar no futuro dos direitos fundamentais que envolvem as pesquisas em biotecnologia, que são os direitos constitucionais à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado e à propriedade.

O Brasil possui o patrimônio de biodiversidade mais invejado do planeta. Se cinco séculos atrás passamos por um processo de

colonização, o mesmo pode-se repetir agora. Parafraseando a pensadora indiana Vandana Shiva. Se passado distante o Brasil exportava o ouro, hoje exportamos nossa biodiversidade natural para países desenvolvidos realizarem pesquisas, patentear seus resultados e, depois disso, nos devolver os benefícios delas advindos, a alto custo.

A matéria mais importante deste século – após esgotarem-se as reservas de petróleo –, será a riqueza natural, nela incluindo a flora e a fauna, em especial a água e os vegetais que se prestam para fins terapêuticos.

Nenhum outro país possui tamanha riqueza natural como o Brasil. Neste ciclo que ora inicia-se, do futuro das pesquisas em biotecnologia, é necessário repensar sobre os monopólios concedidos a megagrupos econômicos, tais como os que disponibilizam sementes transgênicas para agricultores brasileiros, bem como os laboratórios internacionais, que, favorecidos pelo direito patentário, exploram as economias dos países em desenvolvimento para oferecer medicamentos e tratamentos médicos.

Pensar desde já sobre a pesquisa em biotecnologia, a repartição de seus benefícios por meio da sua função social, é possibilitar, de maneira efetiva, que o Brasil assuma a condição de um país desenvolvido.

Com fundamento na Constituição Federal e no Código Civil brasileiro, é necessário, neste momento, iniciar a construção do direito da função social da propriedade intelectual nas pesquisas em biotecnologia.

1 BIOTECNOLOGIA, PROPRIEDADE E EXCLUSÃO SOCIAL

A nova dignidade da natureza mais se consolidou quando se verificou que o desenvolvimento tecnológico desordenado nos tinha separado da natureza em vez de nos unir a ela e que a exploração da natureza tinha sido o veículo da exploração do homem.

Boaventura de Sousa Santos³

1.1 Considerações preliminares

A exclusão social é o perfil que define um país em desenvolvimento. Carências múltiplas na área social, política, econômica e, conseqüentemente, no espaço jurídico, invadem a realidade do maior país da América Latina. O Estado e as instituições sociais⁴, pelas suas próprias limitações impostas por uma economia globalizada, conjuntamente com sua ineficiência, não conseguem implementar políticas públicas suficientes para corrigir a desigualdade social.

A linha da miséria é contínua e sublinhada, engrossando os índices de cidadãos que sucumbem às dificuldades de uma sociedade desestruturada e de um sistema de distribuição de renda desequilibrado que produz, impiedosamente, a exclusão social. Ao abordar o tema, o sociólogo P. Guareschi cita Manuel Castells e conclui que:

³ SOUSA SANTOS, Boaventura. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2004, p. 82.

⁴ Sobre a crise de poder e legitimidade, nas palavras de Gilberto GIACOIA "Do contratualismo clássico às novas formas de consenso, o pacto social vive, hoje, uma crise sem precedentes de poder e legitimidade. O vácuo ético deixado pela incapacidade das instituições e organismos oficiais de criar e sustentar formas de convivência que mantivessem em seu centro o valor da pessoa humana, apenas por sua condição humana, agrava sensivelmente essa crise. Resgatar, reabilitar e mesmo ressuscitar a ética para uma nova ordem tem sido o grande desafio da filosofia moderna e, assim, do direito e da própria religião". GIACOIA, Gilberto. **Justiça e Dignidade**. Argumenta, número 2, 2002. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi. p. 11.

Manuel Castells, sintetizando os estudos de muitos cientistas sociais atuais, faz um resgate da responsabilidade moral que possuem as ciências sociais nos dias de hoje, no que se refere ao surgimento do 'quarto mundo', o mundo dos excluídos. Em sua monumental obra de três volumes que leva como título geral *Era de Informação: Economia, Sociedade e Cultura* (Castells, 1996, 1997, 1998) analisa os principais problemas sociais do milênio e aponta para as dimensões éticas presentes nessa problemática. Mostra como no fim do milênio, a exclusão e a miséria ainda se fazem profunda e amplamente presentes. A evolução da desigualdade na distribuição de renda apresenta um perfil diferente se nós assumirmos um ponto de vista global, ou se nós olharmos para sua evolução, dentro de países determinados, numa perspectiva comparativa. Num enfoque global houve, nas últimas três décadas, uma crescente desigualdade e polarização na distribuição de riqueza.⁵

Há que se reconhecer, então, que não há como falar em exclusão social, muito menos em direitos mínimos, distanciando-se o discurso das questões patrimoniais. A propriedade, ao gerar, concentrar e distribuir riquezas sempre foi o *leit-motiv* da história da humanidade. Qualquer discurso que se proponha a analisar a exclusão social, sem levar em conta as questões patrimoniais, se esvaziará por completo. É o patrimônio que mede o potencial de inclusão social do ser humano.

A propriedade é um instituto multifacetário, sendo a intelectual uma das suas modalidades. Mas como entender esta propriedade? Para tal esclarecimento, empresta-se a doutrina de Maristela Basso, para quem:

Todas as propriedades intelectuais (abertas sempre às novas pesquisas e descobertas) apresentam elementos e filosofia comuns. Todos os direitos envolvidos têm a mesma estrutura, propósitos e economia. Apesar disso, possuem características peculiares ao tipo de criação e sua exteriorização. Vivant associa os direitos em estudo a um 'arquipélago', afirmando que a propriedade intelectual 'não é uma e indivisível (como a República)' ... 'Ela deve ser entendida como um verdadeiro arquipélago, onde cada ilha, ou seja, cada uma

⁵ GUARESCHI, Pedrinho A. Pressupostos psicossociais da exclusão: competitividade e culpabilidade. In, SAWAIA, Bader (Org.). **As artimanhas da exclusão**. Análise psicossocial e ética da desigualdade social. Petrópolis: Ed. Vozes, 2006, p. 148.

das manifestações da criação intelectual guarda uma unidade e singularidade, mas todas elas possuem uma razão comum (caso contrário não seria um arquipélago) e todas estão sobre o mesmo oceano'.⁶

Da doutrina portuguesa, aqui representada por Bernard Edelman, se reconhece que *"A ficção da igualdade de direito, que remete fundamentalmente para o conceito jurídico de propriedade, permite a demonstração rigorosa: todo o fruto do homem amadurece na árvore da propriedade (liberdade)".*⁷

Por mais que a retórica se proponha a separar a propriedade do sujeito, e reconhecer neste um valor-fonte, o sujeito somente será efetivamente de direito se contar um patrimônio, mesmo que mínimo. Aliás, propriedade, sujeito e direito são conceitos que se relacionam e que se completam. É o que se denota novamente da consulta à doutrina de Bernard Edelman:

Sendo o homem reconhecido 'como essência' da propriedade, qualquer produção do homem é a produção de um proprietário: melhor, de uma propriedade que frutifica e produz a renda e o lucro. A valorização dele próprio constitui o seu capital; não um vulgar capital-dinheiro, mas um capital digno da essência humana: um capital moral.⁸

Não há dignidade humana e não há direito sem propriedade. Se o direito nasce para o sujeito e realiza-se para o sujeito, a propriedade muitas vezes situa-se entre ambos: direito e sujeito. É incontestável que a mudança de paradigma retirou a propriedade do centro das atenções, sendo este espaço agora ocupado pelo ser humano, enquanto sujeito de direitos. Nesse sentido, ao inverter-se a posição da propriedade e do sujeito,

⁶ BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 53.

⁷ EDELMAN, Bernard. **O Direito captado pela fotografia**. Coimbra: Centelha, 1976, p. 47.

⁸ EDELMAN, Bernard. **Op. cit.** p. 94.

abandonando a visão clássica, o direito assume a posição civil/constitucional, conforme podemos observar na argumentação de José Robson da Silva:

A crise e a superação da opção clássica se traduzem num direito de cunho social ampliado. Um direito que incorpora sujeitos e que considera os não proprietários. O Direito que está a superar os sistema clássico é orientado para integrar e não para excluir. Percebe-se, entretanto, um contraponto: o Direito que busca a redução das desigualdades sociais aparece como um espelho invertido da sociedade nacional, que detém índices extremos de miséria e concentração de riqueza.⁹

A geografia da exclusão nos apresenta o mapa da realidade social brasileira onde convivem, lado a lado, o desenvolvimento e o retrocesso, o inovador e o obsoleto, a riqueza e a miséria, a informação e a ignorância. São lados de um mesmo contexto, sendo que na maioria das vezes um dos lados não conhece o outro ou com ele não mantém contato. E nesse paradoxo entre o "incluído" e o "excluído", e entre a "riqueza" e a "pobreza" há que se colocar o binômio que se forma entre a riqueza da biodiversidade brasileira, própria e peculiar deste país e, ainda, a pobreza humana que se conjuga entre o ambiental e o humano. Sobre a realidade nacional, mais uma vez, ao estudar o patrimônio, José Robson da Silva adverte que:

Nos países como o Brasil, que se localizam no meio termo entre a pobreza e a riqueza, e onde se encontra tanto a riqueza extrema como a pobreza extrema, os debates ambientais se estruturam para fins diferenciados e com propostas de solução não raro dicotômicas. Neste quadro não se pode deixar de constatar que os maiores índices de pobreza localizam-se exatamente nos lugares de maior quantidade de biodiversidade. Com esta constatação, uma conclusão possível é que no Brasil a pobreza não é apenas um produto socioeconômico, mas é também a decorrência do modelo de organização espacial, que bane

⁹ ROBSON DA SILVA. José. **Paradigma Biocêntrico: do Patrimônio Privado ao Patrimônio Ambiental**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 58.

para a periferia o pobre e com isto acentua a pobreza dos que pouco ou nada têm.¹⁰

Cada época da história elege seus valores. Aqui, há que se diagnosticar os rumos da propriedade neste novo século. É evidente que os interesses econômicos não mais se centram exclusivamente no patrimônio material, estático, como por exemplo, nas propriedades imóveis. Estas existem, sim, mas o eixo de exploração econômica vem se deslocando para privilegiar a propriedade intelectual.

Deve o direito então inovar, recepcionar e analisar essa modalidade de propriedade. Nesse sentido, Gustavo Tepedino, ao tratar da propriedade, ensina que *"Se é verdade que a certeza do direito não se obtém desconsiderando o dado normativo, este por sua vez não há de ser tomado pelo intérprete como elemento estático, devendo ser reconstruído continuamente, na dinâmica própria da tensão dialética fato-norma"*¹¹. Há, então, que se ampliar o sentido do conceito de propriedade no sistema jurídico, para nele incluir a propriedade intelectual e, assim, pensar na função social que esta traz consigo.

E sobre as modalidades de propriedade, nas quais a intelectual se inclui, Gustavo Tepedino esclarece:

A construção, fundamental para a compreensão das inúmeras modalidades contemporâneas de propriedade, serve de moldura para uma posterior elaboração doutrinária, que entrevê na propriedade não mais uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada, o direito subjetivo por excelência, mas *'uma situazione giuridica soggettiva típica e complessa'*, necessariamente em conflito ou coligada com outras, que encontra a sua legitimidade na concreta relação jurídica na qual se insere.¹²

¹⁰ ROBSON DA SILVA. José. *Op. cit.* p. 55-6.

¹¹ TEPEDINO. Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 285.

¹² TEPEDINO. Gustavo. *Op. cit.* p. 280.

Os contornos da propriedade intelectual são complexos, primeiro por ser ela invisível, bem como pela variedade de direitos que esta assegura aos seus detentores, como por exemplo, os casos das patentes em biotecnologia.

Não há mais dúvidas de que a propriedade é a senha da inclusão. Sempre foi e assim será. A possibilidade de acesso aos recursos que permitem a vida com dignidade está reservada àqueles que detêm alguma propriedade. É ela um dos medidores do grau de inclusão social do ser humano. Associando o binômio exclusão/inclusão com a propriedade, segundo a visão de Aldaiza Sposati (1999), tem-se que:

A cultura patrimonial predominante no Brasil constrói a sociedade por castas divididas entre proprietários e não-proprietários, entre elite e ralé. O acesso à cobertura dos serviços sociais é considerado em nosso país como uma manifestação de miserabilidade ou de incapacidade em obter o desejado acesso a um serviço pago ou de mercado.

A cultura patrimonial não incorpora padrões básicos e universais de cidadania. A inclusão dos que menos têm é circunstancial, casuística, meritocrática e seletiva. Este tipo de sociedade não incorpora uma cobertura universal dos riscos sociais; seu patamar, como diria o liberal Adam Smith, é do risco individual.¹³

O direito sempre se acostumou a valorizar os bens corpóreos, materiais, ou seja, aquilo que é visível. A propriedade, durante muito tempo recebeu tal tratamento. Os tempos são outros e a propriedade imaterial recebeu o *status* de moeda corrente no comércio internacional, sobretudo nos países industrializados. Toda propriedade intelectual guarda consigo a potencialidade de transformar-se em mercadorias ou serviços, e estes,

¹³ SPOSATI, Aldaíza. Globalização da economia e processos de exclusão social. In. **Capacitação em Serviço Social e Política Social**: Módulo 1: Crise Contemporânea, Questão Social. Brasília: CEAD, 1999. p. 71.

movimentam-se no mercado capitalista, gerando lucro e a rotatividade do consumo.

A produção tornou-se mecanizada, em série e em grande escala. Com a mão-de-obra humana desvalorizada (sobretudo nos países em desenvolvimento) e a tecnologia altamente avançada, respondendo aos problemas que a ela são impostas, a propriedade intelectual é que reveste-se de maior valia. A inventividade, advinda do intelecto humano, é o principal foco de interesse.

O mercado aberto, sem fronteiras, altamente veloz na produção e distribuição de bens e serviços exige qualidade. É esse o fator diferencial da concorrência. Aprimorar produtos ainda é uma exclusividade da criatividade humana. Somente o intelecto humano cria e aperfeiçoa produtos para atender às demandas do mercado de consumo. Qualquer bem imaterial, antes de atingir a sua materialidade, passa pela mente humana.

1.2 O contexto da exclusão social

O texto constitucional de 1988, inciso III, artigo 3º, declinou ser objetivo fundamental do Estado "*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*". Reside aí um dos maiores desafios da atualidade, provocando a preocupação de cientistas, juristas, sociólogos, antropólogos e demais estudiosos da realidade social.

O artigo 170 da Constituição Federal, por sua vez, prescreve que "*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: [...] VII – redução das desigualdades regionais e sociais;*".

Como legislação infraconstitucional – buscando se não resolver o problema ao menos minorá-lo – surgiram dos quase 20 anos que nos

separam da promulgação da Constituição Federal a Lei complementar nº 111/01 (Fundo de Combate à Pobreza), a Lei nº 10.683/03 (instituindo o Programa Permanente de Combate à Seca - PROSECA); Lei nº 10.689/03 (criando o Programa Nacional de Acesso à Alimentação - PNAA).

Muito embora as raízes do fenômeno da exclusão social sejam seculares, a adoção de medidas que objetivem a inclusão social são bastante recentes, principalmente no legado jurídico nacional, tendo a Constituição Federal como divisor de águas.

Antes de se estudar qualquer fenômeno, seja jurídico ou não, é preciso contextualizá-lo, para assim revestir-se de legitimidade para avançar no discurso proposto. Mas enfim, o que é exclusão social? Se tal pergunta for direcionada a um cidadão excluído, talvez ele não saiba conceituá-la, mas certamente poderá dizer o que é sentir a exclusão.

Pensar em exclusão social requer o enfrentamento da realidade, do contemporâneo. O Direito, por ser um produto desta mesma sociedade que produz a exclusão, não é estático. Muito pelo contrário, o tempo e o espaço determinam o curso que será seguido pela humanidade. Os fatos e o direito ora evoluem, ora retrocedem, tensionando sempre o eixo dos acontecimentos sociais.

Em estudo voltado para a exclusão social, o doutrinador alemão Friedrich Müller assevera que:

A exclusão desenvolve uma dinâmica fatal. Já em 1821, Hegel, ao analisar a sociedade capitalista nos seus primórdios, estabeleceu, em Princípios da Filosofia do Direito, que a pauperização econômica acarretaria enormes desvantagens em termos de educação, formação profissionalizante, cultura, grau de informação, sentimento de justiça e auto-estima. Resta acrescentar que um padrão de vida excessivamente baixo, o empobrecimento da família e o estigma do bairro residencial errado; a comunicação, pela gerência do banco, do encerramento da conta corrente; a exclusão crescente da vida social, cultural e política; enfim, o enfraquecimento do sentimento de valor próprio, a falta e o "reconhecimento", têm como um de seus efeitos mais perversos a paralisação, enquanto seres políticos, das pessoas afetadas. O descenso econômico leva rapidamente à

provação sócio-cultural e à apatia política – o que, quase sempre, satisfaz aos desígnios das esferas dominantes da sociedade. O “desfavorecimento, mesmo em apenas uma área parcial, produz uma ‘reação em cadeia de exclusão’ que resulta, não em último lugar, na ‘pobreza política’”.¹⁴

Assim, a exclusão é um problema social que se reflete em todas as áreas, quer seja da educação, da saúde, da informação, dentre inúmeras outras. O que se deve esclarecer, quanto à exclusão social, é que tal fenômeno não se confunde com a opressão, sendo que esta é marcada pelo processo da opressão econômica e política, sobretudo no período das ditaduras militares. A exclusão social também difere da marginalização, fenômeno este que ocorreu entre os anos de 1960 e 1970, período em que se buscava a modernização e o progresso do país. A exclusão social, por sua vez, pretende conquistar a igualdade, a equidade e a cidadania, valores expressados pela sociedade, sobretudo a partir da metade do século passado.

E como diz Raquel Rolnik, deve-se pensar que "*Quando se estrutura uma política antiexclusão, é imprescindível a compreensão global dos fatores que construíram a exclusão, alicerçando a intervenção nessa lógica*"¹⁵. E ainda, segundo a autora:

O processo de exclusão cada vez mais perverso e praticamente naturalizado na sociedade brasileira exige, portanto, a configuração de diferentes fatores para sua compreensão e, conseqüentemente, para o seu enfrentamento através de políticas públicas. Exige ir além do que os indicadores gerais têm afirmado estatisticamente; exige ir até o território de onde brotam tais indicadores. Exige ir além da constatação das demandas/situações de exclusão social como fatos

¹⁴ MÜLLER, Friedrich. **Democracia Social em Face da Globalização**. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Friedrich_rev72>. Acesso em 14 de maio de 2006.

¹⁵ ROLNIK, Raquel. **É possível uma política urbana contra a exclusão?** In. Serviço Social & Sociedade. São Paulo: Cortez, 2002, p. 58.

gerais e naturais de uma população marginal; exige uma compreensão histórica da formação de nossa sociedade. Interessa-me questionar, na análise metodológica sobre a medida da inclusão social, que o processo ou quais processos sociais em curso fazem fomentar debates sobre temáticas semelhantes com nomenclaturas diferenciadas. Seriam “processos civilizatórios” diferenciados que provocariam adjetivações distintas de análise de fenômenos aparentemente semelhantes?¹⁶

É necessário, portanto, identificar quais as novas situações que estão alterando o modo de vida da sociedade. Em outras palavras, é preciso saber para onde a correnteza leva os fatos e, assim, orientar-se para onde navegar. Trata-se de identificar os novos direitos. Para Antônio Carlos Wolkmer:

Diante das profundas e aceleradas transformações por que passam as formas de vida e suas modalidades complexas de saber (genética, biotecnologia, biodiversidade, realidade virtual, etc.), o Direito não consegue oferecer soluções corretas e compatíveis com os novos fenômenos, o ‘Direito tem-se mostrado inerte, com seu ‘equipamento conceitual’ defasado em relação aos avanços sociais impostos pelas ciências relacionadas com a Bioética, e com sua visão centrada (...) na norma.¹⁷

As atenções do direito, neste momento, devem então voltar-se para as questões da bioética, por ser esta a nova fronteira dos direitos humanos.

¹⁶ KOGA, Dirce. **Medidas de cidades. Entre territórios de vida e territórios vividos.** São Paulo: Cortez, 2003, p. 74.

¹⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In, WOLKMER, Antonio Carlos. MOATO LEITE, José Rubens (Orgs.). **Os “novos” direitos no Brasil.** Natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21.

1.3 Bioética: a “gramática da inclusão social”

Não por acaso, as questões abrigadas no território da Bioética estão sendo denominadas como “gramática da inclusão social”, conforme podemos observar nas considerações de Pereira e Silva:

Na esteira da reflexão bioética, a ecologia jurídica, ao também enfrentar os riscos impostos à humanidade pela ‘tecnociência’, assume o fenômeno jurídico em toda a sua complexidade, professado como **‘gramática da inclusão social’**, que o direito está muito além da lei, que não existe o direito senão em íntima correspondência com as demais instâncias da vida, e que a vida somente pode ser intuída em sua integridade. Assim, a profissão de fé da ecologia jurídica se assenta na convicção de que, sem a ética, não se pode falar em direito.¹⁸ (Grifou-se).

O desenvolvimento da ciência dá conta de que esta muito poderá contribuir para a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos. Novos métodos de diagnóstico e tratamento de doenças, procedimentos cirúrgicos menos invasivos, a proximidade da cura de males que há séculos desafiavam o conhecimento científico são as novidades trazidas pela ciência. Gilberto Giacoia, ao tratar da complexidade das relações sociais, afirma que:

O avanço do saber científico está a nos revelar, a cada dia, que pertencemos a um universo que nos transcende. O olho quântico, que já consegue enxergar *quarks*, partículas subatômicas, justifica cada vez mais o interesse epistemológico (do grego *episteme*: conhecimento) e, dentre dele, o crescente avanço do pensamento holístico (superioridade do todo sobre as partes que o integram, sem perda, porém, da individualidade). [...].¹⁹

¹⁸ PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Biodireito: o novo direito da vida. In. WOLKMER, Antonio Carlos. MORATO LEITE, José Rubens. (Orgs.). **Os “novos” direitos no Brasil**. Natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 313.

¹⁹ GIACOIA, Gilberto. **Op. cit.** p. 16.

É chegada a hora de o direito compartilhar a responsabilidade sobre o destino científico, para que este esteja sempre centrado na dignidade da pessoa humana. Deve o biodireito vincular-se às reais necessidades humanas de inclusão social, atendendo às carências daqueles que formam a maior fatia da população nacional, os excluídos.

E isso somente será possível se os recursos da ciência contemplarem as necessidades das minorias, seja na área da saúde ou da alimentação, que são as grandes vertentes das pesquisas em biotecnologia.

É a destinação dos recursos técnico-científicos, por meio do reconhecimento e aplicação da função social da propriedade intelectual das patentes em biotecnologia, que poderá representar um caminho a seguir com destino à efetividade da dignidade humana.

É tempo de preocupar-se com a função social desta modalidade de propriedade. O enfoque que as novas conquistas biotecnológicas devem merecer não é em saber se a ciência avança, mas em saber se há acesso das minorias a esses avanços. Nesse prisma de pensamento, Pereira e Silva diz:

Para Léo Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine, 'em alguns países latino-americanos, a simples existência de alta tecnologia e de centros avançados de cuidado biomédico levanta questões sobre a discriminação na assistência pública da saúde. As interrogações mais difíceis nesse campo giram em torno não de como se usam as novas tecnologias, mas de quem tem acesso a elas'. Na América Latina, 'a bioética tem um encontro obrigatório com a pobreza. Elaborar um bioética somente no plano de estudos de casos ou da fundamentação metafísica, sem levar em conta a realidade socioeconômica, não responde aos anseios pela dignidade humana.'²⁰

Se o direito é um produto inacabado, o direito ao acesso dos excluídos aos recursos da biotecnologia é um direito recém-começado. Muito está por ser construído.

²⁰ PEREIRA E SILVA. Reinaldo. *Op. cit.* p. 303.

1.4 Da biotecnologia ao direito

Encaixar-se na moldura da realidade é um dos desafios que acompanha o direito pela sua história. Não há dúvidas de que do direito não se esperam respostas a todos os fatos sociais. Todavia, deve este intervir e regulamentar algumas situações que, pela sua complexidade, requerem intervenção jurídica imediata.

Tal desafio agrava-se quando aumenta a velocidade das transformações, de modo que, dia-a-dia, o conhecimento científico se torna obsoleto. Trata-se do conhecimento biotecnológico que se desenvolve modificando toda forma de vida, seja humana, vegetal ou animal.

A transformação social assenta-se, agora, na inventividade humana. A esse respeito, José Carlos Mariátegui afirma:

Nos últimos dez mil anos, a cultura humana produziu desde revoluções culturais até o desenvolvimento da linguagem, da escrita e, desse modo, o desenvolvimento das sociedades. Mas nos últimos milênios, a evolução de invenções técnicas desde ferramentas elementares até o artefato da Revolução Industrial aceleraram o processo. A essência da linguagem humana é a inventividade: cada sentença é uma nova invenção, produzida pela combinação de elementos conhecidos. Como conclui Jared Diamond, a evolução da inventividade humana está muito ligada à perfeição da linguagem humana.

É importante levar em conta que nas próximas décadas estaremos realmente formando um novo estágio dominado pelas formas de vida artificial e por organismos sociais.²¹

A revolução biotecnológica invade o cotidiano apresentando novas formas de pensar a dualidade entre o natural e o artificial. Entre

²¹ MARIÁTEGUI, José-Carlos. Sobre o futuro da arte e da ciência através da inventividade humana. In. DOMINGUES, Diana (Org.). **Arte e vida no século XXI**. Tecnologia, ciência e criatividade. São Paulo: UNESP, 2003, p. 165.

benefícios, malefícios e resultados ainda desconhecidos, situados em zonas nebulosas, a biotecnologia²² é um tema que requer enfrentamento jurídico emergencial. Há então que se pensar na potencialidade da ciência como instrumento de transformação, de modo irreversível, de toda a natureza, incluindo-se aí a própria natureza humana. Para Peter Singer:

De acordo com a tradição ocidental dominante, o mundo natural existe para benefício dos seres humanos. Deus deu a eles o domínio sobre o mundo natural e não se importou com a maneira como o tratamos. Os seres humanos são os únicos membros moralmente importantes desse mundo. Em si, a natureza não tem nenhum valor intrínseco, e a destruição de plantas e animais não pode configurar

²² A Convenção sobre Diversidade Biológica, aprovada no Rio de Janeiro, em data de 5 de junho de 1992, define alguns dos termos utilizados:

a) "Biotecnologia" significa qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica. B) "Condições *in situ*" significa as condições em que recursos genéticos existem em ecossistemas e habitats naturais e, no caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios onde tenham desenvolvido suas propriedades características. c) "Conservação *ex situ*" significa a conservação de componentes da diversidade biológica fora de seus habitats naturais. d) "Conservação *in situ*" significa a conservação de ecossistemas e habitats naturais e a manutenção e recuperação de populações viáveis de espécies em seus meios naturais e, no caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios onde tenham desenvolvido suas propriedades características. e) "Diversidade biológica" significa a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas. f) "Ecossistema" significa um complexo dinâmico de comunidades vegetais, animais e de microorganismos e o seu meio inorgânico que interagem como uma unidade funcional. g) "Espécie domesticada ou cultivada" significa espécie em cujo processo de evolução influiu o ser humano para atender suas necessidades. h) "Habitat" significa o lugar ou tipo de local onde um organismo ou população ocorre naturalmente. i) "Material genético" significa todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade. j) "País de origem de recursos genéticos" significa o país que possui esses recursos genéticos em condições *in situ*. k) "País provedor de recursos genéticos" significa o país que provê recursos genéticos coletados de fontes *in situ*, incluindo populações de espécies domesticadas e silvestres, ou obtidas de fontes *ex situ*, que possam ou não ter sido originados nesse país. l) "Recursos biológicos" compreende recursos genéticos, organismos ou partes destes, populações, ou qualquer outro componente biótico de ecossistemas, de real ou potencial utilidade ou valor para a humanidade. m) "Recursos genéticos" significa material genético de valor real ou potencial. n) "Tecnologia" inclui biotecnologia. o) "Utilização sustentável" significa a utilização de componentes da diversidade biológica de modo e em ritmo tais que não levem, no longo prazo, à diminuição da diversidade biológica, mantendo assim seu potencial para atender as necessidades e aspirações das gerações presentes e futuras.

um pecado, a menos que, através dessa destruição, façamos mal aos seres humanos.²³

A problemática repousa na irreversibilidade das interferências provocadas pela biotecnologia. As alterações nas formas de vidas, após inseridas no meio, não mais podem ser controladas. Modificações genéticas em animais, vegetais e na vida humana integram-se de tal modo ao ambiente, que dele passam a fazer parte integrante. Seguindo este raciocínio, o cientista José-Carlos Mariátegui afirmou que "*talvez sejamos as primeiras criaturas a criar nossos sucessores*".²⁴

A preocupação de estudiosos de várias áreas do conhecimento centra-se no fato de que a revolução biotecnológica poderá impossibilitar a diferenciação entre o que é natural e o que é artificial. A possibilidade, proeminente, da eugenia, do controle genético na criação, do desenvolvimento e extinção da vida poderá desviar-se para interesses estranhos à inclusão social e ao respeito à dignidade humana.

A possibilidade de a vida ser escolhida *a la carte* tensiona o debate do estado atual da biotecnologia. Olhando para trás, constata-se que as invenções humanas acabaram, invariavelmente, inclinando-se para interesses humanos supérfluos e meramente estéticos. Exemplo disso são os investimentos da indústria de fármacos, que focalizam-se mais na área cosmética do que na medicinal propriamente dita. A indústria química desenvolve-se em produtos que exploram fragrâncias, odores e cores. Como exemplo, são produtos desenvolvidos para o combate à calvície, colágenos e tratamentos com células-tronco para restabelecimento da pele, perfumes, cosméticos, dentre outros.

²³ SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes. 2002. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, 3ª ed. Coleção Biblioteca Universal. p. 238.

²⁴ MARIÁTEGUI, José-Carlos. **Op. cit.** p. 166.

A indústria alimentar, por sua vez, dedica-se ao aperfeiçoamento do paladar, bem como à invenção de novos produtos que reduzam o percentual calórico dos alimentos e estimulem o consumo em massa. Na medicina, em que algumas técnicas surgiram na tentativa de reparar problemas funcionais, acabaram migrando para a satisfação de interesses meramente estéticos, tais como as novas técnicas – clínicas e cirúrgicas, invasivas ou não –, que procuram retardar o envelhecimento e melhorar a aparência estética do ser humano.

Paradoxalmente a tais interesses, coexistem no mesmo eixo de tempo e espaço a miséria absoluta, a negação ao patrimônio mínimo e o aviltamento da dignidade humana. Em realidade geograficamente próxima e socialmente distante, a biotecnologia proporciona, para a minoria dominante, a satisfação de prazeres como a produção de espécies vegetais e animais com finalidade meramente ornamental, tais como peixes fluorescentes para aquários, rosas azuis²⁵ (inexistes na natureza) e animais de estimação anti-alérgicos²⁶, dentre outras quimeras já presentes no mercado biotecnológico.

²⁵"Rosas azuis, que há séculos eram consideradas como impossíveis de serem obtidas por enxerto, tornaram-se finalmente realidade pela combinação de técnicas de manipulação do DNA a partir do pigmento obtido de flores azuis de outras espécies. A novidade, apresentada à imprensa mundial neste final-de-semana, foi desenvolvida pelo Laboratório Suntory de Bio-Tecnologia, do Japão, em parceria com a FlorigenePty, da Austrália." In, <<http://www.picarelli.com.br/fotolegendas/fotolegenda072004c.htm>>. Acesso em 16.03.2006.

²⁶ "O gato em questão será vendido a partir de 2007, por US\$ 3.500 nos Estados Unidos e cerca de US\$ 10 mil no Japão, disse Simon Brody, presidente da Allerca, companhia com sede na Califórnia. Brody é proprietário de um gato e teve a idéia, na qual a empresa está trabalhando há dois anos, quando se deu conta da quantidade de amigos e familiares alérgicos que tinham problemas respiratórios ao entrar em contato com o animal. [...] Estima-se que cerca de 10% da população americana tenha sintomas de alergias que podem afetar os olhos, o nariz ou a pele e, principalmente no caso das crianças, podem acabar em asma ou outras doenças respiratórias. Estas alergias são causadas por uma proteína expelida pelos gatos através da pele e das glândulas da saliva. Essa substância é tão pequena que se mantém no ar durante meses. A tecnologia que a Allerca empregará, de "silenciamento" dos genes, supõe a supressão desta proteína. Este gato é a última tentativa de aplicar a biotecnologia na lucrativa indústria dos animais de estimação. [...] Segundo o presidente da companhia, depois dos gatos poderiam surgir cachorros com quadris reforçados - para compensar os problemas de algumas raças -, e outros animais geneticamente modificados". In <<http://br.groups.yahoo.com/group/animaisriodejaneiro/message/310?viscount=100>>. Acesso em 12 de abril de 2006.

Assim, enquanto milhões de seres humanos deparam-se com a mortalidade, pela única razão de inacessibilidade aos recursos científicos existentes, tais como vacinas para epidemias, tratamentos médicos, dentre outros, a biotecnologia caminha para firmar-se e estabelecer-se no mercado capitalista.

O Judiciário, por sua vez, muitas vezes complementa o absoluto distanciamento com a problemática social. Situações de extrema importância e que dizem respeito aos direitos humanos padecem sem soluções. Na aplicação da lei, diariamente a jurisprudência apresenta um colecionismo de julgados que distanciam-se da sua função principal, que é voltar-se para a dignidade humana. Ao mesmo tempo em que pacientes padecem por não ter acesso a tratamentos médicos, como por exemplo à radio ou quimioterapia, ambos da área da oncologia, alguns tribunais delongam-se em decisões sobre pedidos de indenização duvidosos. Exemplo disso, é o caso de um tribunal brasileiro que atendeu ao pedido de jurisdição, que moveu ação de indenização contra cabeleireiro por desacerto na tonalidade da cor da tinta aplicada²⁷.

Que todo problema posto no Judiciário, seja qual for, merece solução não há dúvidas. Todavia, deve-se privilegiar fatos que atendam o interesse social. Os problemas provocados pela exclusão social, tais como a miséria, a precariedade ao acesso à saúde, à alimentação, à moradia devem

²⁷ Em maio de 2006 o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul divulgou a notícia de que: "*Conforme a decisão, restou provado que o cabelo da autora era de tom claro/loiro e com luzes, embora a raiz do mesmo necessitasse de retoque. Ao decidir, o Juiz considerou ter ficado suficientemente comprovado que a demandante queria retocar a raiz, bem como realizar luzes inversas e cauterização. As comprovações foram obtidas pelos depoimentos das partes e testemunhas ouvidas durante a audiência de instrução, salientou. 'Em conclusão, pela prova produzida, tenho que a parte ré agiu de forma imperita, já que o tratamento acarretou em um resultado totalmente inesperado pela autora, qual seja: o cabelo acabou ficando cor-de-laranja', disse. Na avaliação do Juiz, não restou outra alternativa para a demandante do que fazer tingimento em tom escuro. 'Assim, considerando-se a culpa da parte ré, configurada está a responsabilidade da mesma, conforme disposto nos artigos 186 e 927 do Código Civil, devendo portanto indenizar a parte autora pelos danos materiais e morais sofridos'.*". In, <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/noticias/mostranoticia.php?assunto=1&categoria=1&item=38795>. Acesso em 20 de maio de 2006.

ser pensados em primeiro plano. Com esse propósito, alguns tribunais vem fundamentando suas decisões com base no critério da inclusão/exclusão social.²⁸

Os valores, de modo geral, invertem-se em todas as esferas, inclusive no próprio Judiciário, conforme demonstra estudo realizado pelo doutrinador paranaense Egas D. Moniz de Aragão, sobre a atuação dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça no ano de 1999²⁹. Segundo análise

²⁸ REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DEMHAB. É DE RIGOR O DESACOLHIMENTO DO PRESENTE PLEITO POSSESSÓRIO, PORQUANTO, TENDO EM VISTA A SITUAÇÃO MOLDURADA, CONTRARIA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS PRINCÍPIOS DE CONSTRUIR UMA SOCIEDADE LIVRE, JUSTA E SOLIDÁRIA, ERRADICANDO A POBREZA E A MARGINALIZACAO, BEM COMO DESIGUALDADE SOCIAL. APELO NÃO PROVIDO. (05 FLS). (Apelação Cível Nº 70000276535, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Guinther Spode, Julgado em 11/04/2000).

MANDADO DE SEGURANÇA. CONVÊNIO PARA REPASSE DE VERBA ESTADUAL DESTINADA A AÇÕES SOCIAIS. PROGRAMA DE FRENTES EMERGENCIAIS DE TRABALHO. CERTIDÕES REFERENTES À GESTÃO FISCAL DO MUNICÍPIO E SUA PRESTAÇÃO DE CONTAS JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. CONSULTA AO CADIN. DESNECESSIDADE. O Convênio tem por objeto, indisfarçavelmente, a execução de programa de assistência social; por isso sua celebração não fica nem pode ficar submetida às sanções previstas no art. 25, § 1º da Lei Complementar nº 101/2000 por força do que dispõe seu parágrafo 3º. Mas não é só. O prosaico registro negativo há de ceder ao objetivo maior do Convênio, tanto mais para não punir quem se encontra, pelo desemprego, em situação de vulnerabilidade e exclusão social, seu público alvo. Concederam a segurança. (Mandado de Segurança Nº 70012591020, Décimo Primeiro Grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 25/11/2005).

Indenização por dano moral. Inscrição em cadastro restritivo de crédito de consumidor que jamais utilizou cartão de crédito com bandeira da apelante. Consumidor por equiparação, nos termos do art. 17, da Lei 8.078/90. Dano moral - ocorrência. A inserção de alguém em rol de maus pagadores acarreta dano moral in re ipsa, como a experiência comum autoriza a concluir. Atinge invariavelmente a honra subjetiva e no mais das vezes também a objetiva. Tanto assim ser seu o terrível efeito de exclusão social, verdadeira pena privada, por indicar ser mal pagador aquele que em tal situação se vê. A vista do direito de todos à dignidade, isso é intolerável quando a anotação é indevida, como na espécie versada ocorreu com o consumidor cobrado por serviço que não lhe foi prestado. Sem qualquer prova é pueril a tese de culpa exclusiva da vítima, com base na mera alegação de que este enviara toda sua documentação à apelante para que fosse aprovada, com a finalidade de adesão ao cartão de crédito. Do mesmo jaez é argumentar ter havido dano por fato de terceiro, ou seja, aquele que se teria passado pelo consumidor ao contratar e, depois, malversado o cartão de crédito. Típico fortuito interno, sendo risco inerente à atividade da prestadora de serviços, pelo qual não pode arcar quem não 'contratou nem incorreu em inadimplência. Quantum indenizatório adequado. Apelo conhecido e desprovido. (Apelação Cível nº 2005.001.47221. Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Rel. Des. Fernando Foch Lemos. Julgado em 30.03.2006).

²⁹ "[...] se dividirmos a quantidade de processos julgados, 128.042, pelo número de dias, 281, teremos que o Tribunal solucionou 455,66 processos por dia (128.042 divididos 281 = 455,66). Em nova operação, dividindo 455,66 pelo número 455,66 pelo número de ministros, 33, teremos que cada ministro decidiu 13,8 processos por dia (455,66 divididos por 33 = 13,8). Se se admitir que os ministros trabalhem ininterruptamente durante 10 horas diárias, ter-se-á que cada qual julgou 1,38 processos por hora (13,8 divididos por 10 = 1,38), sem direito a qualquer descanso a não ser nos dia regimentalmente dedicados a férias e feriados". In, MONIZ DE ARAGÃO, Egas. **Dar e receber quitação**. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná. Dez/2004, nº 33, p. 227.

de tal jurista, cada Ministro do referido tribunal julga 1,38 processos por hora de trabalho.

Pela própria limitação física, há de se convir que mesmo assessorado, dificilmente poderia um magistrado dedicar-se de modo adequado – e que o jurisdicionado e a sociedade merecem – no julgamento dos feitos que lá tramitam, destinando pouco mais de uma hora a cada processo. Esquece-se muitas vezes o Judiciário que em cada processo está contida a vida de cidadãos que depositam no Judiciário suas últimas esperanças para a realização da justiça. E esta somente pode ser alcançada com o adequado estudo dos autos, o que requer, dentre outras condições, tempo mínimo para a compreensão e reflexão do objeto da lide.

Em momento algum se pretende criticar construtores da ciência ou do direito. O problema é estrutural e não local. Magistrados enfrentam o acúmulo e a sobrecarga de feitos que aguardam por definições, enquanto cientistas necessitam moldar-se às leis de mercado para tornar sua produção rentável.

O que se pretende é repensar o modo com que o direito e a ciência podem contribuir para a melhoria do ambiente social. Ambos, direito e biotecnologia são frutos do conhecimento humano e da sua forma de entender, avaliar e expressar a realidade. E é sobre os pilares do direito e do conhecimento científico que a promessa de inclusão deve apoiar-se.

2. A INVENTIVIDADE, A BIOTECNOLOGIA E SEUS REFLEXOS NA CONTEMPORANEIDADE

Pelo pensamento, a inteligência humana questiona e problematiza, encontra soluções, inventa, é capaz de criar.
Edgar Morin

2.1 A inventividade humana e o estado atual da biotecnologia

A inventividade, enquanto elemento da criação, sempre envolve a esfera da subjetividade e do aprimoramento do conhecimento, ou seja, situa-se na interseção entre a arte e a realidade. Pensar, inovar e encontrar soluções para colocar o conhecimento a serviço da vida é um dos desafios que impulsiona a humanidade através dos tempos.

Embora o presente trabalho esteja focado em questões técnicas – as patentes em tecnologia e a função social da propriedade intelectual – e não na arte propriamente dita, não há como deixar de associar a engenharia genética com a produção artesanal. A biotecnologia é a arte do século XXI.

A humanidade sempre se identificou com a produção artística de seu tempo. Foi a arte, enquanto comando precursor, que ditou os caminhos que seriam trilhados pelo homem. Desde os desenhos – espécie de projetos –, de autoria de Leonardo da Vinci, que naquela época anunciavam invenções técnicas, até a arte contemporânea do final do século XX e início do XXI, influenciada pelos espaços virtuais, pelas projeções de imagens e pela produção da tecnologia, que definem o tempo e o espaço ocupado pela civilização.

A respeito da trajetória da humanidade através dos tempos, ao tratar da relação entre a arte e a evolução da inventividade humana, José-Carlos Mariátegui sintetiza que *"Somente com uma perspectiva histórica poderíamos analisar o presente. As realidades artísticas de hoje não deveriam tentar simular o mundo físico, mas deveriam determinar relações abstratas, relações entre a ação e o resultado: talvez sejamos as primeiras criaturas a criar nossos sucessores"*³⁰. (Grifou-se).

Conhecer, dar vazão à inventividade e à novidade sempre fascinou o homem, movido pela idéia de apropriação. Primeiro o solo, tido como sagrado, passou a ter valor econômico, a ser negociado e demarcado. Se antes dele se extraía o sustento, tão somente, depois passou a servir de objeto de domínio. Os ideais do homem não mais estavam fixos, não existia devoção pela terra, que passou a simbolizar a conquista. Tornou-se o solo fonte de riquezas, enfim as fronteiras deveriam se expandidas.

Conquistadas as terras, surgiu a necessidade de atribuir valor econômico a outros bens. Tudo, então, serve como instrumento de comercialização. A título de exemplo, posteriormente as águas e o ar também foram demarcados para atender às novas necessidades e demandas. Da descoberta da roda para o solo, das navegações para os mares e da aviação para o ar, o homem conquistou os espaços físicos do planeta. A partir daí, teve início a conquista espacial.

Para atender às crescentes necessidades de apropriação de bens, passou-se para a era de reprodutibilidade. A idéia do único foi sendo substituída pela idéia da reprodução em grandes escalas.

Com o avanço do estado da técnica, reproduziu-se bens e produtos em quantidade, para assim responder às necessidades que se

³⁰ MARIÁTEGUI, José-Carlos. Sobre o futuro da arte e da ciência através da inventividade humana. In DOMINGUES, Diana. **Arte e vida no século XXI**. Tecnologia, ciência e criatividade. São Paulo: UNESP, 2003, p. 166.

fizeram sentir, principalmente nas últimas décadas do século passado, marcado pela crescente industrialização e pelo consumo exacerbado. Com o aprimoramento dos meios de produção da indústria, a possibilidade de reprodução passou a ser a tônica da sociedade de consumo. O mercado passou a exigir novos produtos, valorizando a novidade.

Ganhando força com o capitalismo e com a globalização, os produtos reproduzidos industrialmente avançaram para conquistar todos os continentes. Não há mais fronteiras físicas ou territoriais a serem vencidas. A contemporaneidade caracteriza-se pelo mutável, pelo provisório e pelo obsoleto.

Tudo se opera em redes, em fluxos permanentes de relações de poder ditadas pelo setor econômico. E poder, hoje, pode ser definido como o acúmulo de conhecimento, da informação técnica. Mas não se trata de qualquer conhecimento, mas sim daquele que pode ser transformado em produtos, automatizado pelas necessidades do consumismo.

A tecnologia, nas últimas décadas, desenvolveu-se a tal ponto que o homem passou a interferir na própria vida. A natureza foi instrumentalizada, tornando-se objeto de apropriação para o desenvolvimento de novos produtos: carne e leite produzidos a partir de animais clonados – recentemente autorizados nos Estados Unidos para consumo humano³¹ -, galinha transgênica que produz ovos que podem ser

³¹ **Carne e leite de clones serão liberados nos EUA (27.12.06).** Uma série de estudos liderados pela FDA (órgão regulador de remédios e alimentos nos Estados Unidos) concluiu que o consumo de carne e leite de animais clonados é seguro. Segundo os cientistas do órgão, "a composição da carne e do leite de clones está de acordo com a dos produtos consumidos nos Estados Unidos". Em dois dos estudos, os pesquisadores analisaram o crescimento de animais convencionais e clonados e não viram problemas diferentes nos clones. Também não foram detectados problemas em animais criados em laboratórios criados com alimentos originários de clonagem. Em relação à carne e ao leite, eles consideraram que não há "diferenças importantes tóxicas e nutricionais" quando se considera o conteúdo de vitaminas, minerais, proteínas, aminoácidos, gorduras, água e carboidrato. Segundo informações publicadas no jornal *Estado de S. Paulo*, apesar das conclusões, ainda há resistência por parte da população. Um levantamento feito pela organização Pew Initiative on Food and Biotechnology mostra que 64% dos americanos se sentem desconfortáveis com a clonagem animal e que 43% acreditam que comida de clone não é segura. In. <<http://www.noticias.terra.com.br/ciencia/interna>>. Acesso em 27.12.2006.

utilizados na fabricação de remédios contra o câncer³², a possibilidade de se ter filhos com características genéticas selecionadas (tais como cor dos olhos, cabelos, pele), além de outras situações anunciadas pela biotecnologia atual.

O conceito do "humano" passa a ser revisitado, pois o "natural" (ou seja, o estado intocado da natureza) passa a dividir espaço com o produzido pela engenharia genética. São as formas híbridas, nas quais não há mais a possibilidade de se distinguir o natural daquilo que não é. O ser passa a conviver com o produzido. A esse respeito, na procura de um conceito para a identidade do sujeito humano na era biológica, Suzete Venturelli assim se pronuncia:

Sobre a evolução da espécie, deparamo-nos nos pensamentos de Donna Haraway (2000, p. 46) um encontro especialíssimo entre a ficção científica e as ciências biológicas. Tanto uma como a outra estão cheias de junções de organismos e máquinas, nas quais vislumbramos imagens condensadas tanto na nossa imaginação quanto da realidade material. Para a autora, estamos caminhando

³² **Galinhas modificadas têm ovos com proteínas para remédios.** Cientistas britânicos criaram espécies de galinhas geneticamente modificadas capazes de pôr ovos com proteínas úteis para a fabricação de medicamentos contra o câncer, informou no domingo o jornal "The Sunday Times". Os especialistas do instituto Roslin de Edimburgo (Escócia), onde foi criada a ovelha clonada Dolly, criaram 500 galinhas chocadeiras a partir da espécie comum chamada Issa Brown, cujo DNA foi manipulado com a introdução de genes humanos produtores de proteínas. Essas proteínas humanas se localizam na clara do ovo, da qual podem ser extraídas para a elaboração de medicamentos. Para modificar os genes dos animais, os especialistas extraíram embriões das galinhas antes de modificarem os ovos. Segundo a publicação, estes embriões, simples grupos de células, foram injetados em outros ovos que foram "infectados" com um vírus transgênico. O vírus continha genes humanos com a informação genética necessária para a elaboração das proteínas humanas que os pesquisadores queriam produzir. Esse vírus transportou os genes humanos às células dos embriões, onde se incorporaram ao DNA da ave. Outros cientistas já tinham conseguido criar frangos transgênicos, mas esta é a primeira vez que a modificação genética dura por várias gerações, o que poderia permitir uma produção em massa e de baixo custo de componentes para remédios. Uma das espécies de galinha criada pelos cientistas de Roslin produz interferona, um agente antiviral frequentemente utilizado nos remédios contra esclerose múltipla. Outra espécie produz mir24, que poderia ser utilizado em um remédio experimental com potencial para tratar o câncer de pele e artrite. A diretora do experimento, Helen Sang, trabalhava desde 1997 no desenvolvimento da técnica, que, segundo o jornal, será apresentada detalhadamente nesta segunda-feira na revista americana "*Proceedings of the National Academy of Sciences*". In, <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u15871.shtml>>. Acesso em 15.01.2007.

para um estado em que não sabemos mais distinguir as fronteiras entre o maquínico e o humano. O que provocou então o surgimento do conceito de ciborgue como algo não mais ficcional. Esse mito significa fronteiras transgredidas, potentes fusões e perigosas possibilidades. Um mundo de ciborgues pode significar realidades vividas, nas quais as pessoas não temem sua estreita afinidade com os animais e as máquinas, que não temem identidades permanentemente parciais e posições contraditórias. A forma que surge híbrida como a máquina parece uma tentativa do sujeito de se misturar no campo puro da imagem, descobrindo os prazeres de uma vida de síntese. Isso se deve, talvez, porque a imagem é antes de tudo um vetor de comunhão que pode projetar o sujeito muito além dele mesmo, para o exterior.³³

O que é inovador, portanto, passou a despertar maior interesse e, com isso, a merecer maior proteção, inclusive jurídica. O diferencial no mercado de consumo (inclusive do mercado da genética, tais como novas modalidades terapêuticas) passou a ser a necessidade de surpreender o consumidor. O conhecimento passa a necessitar de tutela jurídica. Surgem, tanto no direito internacional como no pátrio, os estatutos de proteção da propriedade intelectual.

Nesse cenário, um novo desafio apresenta-se: regular a inventividade humana quando esta diz respeito às alterações provocadas na própria vida por meio da biotecnologia. Trata-se do terreno que pertence ao biodireito, o direito da vida.

Para o estado atual da biotecnologia o que interessa não é a vida propriamente dita, mas sim as informações contidas na matéria viva (mapeamento genético) e como tais informações podem ser úteis para a criação de produtos.

A esse respeito, Sarita Albagli confirma que:

³³ VENTURELLI, Suzete. Homem artista, deus criador ou feiticeiro ciborgue? In DOMINGUES, Diana. **Arte e vida no século XXI**. Tecnologia, ciência e criatividade. São Paulo: UNESP, 2003, p. 342.

Os direitos da propriedade intelectual sobre os seres vivos ou material biológico dizem respeito à informação contida nos genes do organismo e não ao organismo em si, diferenciando-se da propriedade física ou corpórea de uma dada espécie de planta ou animal. Apesar dessa diferença, a propriedade intelectual sobre um ser vivo ou matéria biológica pode afetar o acesso ao mesmo (ou a alguma de suas partes), bem como o uso que dele se faz, já que possibilita ao pseudo-inventor o exercício de direito de monopólio, ainda que temporário, sobre a reprodução e comercialização, ou a cessão desse direito em troca da cobrança de *royalties*.

O natural, enquanto matéria-prima – quer seja vegetal, animal ou mesmo humana –, passa a interessar pesquisadores da área de biotecnologia. A biodiversidade é alvo de investigações científicas para, a partir dela, desenvolver novos produtos e/ou serviços. A ciência entende que uma série de doenças tem origem na hereditariedade genética do ser humano³⁴. Com base nisso, ao decifrar as informações genéticas, poderá ser possível obter a cura para muitos males.

A vida – no aspecto biológico –, a qual estamos habituados a presenciar, pode transformar-se radicalmente nas próximas décadas. Inaugura-se uma nova conquista: a manipulação da vida no planeta.

Interessante observar que o maior patrimônio da biodiversidade mundial concentra-se em países em desenvolvimento, tais como os países latino-americanos – destacando-se do Brasil – e em países da África. Por outro lado, a tecnologia e o conhecimento que possibilitam a manipulação do patrimônio biológico concentram-se em países desenvolvidos, como nos Estados Unidos e países da Europa.

Assim, as questões ligadas ao meio ambiente não concentram-se apenas nas preocupações com o desequilíbrio ecológico, lembrando-se do aquecimento global, da extinção de espécies, do desmatamento, da poluição

³⁴ Dentre as doenças que acredita-se que podem ser tratadas por meio das terapêuticas genéticas estão: Leucemia Linfocítica Aguda, Leucemia Mielóide Aguda, Leucemia Não-linfocítica aguda, Tumores Cerebrais, Leucemia Linfocítica Crônica, Leucemia Mielóide Crônica, Câncer do Rim, Esclerose Múltipla, dentre outras.

atmosférica, do solo e dos oceanos, mas também deve-se pensar nos rumos que a moderna biotecnologia poderá manipular a biodiversidade.

Desse modo, a proteção ecológica, alvo de preocupação internacional, não se centra apenas na preservação do meio, mas sim, deve também direcionar-se para a proteção do patrimônio biológico e genético contra eventuais pesquisas abusivas.

A biotecnologia desenvolve-se em vários ramos do conhecimento humano, anunciando a solução de muitos problemas que se relacionam com a alimentação e com a saúde. Alimentos com carga de nutrientes diferenciada e a possibilidade de cura para algumas doenças são as promessas da ciência do século XXI, mas nem toda pesquisa pode ser considerada lícita e ética.

O assunto não é local, nem regional e nem mesmo nacional, mas sim internacional. O centro das atenções dos interesses políticos e econômicos será a apropriação da biodiversidade dos países em desenvolvimento. Se hoje o produto natural mais disputado são as reservas petrolíferas, por certo que, dentro de poucas décadas, o produto natural de interesse global serão as reservas aquíferas, sendo o Brasil um dos países onde mais se concentram os reservatórios de água doce do mundo.

Urgente, então, é a necessidade de o biodireito intervir, para pronunciar-se a respeito das questões atuais que ora lhe são postas, tais como as patentes em biotecnologia. Mas para pensar e definir o biodireito é preciso associá-lo a outros conceitos, tais como a bioética e a biotecnologia.

A ciência no século XXI assume os contornos traçados pela contemporaneidade. Se antes os avanços eram mais compassados, com intervalos de tempo distanciados, a atualidade vive de transformações imediatas. A exemplo, questiona-se toda a evolução da cadeia natural da pessoa humana, desde sua origem até a morte. Discute-se profundamente

sobre a eutanásia³⁵, sobre o momento em que se inicia a vida e demais questões relacionadas com a vida humana. Se o direito civil pouco tempo atrás tinha limites de atuação bem definidos, tais como o nascimento com vida, de um lado, e a morte, de outro, hoje já se tem um catálogo de direitos que se posicionam antes do nascimento e depois da morte. A exemplo dos primeiros, os direitos do embrião, e dos segundos, a possibilidade da paternidade pós-morte.

E sobre tais questões situadas além das fronteiras da vida e da morte, Carmem Lúcia Antunes Rocha assim se posiciona:

O homem faz-se engenheiro de homens. E por isso a engenharia genética suscita ilusões e temores. O que mais distingue o agora do antes e faz perplexo o homem contemporâneo é o questionamento com que tem de se deparar quanto à sua (des)humanidade, não mais pela ausência de respostas, mas pela possibilidade plural que se abre às suas perguntas. [...]. Mas sem a vida não há como se falar em direito. Não? Antes se tinha certeza da resposta. Agora a única certeza é que tudo é uma incerteza na vida. Antes, só era certa a morte. Agora, como acentuei, nem a morte é certa. Deixou de ser um ato (ou um desato ou desatino). Passou a ser um processo. Tal qual a vida³⁶.

Interessa para a ciência atual buscar meios de prolongar a vida e desenvolver terapêuticas para a cura de doenças que a medicina tradicional exauriu suas terapêuticas. A ciência investe cada vez mais no

³⁵ **“Médico confessa ter auxiliado na eutanásia do poeta italiano Piergiorgio Welby.** Um médico italiano, Mario Riccio, afirmou nesta quinta-feira (21.12.06) que ajudou na morte do poeta Piergiorgio Welby, o enfermo que reclamava o direito à eutanásia por causa de uma grave doença, desconectando o respirador artificial que o mantinha vivo. "Aceitei sua vontade de morrer", declarou o médico em uma entrevista coletiva na Câmara dos Deputados em Roma. Riccio, um médico anestesista do hospital de Cremona, explicou ter desconectado o respirador e administrado os medicamentos necessários ao paciente para evitar qualquer tipo de sofrimento. [...]". In. <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/afp/2006/12/21/ult34u170788.jhtm>>. Acesso em 21.12.06.

³⁶ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, Belo Horizonte, 2004, Vida digna: direito, ética e ciência. Os Novos Domínios Científicos e Seus Reflexos Jurídicos. In **O Direito à vida digna**. Coord. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 11/13.

aprimoramento em técnicas genéticas para livrar o homem de doenças e elastecer a longevidade da vida³⁷.

As inovações trazidas pela ciência surpreendem. A clonagem avança desbravando algumas conquistas que podem significar, logo mais, o clone humano, lembrando que o primeiro clone animal foi desenvolvido há mais de 10 anos³⁸.

Mas a ciência segue adiante em seu extraordinário desenvolvimento, todavia com compromisso firmado com a indústria e com o mercado de consumo. Nem sempre as pesquisas genéticas estão direcionadas para proteger os valores ditados pela dignidade da pessoa humana. As sementes de alimentos transgênicos, a exemplo, transformaram-se em monopólios de patentes de megagrupos econômicos, que detêm direitos sobre sua inventividade. Os avanços nas novas terapêuticas genéticas, em idêntico sentido, estão em sua grande parte comprometidas com os interesses mercadológicos de investidores internacionais da área laboratorial.

Surge a necessidade de se determinar os limites éticos da atuação científica nas questões relacionadas com a vida e se pensar na sua

³⁷ O número, a relevância e a velocidade das descobertas atuais tornam difícil caracterizar nossa época com uma só palavra. Mas, com certeza, neste início de século e do milênio, poucas palavras expressam melhor as grandes revoluções de cunho científico, econômico, político e social quanto a palavra "biotecnologia". Surgida em tempos recentes, esta palavra tornou-se uma espécie de senha mágica para conectar-nos com as mais profundas expectativas humanas em termos de qualidade de vida e longevidade. In. MOSER, Antonio, **Bioética e biotecnologia: para onde vamos?** Petrópolis: Vozes, 2004, p. 7.

³⁸ "No limiar do terceiro milênio nasce, no mundo científico, uma "estrela". Seu nome é Dolly. O aparecimento dessa 'ovelha de Tróia', como prefere chamá-la a revista Time, causou impacto e frisson na comunidade científica e empolgou o mundo, pois a divulgação da experiência na revista Nature, explicando a técnica da clonagem, que deu origem a Dolly, representou um enorme e ousado avanço da ciência, que reabre a possibilidade de clonar seres humanos, ressuscitando o 'fantasma' nazista de 'xerocopiar' soldados alemães, com toda sua carga genética, tendo por fim, com sua fantasia de super-homem, atingir a pureza da raça ariana e a vitória na guerra, lembrando, por fim, questões religiosas, éticas, científicas, filosóficas e jurídicas". In, DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2001, p. 10.

finalidade ética. Trata-se da bioética, termo este cunhado em 1971 pelo oncologista Van Rensselder Potter³⁹.

Maria Helena Diniz, ao conceituar a bioética faz uso de um dos mais importantes estudos existentes na área, senão veja-se:

A Encyclopedia of bioethics definiu, em 1978, a bioética como “o estudo sistemáticos da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais”. Na segunda edição, em 1995, deixando de fazer referência aos ‘valores e princípios morais’, passou a considerá-la como o “estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar”. Com isso adaptou-se o pluralismo atual na área da bioética.⁴⁰

É, então, na bioética que reside o respeito ético com as questões relacionadas à vida, como exemplo a reprodução e a morte assistidas, a clonagem, a produção de provas genéticas em processos judiciais, a doação de órgãos e tecidos, a eutanásia, distanásia, dentre outros aspectos que dizem respeito à ciência atual. Por meio da bioética, a sociedade levanta discussões e reflexões sobre os rumos e os meios de atuação do conhecimento científico.

2.2 Os princípios da bioética

A bioética está assentada em quatro princípios, ou pilares, que norteiam a preocupação com a pessoa humana e com sua dignidade. São

³⁹ Acolhida com simpatia tanto por cientistas quanto por pessoas e instituições preocupadas com o futuro da humanidade, a bioética tem amadurecido com muita rapidez, não apenas mostrando suas características básicas desde seu início, como foi dando origem a uma onda dos mais diversos tipos de publicações, tanto dentro dos quadros da sociedade, quanto dentro dos quadros das instituições religiosas. Foram, sem dúvida, anos de grande fecundidade, que abriram novos horizontes e que, por isso mesmo, não podem ser simplesmente enunciados: devem ser devidamente resgatados. MOSER, Antonio. **Op. cit.** p. 306.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 417.

eles: os princípios da autonomia, da beneficência, da não-maleficência e da justiça.

O princípio da autonomia relaciona-se com o respeito à vontade do paciente ou de seu responsável. Cabe ao paciente decidir sobre o seu destino, valorando sua formação pessoal e religiosa. O paciente é livre para optar por um determinado tratamento, ou então, por submeter-se a uma determinada pesquisa. A liberdade é um aspecto importante no estado da ciência contemporânea. Sobre tal princípio tem-se que:

Princípio da autonomia como espécie de princípio primeiro e fundante de uma nova postura global: ninguém pode decidir pelo enfermo, desde que este apresente condições mínimas para isso. E ainda que estas lhe faltem, não cabe ao médico, mas ao círculo familiar tomar as decisões mais importantes. A tomada de decisão, contudo, tem a pressuposição de que os doentes seriam devidamente informados não só sobre o diagnóstico, como também sobre as várias alternativas para uma intervenção de ordem terapêutica. Com isso passou a ganhar força o que se denomina "direito ao consentimento informado". Assim, a função primordial do médico não é mais tomar decisões, mas ajudar o doente a, devidamente informado, tomar as decisões cabíveis.⁴¹

Já o princípio da beneficência diz respeito à impossibilidade de se causar algum prejuízo à pessoa humana. Toda pesquisa, ou toda conquista advinda da ciência deve estar sempre a serviço da melhoria das condições de bem-estar da humanidade.

No que se refere à aplicação do princípio da beneficência, Léo Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine sintetizam: "*Neste sentido são formuladas duas regras como expressões complementares dos atos de*

⁴¹ MOSER, A ., *Op. cit.*, pp. 319/320.

beneficência: a) não causar dano e b) maximizar os benefícios e minimizar os possíveis riscos".⁴²

Ao associar a genética e o conhecimento dela advindo, Joaquim Clotet assinala que "um dos aspectos prioritários a respeito da proteção e promoção da saúde (beneficência) é que a genética molecular tem a ver com o tema da informação. De modo geral, a informação vai unida à comunicação, transmitida pelo médico, do diagnóstico e prognóstico ao paciente ou aos seus representantes".⁴³

Por terceiro, tem-se o princípio da Justiça. Joaquim Clotet, defende que "o princípio da justiça exige equidade na distribuição de bens e benefícios no que se refere ao exercício da medicina ou área da saúde. Uma pessoa é vítima de uma injustiça quando lhe é negado um bem ao qual tem direito e que, portanto, lhe é devido".⁴⁴

Para o tema eleito para este trabalho, este último princípio revela-se de maior importância, por tratar especificamente da distribuição de riscos e, sobretudo, dos benefícios advindos da biotecnologia.

A história da ciência nos comprova que em épocas anteriores os benefícios conquistados tardaram a chegar aos que deles realmente necessitavam e, em muitos casos, os avanços científicos jamais estiveram disponíveis para os excluídos. No Brasil, por exemplo, a maior parte da população está distante dos recursos mínimos da área da saúde. Falta-lhes, tanto infra-estrutura humana, tais como profissionais médicos para prestar atendimentos, como, do mesmo modo, acesso a medicamentos e recursos de diagnósticos.

⁴² PESSINI, L. e BARCHIFONTAINE, C. de P. *Op. cit.*, p. 46.

⁴³ *Ibidem.*, p. 119.

⁴⁴ CLOTET, J. *Op. cit.*, p. 25.

Nesse sentido, ao tratar do princípio da justiça na bioética, José Eduardo de Siqueira complementa o panorama em que situa-se a população empobrecida, alertando que

Os países pobres apresentam uma expectativa de vida média 20 anos menor que a dos países ricos, e a mortalidade infantil é de 10 a 15 vezes maior. Quando se analisa os indicadores de saúde das classes altas dos países do Terceiro Mundo, verifica-se que os mesmos são comparáveis aos observados nos países do Primeiro Mundo. Este fato deu margem a que fosse ironicamente proposto um nome mais apropriado para o nosso país, que passaria a ser conhecido como Belíndia. Pequena parte da população vivendo nas condições da rica Bélgica e a grande maioria na pobre Índia. Josué de Castro, em seu livro *Geografia da Fome*, identificou nesse contraste uma imensa população de insones. Alguns que não dormiriam de fome e outros que não dormiriam com medo daqueles que têm fome.⁴⁵

A dificuldade enfrentada pelas políticas públicas não é necessariamente a insuficiência de recursos, mas sim, a sua distribuição desequilibrada. E os contrastes sociais são mais evidentes em países em desenvolvimento, como o caso do Brasil, onde muitos esbarram na dificuldade de acesso aos recursos elementares de saúde, enquanto poucos têm acesso aos recursos mais avançados disponíveis no mercado.

Filiando-se a uma linha otimista, podemos dizer que a biotecnologia, se bem aplicada, poderá contribuir para corrigir as desigualdades sociais⁴⁶. Para tanto, há que se pensar no social e não apenas no individual. A biotecnologia deve assumir a sua função social.

⁴⁵ SIQUEIRA, José Eduardo de. **O princípio da Justiça**. In, COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira. OSELKA, Gabriel. GARRAFA, Volnei. Coords. *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina. 1998. p. 79.

⁴⁶ Maria Auxiliadora MINAHIM acrescenta que "Os avanços da biotecnologia possibilitariam a intervenção direta do homem sobre o início e o fim da vida, o que enseja duas posições, aparentemente antagônicas: de um lado, cultiva-se a crença de que, na natureza, está contida toda a verdade e sabedoria (naturismo) de forma que alterar o curso da vida em sua estrutura é pecado e gera o caos proibido; de outro lado, situam-se os que depositam confianças no homem, em sua competência e capacidade para corrigir o curso da criação, realizando suas necessidades e valores".

E sobre a distribuição de recursos, John Rawls assevera que, *"A distribuição natural dos bens não é justa ou injusta; nem é injusto que os homens nasçam em algumas condições particulares dentro da sociedade. Estes são simplesmente fatos naturais. O que é justo ou injusto é o modo como as instituições sociais tratam destes fatos"*⁴⁷.

Não poderá o direito furtar-se a esse desafio. Pensar hoje na distribuição de bens é pensar na função social da propriedade intelectual e nos rumos das patentes em biotecnologia. Eventualmente tais patentes poderão somente legitimar a cobrança de *royalties* para a utilização de tecnologias, sem cumprir com sua finalidade perante a sociedade, ao afastar os benefícios advindos da biotecnologia daqueles que mais necessitam.

2.3 As patentes em biotecnologia⁴⁸

A atualidade traz para o plano central das discussões do direito as patentes em biotecnologia. Para entender a natureza das patentes, Christian Gugereff esclarece que *"As patentes são direitos exclusivos, limitados no tempo, de explorar uma invenção. Ninguém pode utilizar a invenção sem a permissão do titular da patente"*.⁴⁹

2.3.1 O que pode ser patenteado

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e biotecnologia**. São Paulo: RT, 2005, p. 208. Acerca destas duas posições, optamos por nos filiar a segunda delas.

⁴⁷ RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 135.

⁴⁸ Este tópico da dissertação foi desenvolvido com base no artigo de co-autoria deste mestrando, publicado na Revista Argumenta- Fundinopi.

⁴⁹ GUGERELL, Christian. A proteção legal das descobertas genéticas e a patenteabilidade dos organismos vivos manipulados. O escritório europeu de patentes em Munique. In, CASABONA, Carlos Maria. **Biotecnologia e Bioética: perspectivas em direito comparado**. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 263.

No Brasil, a Lei da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996), em seu artigo 18, determina que não podem ser patenteadas as matérias relativas à transformação do núcleo atômico e o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos, que atendam aos três requisitos de patenteabilidade, quais sejam: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Em consulta ao sentido gramatical, por microorganismo entende-se *"organismo, animal ou vegetal, de dimensões microscópicas. Emprega-se o termo para designar especificamente os germes patogênicos: protozoários, espiroquetas, micetes, bactérias, rickettsias e vírus."*⁵⁰ por *transgênico "[trans+gene+ico], diz-se do animal ou vegetal que contém material genético tirado de outras espécies, através de técnicas da engenharia genética."*⁵¹ .

Assim, os microorganismos transgênicos são aqueles – excetuando-se o todo ou parte da flora ou da fauna –, que pela interferência humana revelem uma característica que não seria possível encontrar na natureza.

A Lei que disciplina a patenteabilidade genética surgiu em ambiente legislativo de muita controvérsia, pois, segundo Patrícia Aurélio Del Nero *"A matéria veiculada pela Lei 9.279/1996 não era absolutamente pacífica. Os maiores pontos de discórdia e de mobilização da sociedade civil referiam-se à possibilidade de patenteamento dos processos e dos produtos advindos da biotecnologia"*⁵².

Pacificada a matéria, quando existir modificação genética, por meio de pesquisa, o patenteamento é permitido, desde que sejam

⁵⁰ MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, vol. II. 2000, p. 1375.

⁵¹ MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, vol. II. 2000, p. 2099.

⁵² DEL NERO. Patrícia Aurélio. **Noções gerais sobre as novas normas que disciplinam a propriedade intelectual no Brasil**. RT, São Paulo: Ed. RT, 2004, p 55.

respeitados os critérios esculpidos no artigo 18 da LIP, acima elencados, quais sejam: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Por *novidade* entende-se uma informação que se desconhecia. Em termos mais técnicos, é aquilo que não se encontra no “estado da técnica”. Nos termos do § 1º da Lei 9.279/1996, o estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público, antes da data do depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior.

Quanto ao segundo item, nos termos do artigo 13 da Lei 9.279/1996, a *invenção* é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica.

Já a *aplicação industrial* dá-se quando a invenção ou o modelo de utilidade possam ser utilizados ou produzidos em qualquer tipo de indústria.

Resta, ainda, no plano da proteção intelectual diferenciar descoberta de invenção. A primeira vem a ser tudo aquilo que pode ser encontrado na natureza, já a segunda advém da interferência do homem em bens naturais e que possam estes trazer alguma aplicabilidade industrial.

Assim, nos termos do parágrafo único da Lei 9.279/1996, para fins desta lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.

A crítica que se tem feito é que a titularidade das patentes reconhecidas em biotecnologia, em sua maior parte, concentram-se em países desenvolvidos, sobretudo nos Estados Unidos. Tal situação acaba por acarretar o monopólio de grandes investidores, que utilizam tal poder como

forma de exploração de países em desenvolvimento. Trata-se de um novo poder, o poder que as patentes em biotecnologia conferem a seus titulares. Sobre tal poder e as questões financeiras a ela relacionadas, Simone Henriqueta Cossetin Scholze assinala que:

Os lucros financeiros obtidos a partir do patenteamento induzem a uma forma de poder, na medida em que o conhecimento é poder. Aqueles que detém o conhecimento das seqüências genéticas do genoma humano, por exemplo, dispõem em princípio do monopólio sobre essa informação e sobre os potenciais lucros financeiros dele decorrentes. Levada ao extremo, essa situação agrava a tendência de aumentar a distância entre sociedades ricas e pobres. O Terceiro Mundo, já prejudicado pela escassez de meios e pela necessidade de estabelecer prioridades que fazem da pesquisa genética parecer atividade supérflua, vê o acesso ao conhecimento e à riqueza afastar-se ainda mais.⁵³

⁵³ COSSETIN SCHOLZE, Simone Henriqueta. **Patentes, transgênicos e clonagem.** Implicações jurídicas e bioéticas. Brasília: UnB, 2002, p. 278.

3. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE BIOSSEGURANÇA

Nenhuma época acumulou sobre o homem tão numerosos e diversos conhecimentos como a nossa [...]. Nenhuma época conseguiu tornar esse saber tão pronta e facilmente acessível. Mas nenhuma época tampouco soube menos o que é o homem.

Heidegger

As questões relacionadas com a manipulação genética – alimentos transgênicos e pesquisas com células tronco – receberam recentemente, no Brasil, diploma próprio. Trata-se da Lei nº 11.105/2005, que revogou a Lei nº 8.974/1995.

3.1 A competência legislativa

Trata-se de competência concorrente da União e dos Estados legislar sobre tal matéria, ou seja, compete a União o estabelecimento de normas gerais e aos Estados a competência suplementar. Tal matéria resta pacificada, inclusive por meio das últimas decisões do Supremo Tribunal Federal⁵⁴.

⁵⁴ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 14.861/05, DO ESTADO DO PARANÁ. INFORMAÇÃO QUANTO À PRESENÇA DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS EM ALIMENTOS E INGREDIENTES ALIMENTARES DESTINADOS AO CONSUMO HUMANO E ANIMAL. LEI FEDERAL 11.105/05 E DECRETOS 4.680/03 E 5.591/05. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE PARA DISPOR SOBRE PRODUÇÃO, CONSUMO E PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. ART. 24, V E XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ESTABELECIMENTO DE NORMAS GERAIS PELA UNIÃO E COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS ESTADOS. 1. Preliminar de ofensa reflexa afastada, uma vez que a despeito da constatação, pelo Tribunal, da existência de normas federais tratando da mesma temática, está o exame na ação adstrito à eventual e direta ofensa, pela lei atacada, das regras constitucionais de repartição da competência legislativa. Precedente: ADI 2.535-MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.11.03. 2. Seja dispondo sobre consumo (CF, art. 24, V), seja sobre proteção e defesa da saúde (CF, art. 24, XII), busca o Diploma estadual impugnado inaugurar regulamentação paralela e explicitamente contraposta à legislação federal vigente. 3. Ocorrência de substituição - e não suplementação - das regras que cuidam das exigências, procedimentos e penalidades relativos à rotulagem informativa de produtos transgênicos por norma estadual que dispôs sobre o tema de maneira igualmente abrangente. Extrapolação, pelo legislador estadual, da autorização constitucional

No Estado do Paraná, a título de exemplo, foi editada a Lei nº 14.861/05, para fazer obrigatória a informação quanta à presença de Organismos Geneticamente Modificados em alimentos destinados ao consumo humano e animal. Objetivando a declaração de inconstitucionalidade da referida Lei estadual, o Partido da Frente Liberal (PFL) ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3645/04 em face do Governador do Estado do Paraná e da Assembléia Legislativa do Paraná. Em julgamento ocorrido em 31 de maio de 2006, tendo como Relatora a Ministra Ellen Gracie, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a referida ADIN, para o fim de reconhecer a inconstitucionalidade da Lei nº 14.861/05, entendendo que trata-se de competência legislativa concorrente da União e dos Estados, ou seja, compete a União o estabelecimento de normas gerais e aos Estados a competência suplementar. Desse modo, em já tendo sido aprovado a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) e os Decretos nº 4.680/2003 e 5.591/2005, a Lei paranaense,

voltada para o preenchimento de lacunas acaso verificadas na legislação federal. Precedente: ADI 3.035, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.10.05. 4. Declaração de inconstitucionalidade consequencial ou por arrastamento de decreto regulamentar superveniente em razão da relação de dependência entre sua validade e a legitimidade constitucional da lei objeto da ação. Precedentes: ADI 437-QO, rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.02.93 e ADI 173-MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.04.90. 5. Ação direta cujo pedido formulado se julga procedente. (ADIN nº 3645/PR. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgamento em 31.05.2006. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal de Justiça).

No mesmo sentido, no ano de 2003, antes mesmo da aprovação da Lei nº 11.105/2005, o Partido da Frente Liberal (PFL) propôs Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do Governador do Estado do Paraná e em face da Assembléia Legislativa do Estado do Paraná para reconhecer a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 14.162/2003, que proibia o cultivo, a manipulação, a importação, a industrialização e a comercialização de organismos geneticamente modificados. Entendeu o Supremo Tribunal Federal presentes os requisitos para o deferimento da cautelar, em razão da competência privativa da União e das normas constitucionais da matéria de competência legislativa concorrente, senão veja-se:

Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra a lei estadual paranaense de nº 14.162, de 27 de outubro de 2003, que estabelece vedação ao cultivo, à manipulação, à importação, à industrialização e à comercialização de organismos geneticamente modificados. 2. Alegada violação aos seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º; art. 22, incisos I, VII, X e XI; ao art. 24, I e VI; ao art. 25; e ao artigo 170, caput, inciso IV e parágrafo único. 3. Plausibilidade das alegações de inconstitucionalidade no que toca à potencial ofensa à competência privativa da União e das normas constitucionais relativas às matérias de competência legislativa concorrente. 4. Deferida a cautelar. (ADIN-MC nº 3035/PR. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 10/12/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Julgado em 10.12.2003).

por regular matéria já abrangida por diplomas federais, foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, acerca da competência legislativa, a Constituição Federal assim determina:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

V – produção e consumo;

XII – previdência social, proteção e **defesa da saúde**; (Grifou-se)

A recente Lei de Biossegurança, ao regular aspectos da saúde, envolve questões que dizem respeito aos direitos constitucionais à vida e ao meio ambiente. Assim, deve a União, Estados e Distrito Federal comungarem esforços para que a biotecnologia e o Direito se encontrem para atender às necessidades humanas da contemporaneidade.

3.2 Os regimes de Biossegurança no Brasil

A primeira lei do Brasil sobre biossegurança data mais de uma década. Trata-se da Lei nº 8.974, de 05 de janeiro de 1995, como dito, hoje revogada pela Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.

Lembrando que o Projeto Genoma iniciou-se em 1990, a revogada Lei nº 8.974/1995, pelo próprio estado da ciência à época, não alargou as possibilidades legais de manipulação genética. A referida Lei, com termos técnicos de difícil entendimento para o público leigo, continha mais vedações do que permissões.

Sobre a Lei 8.974/1995, Erik Frederico Gramstrup, discrimina com precisão as vedações que estavam contidas naquele diploma legal, senão veja-se:

- a) manipulação de células germinais humanas. *Células germinais* são os gametas ou células sexuais. Como vimos, são haplóides e da fusão das células de ambos os sexos resulta o número de cromossomos próprio da espécie humana. A proibição está ligada à possibilidade de mudanças desastrosas no patrimônio genético respectivo;
- b) intervenção em material genético humano *in vivo*, salvo o tratamento de defeitos. Esta vedação dirige-se a impossibilitar experiências envolvendo seres humanos, se bem que deixa espaço para as intervenções com propósito terapêutico e para as realizadas *in vitro*, desde que limitadas às células somáticas;
- c) intervenção em material genético de animais *in vivo*, salvo por justificada necessidade científica e com aprovação prévia da CTNBio. Ao contrário do que sucede com os seres humanos, não há proibição total de experimentação com animais, mas há limite ético e controle prévio pela Comissão;
- d) produção e estocagem de embriões para servir como material biológico disponível. Formalmente falando e nos estritos limites da lei de biossegurança – vale dizer, sem fazer ilações a partir da Constituição - isto não impediria a utilização dos embriões excedentes das clínicas de fertilização por métodos artificiais, embora haja objeções éticas;
- e) liberação ou descarte de OGM em desconformidade com o Regulamento ou com as normas da CTNBio. O propósito evidente é o de proteger o meio ambiente e a diversidade, bem como a incolumidade pessoal e patrimonial de terceiros;
- f) introdução de OGM no Brasil sem parecer da CTNBio e autorização do órgão competente. As finalidades são idênticas às comentadas no item anterior⁵⁵.

Já a Lei atual, nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), após muita polêmica foi aprovada pelo Senado Federal, pelo Congresso Nacional e no mês de março de 2005 foi sancionada pelo Presidente da República, trazendo em seu texto assuntos polêmicos, tais como a autorização para as pesquisas com células-tronco embrionárias e a utilização de alimentos transgênicos.

Pela Lei, foi definido que será criado o Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), vinculado à Presidência da República, a quem caberá formular e implementar a Política Nacional de Biossegurança. Trata-se de

⁵⁵ GRAMSTRUP, Erik. Os regimes brasileiros de biossegurança. In. CORRÊA, Elídia Aparecida, et. al. **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Diálogo entre a ciência e o direito. Curitiba: Juruá, 2006, p. 147.

uma instância superior à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), responsável pela definição de normas, análise de risco, emissão de certificados de qualidade e nível de biossegurança e classificação dos organismos geneticamente modificados (OGMs).

Esta Lei entrou em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, regulamentando os incisos II, IV e V do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal.⁵⁶

3.3 A Lei de Biossegurança – Lei 11.105/2005

Conforme assinalado acima, em primeiro plano as questões ligadas à biotecnologia e ao meio ambiente estão disciplinadas no artigo 225 da Constituição Federal. Dispõe o referido artigo constitucional que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, patrimônio este essencial para a qualidade de vida.

Para as questões ligadas ao patrimônio genético o legislador reservou os incisos II e V do § 1º daquele artigo. Dispõem eles que incumbe ao Poder Público “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético” bem como “controlar a produção, a

⁵⁶ Art. 225 – 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 e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

[...]

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que será dada publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”.

Nesse compasso *"A concepção patrimonial ou realista do problema ecológico considera o ambiente como habitat das coisas, a escolha personalista, ao revés, configura o ambiente como instrumento privilegiado para o desenvolvimento da pessoa"*⁵⁷. Seguindo o mesmo viés, a Constituição tratou o meio ambiente como um atributo para assegurar a sadia qualidade de vida do ser humano.

Necessitavam os mencionados incisos constitucionais de regulamentação, o que ocorreu por meio da Lei nº 8.974/1995, agora revogada pela Lei nº 11.105/2005.

Acerca da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005) pode-se dizer, acompanhando o pensamento de Maria Auxiliadora Minahim que *"O centro das preocupações manifestadas nas Leis que disciplinam a matéria no Brasil e em outros países é o uso que pode ser feito da tecnologia que tem, entre outras, aplicações no campo das vacinas, em terapia gênica, na produção de proteína por microorganismos, organismos clonados, alimentos e animais transgênicos"*.⁵⁸ Abre-se, assim, a partir da vigência da Lei de Biossegurança um imenso espaço para as conquistas do homem sobre a natureza, anunciando-se a cada dia novas invenções que inauguram uma nova era do conhecimento.

Em síntese, a Lei 11.105/05 regulamenta a pesquisa, o cultivo e a comercialização dos Organismos Geneticamente Modificados (OGMs). Ainda, autoriza o uso de embriões congelados há mais de três anos, e que não seriam utilizados em processos de fertilização, para pesquisas que envolvem o uso de células-tronco. Tais células têm a propriedade de

⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 172.

⁵⁸ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Op. cit.** p. 115.

transformar-se em diferentes tecidos do corpo humano, possibilitando o avanço da ciência na busca da cura para inúmeras doenças ainda incuráveis.

Lê-se no artigo 1º da Lei 11.105/05 que:

Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.”

A Lei de Biossegurança nasceu em meio a controvérsias que se fizeram sentir durante toda a sua tramitação legislativa, com significativos protestos de ambientalistas, que se opuseram quanto à liberação dos transgênicos em razão de não existir estudo conclusivo sobre o impacto ambiental, seguidos de protestos de dirigentes ligados a igrejas, que por razões morais, manifestaram-se contrários ao uso de células-tronco originadas de embriões humanos, pois segundo tais religiosos, os embriões constituem-se em forma de vida, e assim, não podem sofrer manipulações genéticas.

Entre apoio de ruralistas e protestos de ambientalistas e religiosos, a Lei de Biossegurança resistiu, mas sofreu várias modificações no original, se compararmos o projeto inicial e o texto final sancionado pelo Presidente da República.

A Lei de Biossegurança foi aprovada em outubro de 2004 pelo Senado Federal por 52 votos a favor, 2 contrários e 3 abstenções. Em 02 de março de 2005 foi aprovada pela Câmara dos Deputados, recebendo expressivos 352 votos favoráveis, 60 contrários e apenas 01 deputado se

absteve de votar. Após isso, a Lei foi sancionada pelo Presidente da República.

Oito meses após sua aprovação, a Lei de Biossegurança venceu sua segunda etapa, sendo regulamentada pelo Decreto n. 5591, de 22 de novembro de 2005.

Hoje, transcorridos quase dois anos da vigência desta Lei já é possível colher, na doutrina, opiniões a seu respeito. Conforme esperado, pela própria polêmica que envolve os assuntos nela regulados, os posicionamentos atuais mostram-se muitas vezes situados em lados opostos, ora a favor e ora contrárias a referida Lei.

Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá assim se expressam:

Na forma em que se encontra a nova Lei de Biossegurança, infelizmente somos forçados a acreditar que, ultrapassada a fase do estado medieval, onde o príncipe era aquele que interpretava o direito vigente em constante diálogo com a natureza e aceitava os costumes; ultrapassada também a fase moderna, onde o príncipe se investia do poder do legislador autoritário e daqueles que sempre se encontravam no poder; sem medo de errar podemos pensar hoje os príncipes que reinam são os grandes grupos econômicos, com interesses afins. Até quando vamos nos conformar com esta situação?

[...]

A Lei traz dispositivos que acreditamos serem benéficos para a sociedade. Porém, será que esta é a forma democrática de se tratar assuntos tão relevantes? Razões econômicas e políticas sobrepuseram-se a decisões socialmente refletidas. Os transgênicos e as pesquisas com células embrionárias envolvem interesses de gerações presentes e futuras. É o patrimônio genético que está em jogo; nossa continuidade como espécie.⁵⁹

Todavia, um dos aspectos da Lei nº 11.105/05 que requer enfrentamento jurídico criterioso diz respeito ao patenteamento dos

⁵⁹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SÁ, Maria de Fátima Freire de. Biotecnologia e aspectos relevantes da nova Lei de Biossegurança. In, **Revista da Faculdade Mineira de Direito** – v. 1 (jan. – jun. 1998). Belo Horizonte: PUCMinas, 2005, p. 21.

processos e dos produtos oriundos da biotecnologia, ou seja, a possibilidade de patente sobre a vida.

É pacífico o entendimento de que a matéria "vida", na forma em que é encontrada na natureza, não pode ser objeto de proteção intelectual, no entanto os microorganismos modificados geneticamente, pelo fato de estarem inseridos nas invenções biotecnológicas, podem ser patenteados.

Assim, a aprovação da Lei de Biossegurança requer, agora, a análise de novas discussões que passam a existir, demonstrando, por ora, que neste tema há mais interrogações que respostas, talvez, por serem, o Direito e a genética, duas disciplinas em constante mutação, que se movimentam a todo instante e procurando dar respostas às mudanças sociais.

Inaugura-se uma nova realidade social que requer atenção, pois é a partir do tempo presente e pelas nossas mãos – de cientistas ou de juristas – que a genética terá que definir a quem estará a servir.

E para que a vida, o direito e a engenharia genética não se transformem em meios para legitimar unicamente os interesses econômicos, representados pela cobrança de *royalties* sobre o patenteamento genético, é preciso repensar a função social da propriedade intelectual nas pesquisas em biotecnologia.

3.4 A Lei de Biossegurança e as pesquisas com células-tronco

Um dos assuntos que norteia as discussões sobre as patentes em biotecnologia são as pesquisas com células-tronco embrionárias. Investidores internacionais acreditam que as patentes sobre as novas terapêuticas advindas destas pesquisas irão revolucionar a medicina. E isso,

em outros termos, significa que haverá uma acirrada disputa econômica por concessão de novas patentes.

E sobre os interesses comerciais envolvidos nas pesquisas com células-tronco, Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá anunciam que:

A manipulação de embriões humanos é, acima de tudo, discussão moral e deve ser enfrentada com cautela. Dizemos isso porque a pesquisa biogenética está atrelada a interesses de investidores, unida à pressão dos governos, que reivindicam ações bem-sucedidas. Assim, não é forçoso concluir que o desenvolvimento biotecnológico revela uma dinâmica que ameaça derrubar os longos processos normativos de esclarecimento na esfera pública⁶⁰.

Ainda, confirmando a tendência internacional do patenteamento dos resultados obtidos através da revolução biológica⁶¹, Sarita Aibagli informa que

O Projeto Genoma Humano, iniciado em 1990, envolvendo equipes científicas de vários países, com o objetivo de mapear e analisar todo o código genético humano, é o mais ambicioso nesse sentido. Só para ter uma idéia dos interesses aí envolvidos, o Projeto Genoma custou, até agora, mais de 3 bilhões de libras, prometendo gerar, ao final da primeira década do próximo século, mais de 60

⁶⁰ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Sá, Maria de Fátima Freire de. Biotecnologia e aspectos relevantes da nova Lei de Biossegurança. In, **Revista da Faculdade Mineira de Direito** – v. 1 (jan. – jun. 1998). Belo Horizonte: PUCMinas, 2005, p. 21.

⁶¹ A revolução biológica desenvolveu-se com a Biologia Molecular, teve sua origem no descobrimento do ácido desoxirribonucléico (ADN em português e DNA em inglês), que é portador da mensagem genética de cada ser vivo encontrando-se distribuído em diversos cromossomos no núcleo de cada célula. Os genes são fragmentos de DNA, com um código genético específico, e ocupam sempre a mesma posição no cromossomo: constituem a unidade física e funcional da herança. São eles que determinam os processos vitais. Cada ser humano conta, aproximadamente, com 30.000 genes ordenados em pares, que lhe dão seu caráter diferencial. O código genético é, assim, responsável por todas as características físicas de uma pessoa e, inclusive por seu comportamento. O genoma é o conjunto de informação genética contido no cromossomo de uma célula. No genoma estão codificadas todas as instruções que regem o funcionamento do organismo humano, o que singulariza cada pessoa e a torna distinta de qualquer outra. Além desse caráter individualizador, determinadas estruturas do genoma singularizam e diferenciam a espécie humana de outras espécies animais. GUIMARÃES, Adriana Esteves. Bioética e Direitos Humanos. In, NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Revista de Direito Privado** nº 23. São Paulo: RT, 2005, p. 23.

bilhões de dólares em vendas de medicamentos, o que representa metade de todas as vendas da história farmacêutica em 1992.⁶²

Objetivando a invenção de novas técnicas terapêuticas, a recente Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança) autoriza o uso de embriões congelados há mais de três anos, ou que não seriam utilizados em processos de fertilização, para pesquisas que envolvem o uso de células-tronco. Na revogada lei que disciplinava a matéria era expressamente proibida a manipulação genética de embriões para pesquisas.

A utilização de embriões congelados, autorizada pela Lei de Biossegurança, ocorre a partir de embriões descartados para fertilização. Isso porque no procedimento da reprodução assistida são produzidos entre sete a oito embriões, sendo selecionados e introduzidos no útero materno até quatro destes embriões. Os demais, de acordo com a Lei 11.105/05, mediante a observância de alguns critérios, podem destinar-se às pesquisas com células-tronco.

As células-tronco distinguem-se por serem indiferenciadas e pela propriedade de transformarem-se em diferentes tecidos do corpo humano. Como o próprio nome explica, ramificam-se como se fossem um tronco, para então darem origem a outros tecidos humanos, substituindo aqueles danificados. A esperança da ciência é possibilitar que tecidos e órgãos portadores de deficiências sejam substituídos por outros, a serem desenvolvidos a partir destas pesquisas, tendo como matéria-prima a própria natureza humana.

O objetivo dos cientistas é tornar possível o abandono das técnicas terapêuticas tradicionais, que utilizam próteses artificiais, tais como

⁶² ALBAGLI, Sarita. **Da biodiversidade à biotecnologia: a nova fronteira da informação**. In, <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19651998000100002>. Acesso em 12.09.2006.

as cardíacas e ortopédicas, confeccionadas a partir de materiais metálicos, estranhos à natureza do corpo humano.

Os limites em que os cientistas esbarram nas pesquisas é o fato de que, quando injetadas no corpo humano, as células-tronco ainda não conseguem identificar qual o tecido que deve ser regenerado, bem como no processo de multiplicação ainda não se obteve meios para determinar qual o momento em que se deve cessar a reconstrução do tecido danificado, para assim as células-tronco não desenvolverem tumores no local tratado.

Mas não são apenas as células-tronco embrionárias - objeto de controvérsias éticas e jurídicas - que podem ser utilizadas nesse processo terapêutico. As células-tronco adultas (retiradas da medula) e as retiradas do cordão umbilical também são viáveis para tais pesquisas. Estudos mais recentes permitem a utilização de células-tronco originadas de tecido humano adiposo e, ainda, existem estudos que permitem a retirada de células-tronco embrionárias, sem contudo provocar a destruição do embrião. Ainda, existe a técnica da clonagem de embriões humanos, que ao produzir um clone do embrião, viabiliza a utilização deste para pesquisas. Esta técnica reveste-se de acentuada polêmica, tanto jurídica, como ideológica e religiosa.

3.5 Algumas considerações sobre o Projeto de Lei que autoriza a clonagem humana terapêutica

Logo após a aprovação da Lei de Biossegurança o deputado Paulo Baltazar, do PSB/RJ, apresentou projeto de Lei na Câmara dos Deputados para sua alteração, para o fim de incluir na referida Lei a possibilidade da clonagem humana para fins terapêuticos.

Defendendo o deputado o entendimento de que seu "[...] projeto NÃO pretende liberar o uso dessa técnica para clonar seres humanos,

o que está bem claro em sua redação, mas curar doenças, motivo pelo qual solicitamos sua aprovação". Se aprovado o projeto, a atual Lei passará a vigorar com a seguinte redação:

Art. 3º - Para os efeitos desta Lei, considera-se:

[...]

XII – a clonagem humana divide-se em:

a) clonagem para fins reprodutivos;

b) clonagem para fins terapêuticos.

Assim, pretende o deputado que seja acrescentado ao artigo 3º da Lei de Biossegurança um novo inciso (XII). Ainda segundo o citado projeto de Lei, no artigo 6º da Lei de Biossegurança será acrescentada a proibição legal da clonagem humana para fins reprodutivos. Desse modo, o inciso IV do art. 6º da Lei nº 11.105/05, se aprovado o projeto, passará a vigorar com seguinte redação:

Art. 6º - Fica proibido:

[...]

IV – a clonagem humana para fins reprodutivos;

Complementando a proibição da clonagem humana para fins reprodutivos, o projeto de Lei pretende imputar crime, com pena de reclusão de dois a cinco anos e multa a prática de clonagem para fins reprodutivos.

Argumenta o deputado Paulo Baltazar que o estado de evolução da ciência exige a possibilidade da clonagem terapêutica, possibilidade esta que já vem sendo empregada na Inglaterra e na Coreia do Sul.

Contudo, ao nosso vê não há possibilidade em se autorizar uma nova modalidade de pesquisa, que envolva questões altamente

complexas como a clonagem humana, mesmo para fins terapêuticos, até mesmo porque as pesquisas com células-tronco merecem maior tempo de pesquisa e desenvolvimento, bem como seus benefícios e riscos ainda não foram mensurados. É, assim, extremamente precipitado pensar (e aprovar) a autorização da clonagem humana para fins terapêuticos.

Além disso, a utilização de embriões humanos em pesquisas reveste-se de severas críticas em questões éticas, inclusive com a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que denota que o tema ainda carece de definição, conforme análise anteriormente feita do assunto.

Por fim, neste aspecto, entende-se que o projeto de lei para alteração da Lei de Biossegurança, possibilitando a clonagem terapêutica deve ser rejeitado, por tratar-se de assunto que necessita de maior reflexão, inclusive com a participação da própria sociedade.

3.6 A Ação Direta de Inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança – Reflexões sobre o início da vida humana

O artigo 5º da Lei de Biossegurança, por sua vez, reveste-se de maior controvérsia, sendo, conforme já mencionado, objeto de propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade por iniciativa de Cláudio Fonteles, ex-Procurador Geral da República. Para tal artigo:

Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação

desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º. Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º. Instituições de pesquisas e serviços de saúde que realizem pesquisas ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º. É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Esta ADIN, que tramita no Supremo Tribunal Federal sob nº 3.510, foi distribuída em 31 de maio de 2005, tendo como Relator o Ministro Carlos Britto. Figura como requerente o Procurador-Geral da República e requeridos o Presidente da República e o Congresso Nacional. A referida ação tramita com a intervenção de interessados, na condição de *Amicus Curiae*, Conectas Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos – DCH e Movimento em prol da vida-*movitae*.

O fundamento contido na petição inicial - firmada, como já assinalado, pelo ex-Procurador Geral da República Cláudio Fonteles -, é de que a vida tem início na fecundação e, por assim ser, qualquer manipulação genética no embrião é um ato que atenta ao direito à vida, ferindo os seguintes textos constitucionais:

Artigo 5º, caput: Todos são iguais perante a lei, sem distorção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

Artigo 1º, inciso III: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana".

Nos possíveis resultados das pesquisas com células-tronco reside a esperança da ciência em obter a cura – se não completa, ao menos a melhoria da qualidade de vida – de pacientes portadores de males para os

quais a medicina tradicional não mais dispõe de possibilidades para reversão do prognóstico, tais como o mal de Alzheimer, mal de Parkinson, algumas espécies de câncer, problemas cardíacos, dentre outros.

E para demonstrar que a última esperança de pacientes nas pesquisas com células-tronco se faz presente, após esgotadas as possibilidades terapêuticas na medicina convencional, traz-se a colação recente julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, onde um paciente requereu o custeio pela União de cirurgia oftalmológica com células-tronco.

O pagamento da cirurgia não foi deferido pelo Tribunal, que entendeu tratar-se ainda de terapêutica com poucas possibilidades de êxito, todavia tal caso levado ao Judiciário bem ilustra a tendência de pacientes em buscar a cura por meio de tratamento com células-tronco. Veja-se, abaixo, a ementa do referido julgado:

ADMINISTRATIVO. COMPLEMENTAÇÃO DE VERBA PARA CIRURGIA DE TRANSPLANTE DE CÉLULAS TRONCO E TRANSPLANTE DE CÓRNEA. TRATAMENTO COM MÍNIMAS POSSIBILIDADES DE RESULTADOS SATISFATÓRIOS. NÃO HÁ VEROSSIMILHANÇA NAS ALEGAÇÕES.

Em que pesem as peculiaridades do caso em tela, sobretudo quanto à gravidade do estado de saúde do agravante, não se vislumbra a verossimilhança na espécie. Isso porque, de acordo com o relatório de atendimento ao paciente, não há indicação técnica para o procedimento, considerando os riscos e a falta de evidência clínica de resposta terapêutica, referindo, ainda, que o transplante de células límbicas (tronco) não apresenta resultados satisfatórios.⁶³

A discussão que envolve as pesquisas com células-tronco embrionárias não é a cura iminente de moléstias letais, mas sim a possibilidade de a ciência pesquisar novas terapêuticas, eventualmente, obter os resultados esperados. Restam, no entanto, mais interrogações do

⁶³ TRF4, AG 2005.04.01.035472-2, Quarta Turma, Relator Márcio Antônio Rocha, publicado em 22/03/2006.

que respostas para o assunto. A problemática concentra-se em definir se é lícito utilizar embriões humanos em pesquisas genéticas.

3.6.1 Os argumentos utilizados por aqueles que são contrários às pesquisas com células-tronco embrionárias

Para os defensores de que a vida inicia-se no momento da fecundação, o embrião não deve ser instrumento de pesquisas científicas, pois estar-se-ia cometendo um crime contra a vida, direito este constitucionalmente tutelado. Para estes o embrião é um ser vulnerável, e que não possui capacidade, nem de fato e nem de direito, de proteger sua dignidade. Nesse sentido, merece o embrião ampla tutela, até mesmo porque é da natureza humana defender aquilo com que nos identificamos, ou seja, tão somente aqueles com quem temos contato físico e pessoal.

Nas relações humanas, marcadas pela corporalidade, o embrião pertence ao território do invisível. Isso não quer dizer que não possamos vê-lo. É possível visualizar um embrião – que no seu quinto dia é menor do que o ponto final de uma frase –, por meio de uma lente de laboratório, no entanto, não podemos senti-lo e nem tocá-lo. Mas isso não quer dizer que ele não exista, e assim, não tenha sua própria dignidade. Tratando do enigma do invisível o filósofo Merleau-Ponty anuncia que "*O invisível é o relevo e a profundidade do visível, e, assim como ele, o visível não comporta positividade pura*"⁶⁴. Somente nos tornamos visíveis e corpóreos porque trilhamos o intervalo biológico entre a fase embrionária e o nascimento. Já fomos um embrião, sem possibilidade de externar vontade ou consentir, mas para o qual foi oportunizado o direito de evoluir, nascer e viver.

⁶⁴ MERLEAU-PONTY, Maurice. **Signos**. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 21.

Fundamentando a petição inicial da ADIN nº 3.510, o ex-Procurador da República, Cláudio Fonteles – pertencente à religião católica, instituição esta que manifesta-se frontalmente contrária às pesquisas com células-tronco embrionárias-, faz uso de argumentos científicos para comprovar que a vida inicia-se no momento da fecundação, sendo, portanto, o embrião forma de vida.

Nesse sentido, retira-se da ADIN alguns pronunciamentos que ilustram tal posição, sempre atestados por reconhecidos pesquisadores da área científica, senão veja-se:

O embrião é o ser humano na fase inicial da vida. É um ser humano em virtude de sua constituição genética específica própria e de ser gerado por um casal humano através de gametas humanos – espermatozóide e óvulo. Compreende a fase de desenvolvimento que vai desde a concepção, com a formação do zigoto na união do gametas, até completar a oitava semana de vida. Desde o primeiro momento de sua existência esse novo ser já tem determinado as suas características pessoais fundamentais como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele e dos olhos, etc. É o agente do seu próprio desenvolvimento, coordenado de acordo com o seu próprio código genético.⁶⁵

Lê-se ainda na petição da ADIN proposta por Cláudio Fonteles que:

O cientista Jérôme Lejeune, professor da universidade de René descartes, em Paris, que dedicou toda a sua vida ao estudo da genética fundamental, descobridor da Síndrome de Down (mongolismo), nos diz: "Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano estão presentes. A fecundação é o marco do início

⁶⁵ **Células-tronco. Fonteles quer proibir uso de embriões em pesquisas.** In, <<http://www.conjur.estadao.com.br/static/text/35087,1+O+cientista+J%C3%A9r%C3%B4me+Lejeune,+professor+da+universidade+de+Ren%C3%A9+hl=pt-BR&gl=br&ct=clnk&cd=1>>. Acesso em 14.12.2005.

da vida. Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato⁶⁶.

Citando a cientista Alice Teixeira, Professora de Biofísica da UNIFESP/EPM na área de Biologia Celular-Sinalização Celular, o ex-procurador da República, que firmou a petição, esclarece que:

[...] Para não se dizer que se trata de conceitos ultrapassados verifiquei TODOS os textos de Embriologia Humana consultados (as últimas edições listadas na Referência Bibliográfica) afirmam que o desenvolvimento humano se inicia quando o ovócito é fertilizado pelo espermatozóide. Todos afirmam que o desenvolvimento humano é a expressão do fluxo irreversível de eventos biológicos ao longo do tempo que só param com a morte. Todos nós passamos pelas mesmas fases do desenvolvimento intra-uterino: fomos um ovo, uma mórula, um blastocisto, um feto⁶⁷.

Concluindo no mesmo sentido, ao tecer comentários sobre os problemas jurídicos que advêm da fertilização *in vitro*, Maria Helena Diniz apresenta o questionamento sobre os embriões excedentes, defendendo a impossibilidade da destruição de embriões, pois tal ato se constitui “*em extermínio de vidas humanas, pois cada embrião já é a síntese incipiente da individualidade genética de um ser humano, sua destruição seria um aborto eugenésico, uma vez que a lei resguarda os direitos desde a concepção.*”⁶⁸

⁶⁶ **Células-tronco. Fonteles quer proibir uso de embriões em pesquisas.** In, <<http://www.conjur.estadao.com.br/static/text/35087,1+O+cientista+J%C3%A9r%C3%B4me+Lejeune,+professor+da+universidade+de+Ren%C3%A9&hl=pt-BR&gl=br&ct=clnk&cd=1>>. Acesso em 14.12.2005.

⁶⁷ **Células-tronco. Op. cit.** Acesso em 14.12.2005.

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. **Questões jurídicas da fertilização *in vitro*.** Caderno Jurídico, julho/2001, Ano 1, nº 2. p. 45/46.

3.6.2 Os argumentos utilizados por aqueles que defendem a continuidade das pesquisas com células-tronco embrionárias

Para os defensores da continuidade das pesquisas genéticas a humanidade está entrando num novo ciclo do conhecimento. Trata-se do futuro controle do homem sobre as doenças que lhe afligiram durante toda a existência. Tornar-se-á possível, segundo tais vozes, modificar a herança genética para desvincilhar-se de males que se transferem na hereditariedade humana.

É certo que o acaso e a natureza humana produzem injustiças. Pessoas nascem condenadas a padecerem de males ainda incuráveis. Outras adquirem anomalias após o nascimento, mas também são penalizadas a carregarem determinadas limitações, totais ou parciais, físicas ou mentais. Existem mais de três mil males conhecidos de origem hereditária, dentre eles alguns casos de câncer.

Nesse sentido, se existem possibilidades de se reverter essa situação de exclusão, de sofrimento e de indignidade que tais seres humanos enfrentam, por que não avançar nas pesquisas genéticas? Até onde temos o direito de retirar a única possibilidade que tais doentes possuem de recuperar sua dignidade e usufruir das mesmas condições de vida que os seres humanos normais?

No dizer de Leo Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine *"Começamos um nova etapa do Gênesis: no sétimo dia, Deus descansou, após ter criado o mundo; no oitavo, o homem se dá conta das coisas e reprograma a si mesmo"*.⁶⁹

⁶⁹ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais de bioética**. São Paulo : Loyola, 2002, p 205.

3.6.3 O início da vida humana: em busca da definição jurídica

Na toada de Cármen Lúcia Antunes Rocha, "*O embrião é ser. Não se está embrião. Ele é. Nem se poderia, como é inegável, pôr em questão a sua humanidade. O que se põe em debate é a sua personalidade, vale dizer; a condição de pessoa reconhecida nesta condição pelo direito*"⁷⁰. Não existe consenso sobre o início da vida humana em nenhuma área do conhecimento humano, seja no direito, na ciência, na filosofia ou qualquer outro ramo que se proponha a estudar as interfaces da vida humana.

Que o embrião é uma forma de vida, isso não se discute. O que o direito tem refletido profundamente é em saber se a vida humana inicia-se com a fecundação.

Cada especialidade médica possui uma posição, que pode conciliar ou conflitar com o entendimento das outras especialidades.⁷¹ Além da ciência, na religião os entendimentos sobre o início da vida humana igualmente divergem.⁷²

No entanto, é a partir do embrião que todas as fases da evolução da pessoa humana interagem. Por tal condição, necessita ele ser protegido pelo ordenamento jurídico, pois trata-se de um ser que faz parte da cadeia de evolução humana. Todos nós fomos um embrião e nos encontramos no atual estágio da vida porque nos foi concedida a oportunidade de evoluir na cadeia da vida biológica.

⁷⁰ ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. *Op. cit.* p. 22.

⁷¹ Nesse sentido, a genética entende que a vida inicia-se com a fecundação, momento em que o ser humano é criado em seu sistema genético. A neurologia, por exemplo, entende que a vida começa com as atividades cerebrais, o que pode ocorrer, segundo alguns especialistas, na oitava semana de vida, e segundo outros, na vigésima semana de vida. A embriologia entende que a vida inicia-se na terceira semana de gestação, quando está presente a individualidade humana.

⁷² Para a igreja católica a vida inicia-se no momento da fertilização. Para o judaísmo a vida inicia-se no décimo quarto dia de gestação e, de modo diferente, o islamismo defende que a vida inicia-se no centésimo vigésimo dia.

Surge a necessidade, então, de avaliar o que o embrião significa para a cadeia da vida. Sobre isso, consultamos Francis Fukuyama, que assim se expressa:

Um embrião pode carecer de algumas das características humanas básicas que um recém-nascido possui, mas não é um mero grupo de células ou tecidos como outro qualquer, porque tem o potencial de se tornar um ser humano pleno. Sob este aspecto, só difere de um bebê, que também carece das características mais importantes de um ser humano adulto normal, no grau em que realizou seu potencial natural. Isso implica que, embora se possa atribuir a um embrião um status moral inferior ao de uma criança em seus primeiros meses, ele tem um status moral mais elevado que outros tipos de células ou tecidos com que os cientistas trabalham.⁷³

Se o embrião está inserido, incondicionalmente, em uma das fases da vida humana, possui ele direito à dignidade humana. Ocorre que a biotecnologia atual vislumbra no embrião humano a possibilidade de pesquisar novas formas terapêuticas para doenças que a medicina tradicional, neste momento, já exauriu seus meios de tratamento.

Diante desta situação, há que se avaliar qual das dignidades deve ser tutelada pelo direito. Se é a do embrião, ou então, dos pacientes que acreditam que o futuro da biotecnologia poderá lhes restabelecer o direito constitucional à saúde e, conseqüentemente, à vida digna.

Problema semelhante o direito já enfrentou quando decidiu sobre o momento da morte, ao autorizar a retirada de órgãos e tecidos para a realização de transplantes. A morte encefálica passou a ser entendido como o instante em que a morte ocorre. Constatado este momento, mediante alguns requisitos prescritos na Lei dos Transplantes, poderão ser retirados os órgãos e tecidos para que a vida continue em outra pessoa, qual seja, a do paciente transplantado.

⁷³FUKUYAMA, Francis. *Op. cit.* p. 184

A ciência atual questiona incessantemente se este é realmente o instante da morte, inclusive com a possibilidade de o paciente, em caso de morte encefálica, ser reanimado. Mas foi este o momento – quando da redação do texto da Lei - que o direito optou, conjugando valores situados entre a dignidade do paciente que está falecendo e a dignidade do paciente que necessita ser transplantado.

Mas repita-se, não há certeza (muito ao contrário) de que o critério adotado pelo direito é realmente o momento em que a morte venha ocorrer.

Para se decidir sobre o momento inicial da vida humana o direito também terá que decidir entre a dignidade do embrião, de um lado, e dos pacientes que depositam sua confiança na biotecnologia, de outro, para eventualmente alcançar a cura dos males que lhes atingem.

A resposta para o questionamento que foi levado ao Supremo Tribunal Federal, por meio da ADIN nº 3510/2005 não está nem ciência, nem na religião e nem mesmo no direito positivado. Está no exercício de ponderação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Acerca da ponderação de valores e o início da vida, Flavia Piovesan e Adriana Esteves Guimarães manifestam-se da seguinte maneira: *“A partir de um juízo de ponderação de valores, caberá ao Supremo Tribunal Federal, como guardião maior da Constituição, a missão histórica de efetivar a vontade constitucional a favor do direito à vida digna, no marco de um Estado laico, pluralista e democrático.”*⁷⁴

Confirmando o entendimento acima exposto, o Enunciado nº 274, e que diz respeito aos direitos da personalidade, recentemente aprovado na IV Jornada de Direito Civil⁷⁵, promovida pelo Centro de Estudos

⁷⁴ PIOVESAN, Flavia. GUIMARÃES, Adriana Esteves. **Direito à vida digna.** In. <<http://agenciact.mct.gov.br/index.php/content>>. Acesso em 12.01.2006.

⁷⁵ IV Jornada de Direito Civil foi realizada em Brasília, no período de 25 de 27 de outubro de 2006.

Judiciários do Conselho da Justiça Federal, interpreta o artigo 11 do Código Civil da seguinte maneira:

"Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). **Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.**" (Grifou-se).

Se houver na ciência outros meios de pesquisa, e que dispensem a utilização do embrião humano, com as mesmas possibilidades de êxito, entendemos que o embrião deve ser ostensivamente protegido. Pesquisa alguma estará legitimada a utilizar sua corporalidade como instrumento de pesquisa.

Por outro lado, se a ciência não dispor de outro meio de pesquisa, entendemos que entre a dignidade do embrião e a dignidade dos pacientes acometidos com doenças graves, deverá ser entendido que o artigo 5º da Lei de Biossegurança é constitucional, com a improcedência da ADIN proposta pelo ex-Procurador da República, Cláudio Fonteles. É assim que nos posicionamos sobre a complexa discussão que envolve o início da vida humana.

3.7 As pesquisas com células-tronco, as patentes e os interesses econômicos

Os avanços nas pesquisas genéticas despertam cada vez mais o interesse de megagrupos de investimentos, que desde já investem em tais pesquisas, patenteando resultados para, em breve, explorá-los comercialmente, inserindo novas terapêuticas no mercado de consumo.

Dentro deste panorama da realidade internacional, mesmo que a ciência concretize seus propósitos de evolução, dependendo de como tais

recursos forem empregados, pouco poderão auxiliar aos que deles realmente necessitam. Igual situação observamos no avanço da indústria de fármacos. Atualmente os grandes laboratórios internacionais investem não em pesquisas terapêuticas, mas sim no aperfeiçoamento de produtos que se destinam a saciar o egocentrismo humano, tais como os produtos da área cosmetológica, que se prestam, na maioria das vezes, a apenas atender necessidades puramente estéticas, mas que movimentam milhões de dólares em todo o mundo.

Mais ainda, há que se prestar atenção nas questões éticas das pesquisas com células-tronco, no ponto em que poderiam, futuramente, possibilitar a substituição de órgãos humanos. Não se trata dos transplantes utilizados pela medicina tradicional, mas de se criar em laboratório órgãos humanos para reposição. Diante de tal questão Antonio Moser adverte que *"De que adiantaria irmos nos enriquecendo geneticamente e irmos repondo indefinidamente nossos órgãos defeituosos se não conseguirmos construir um mundo de amor e paz? E de qualquer forma, o ser humano não é uma máquina de reposição. Para o restabelecimento da saúde se requer muito mais do que simples peças, ainda que humanas."*⁷⁶

Considerando-se que o interesse econômico é geralmente o eixo pelo qual deslizam outros valores, há que se pensar a hipótese de, no futuro, dependendo do estado de evolução da ciência, se escolher seres humanos "à la carte". Se hoje a medicina reprodutiva não permite aos genitores a possibilidade de descartar embriões que apresentem deficiências genéticas, por outro lado, abre-se caminho para que se possa, no futuro, escolher o perfil e as características genéticas dos novos seres humanos, inclusive a sua alteração, ao arbítrio das escolhas pessoais de seus pais.

Ainda, especula-se que os avanços nas pesquisas genéticas podem tornar-se moeda corrente no já chamado mercado humano.

⁷⁶ MOSER, Antonio, **Bioética e biotecnologia: para onde vamos?** Petrópolis: Vozes, 2004, p. 185.

Empresas multinacionais investem em pesquisas genéticas para posteriormente usufruir dos benefícios financeiros que tais terapias e/ou produtos podem trazer para o mercado médico.

Tais questões já se fazem presentes em vários tribunais, inclusive do Brasil, quando o assunto é o direito patentário das sementes de alimentos transgênicos. Uma acirrada disputa judicial já se faz sentir entre megagrupos econômicos que detêm os direitos sobre a utilização de sementes geneticamente modificadas e, de outro lado, agricultores que resistem ao fato de manterem-se vinculados ao pagamento de *royalties* para a utilização da técnica que produz tais sementes.

No que se refere às questões ligadas ao embrião a Lei de Biossegurança deixou expressamente prescrito em seu artigo 5º que a utilização, como comércio, de embriões para fins de pesquisa é figura típica penal.

Não obstante a lei prever tal situação e enquadrá-la como crime, o comércio genético preocupa estudiosos pela possibilidade de o Brasil se tornar um celeiro de produção de embriões para servir de material de pesquisa de países desenvolvidos.

Sobre tal ameaça, ou seja, de uma relação de controle dos países desenvolvidos em detrimento dos países ainda periféricos, como é o caso do Brasil, a ambientalista indiana Vandana Shiva anuncia, com coerência, que estes países podem se tornar fonte de produção de matéria-prima genética para o desenvolvimento de países economicamente mais elevados. Seria, então, um redescobrimento do Brasil, 500 anos depois. Nessa linha de raciocínio há que lembrar que o Brasil destaca-se frente a outros países, quando o assunto é a riqueza de sua biodiversidade biológica.

Nos servimos das apropriadas conclusões de Shiva, ao nos despertar para as eventuais implicações que a biotecnologia pode provocar nos países em desenvolvimento, temos que:

Quinhentos anos depois de Colombo, uma versão secular do mesmo projeto de colonização está em andamento por meio das patentes e dos direitos de propriedade intelectual (DPI). A Bula Papal foi substituída pelo Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (General Agreement on Tariffs and Trade, GATT). O princípio da ocupação efetiva pelos príncipes cristãos foi substituído pela ocupação efetiva por empresas transnacionais, apoiadas pelos governos contemporâneos. A vacância das terras foi substituída pela vacância de formas de vida e espécies, modificadas pelas novas biotecnologias. O dever de incorporar selvagens ao cristianismo foi substituído pelo dever de incorporar economias locais e nacionais ao mercado global, e incorporar os sistemas não-ocidentais de conhecimento ao reducionismo da ciência e da tecnologia mercantilizadas do mundo ocidental.⁷⁷

Se por um lado testemunha-se os relatos de seres humanos que foram utilizados em testes, sem o seu consentimento, ou muitas até mesmo sem conhecimento prévio, o futuro das pesquisas genéticas pode revelar um outro futuro, senão veja-se a seguinte situação exposta por Shiva:

[...] uma paciente de câncer, teve as linhagens de suas células patenteadas por seu próprio médico. Em 1996, a *Myriad Pharmaceutical*, uma companhia sediada nos Estados Unidos, patenteou o gene do câncer de mama nas mulheres para obter o monopólio dos diagnósticos e testes. As linhagens de células dos Hagahai da Papua Nova Guiné e dos Guani do Panamá foram patenteadas pelo Secretário do Comércio dos Estados Unidos⁷⁸.

Entendendo a técnica de produção de Organismos Geneticamente Modificados - OGMs

O biodireito é, por excelência, interdisciplinar. Assim, faz-se necessário trazer o conhecimento científico para o espaço jurídico. Para

⁷⁷ SHIVA, Vandana. **Biopirataria: pilhagem da natureza e do conhecimento**. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 25.

⁷⁸ SHIVA, Vandana. **Op. cit.** p. 26.

teorizar sobre a biotecnologia atual, o ponto de partida é o entendimento das questões técnicas. Como base neste propósito, nas linhas a seguir será analisado o processo de desenvolvimento científico dos organismos geneticamente modificados (OGMs).

Desde épocas remotas o homem tem se preocupado com a agricultura para aumentar a produção alimentar, tanto na quantificação como na qualidade. E o aperfeiçoamento do plantio agrícola dá-se através da engenharia genética.

Vários avanços técnicos trouxeram proveito para o aumento e qualidade da produção alimentar, sendo um desses o melhoramento genético convencional, que consiste na modificação genética de plantas por meio da compatibilidade sexual das espécies, ou, ainda, o conhecido, popularmente, como cruzamento de plantas.

Assim, a manipulação sobre as plantas permitiu o isolamento de genes desejáveis de uma espécie (ou, de interesse) para ser introduzido numa outra espécie com compatibilidade sexual, podendo, ainda, esses genes isolados serem inseridos em espécie com incompatibilidade sexual. Dessa forma, a engenharia genética conseguiu que genes ausentes em uma determinada espécie pudessem manifestar-se naquela onde ocorreu a inserção.

Todavia, para se chegar ao resultado desejado de melhoria genética quando as espécies não possuem compatibilidade sexual para o transporte de genes, faz-se mister o prosseguimento sucessivo de vários cruzamentos até a obtenção dos genes que serão necessários para aquela utilidade, ou, ainda, até o surgimento da planta cujos genes sejam os tencionados.

Em suma, para a obtenção de melhoria genética pelo método convencional sempre haverá a necessidade de compatibilidade sexual entre

as espécies mesmo que a compatibilidade sexual provenha de repetidos cruzamentos.

Após o melhoramento genético convencional desenvolvido pela engenharia genética a ciência trouxe a biotecnologia como benefício para a agricultura e o aumento da produção de alimentos. Uma das modificações genéticas de espécies utilizando-se os processos de biologia molecular e celular são os transgênicos. Surge a interferência nos genes por meio da biotecnologia, ou ainda, poder-se-ia dizer é a *“habilidade de explorar o universo do código genético para combinar, em um só organismo, características adaptativas majoritárias que evoluíram em braços filogenéticos diferentes. Genes que expressam características agronômicas importantes, provenientes de micróbios, plantas, animais e do próprio homem, foram introduzidos em diversas espécies cultivadas”*⁷⁹.

Transgênicos ou então, organismos geneticamente modificados (OGM), são organismos, animais ou vegetais, que foram acrescidos de um novo gene ou fragmento de DNA de um organismo de outra espécie com o escopo de desenvolver uma característica diferenciada, alterando o valor nutricional ou de resistência a pragas. O gene introduzido, bloqueado ou modificado, passará a fazer parte permanentemente do patrimônio genético do outro organismo.

O organismo geneticamente modificado (OGM) é a aplicação da tecnologia do DNA recombinante, para alterar geneticamente plantas, animais e microorganismos. Com o desenvolvimento da biotecnologia e a transgenia, a alteração genética das plantas poderá ocorrer de maneira direta por meio de técnicas físicos-químicos. De forma indireta a alteração genética das plantas verificar-se-á pela inserção do DNA exógeno no genoma

⁷⁹ VARELLA. Marcelo Dias. FONTES Eliana. ROCHA. Fernando Galvão. **Biossegurança e Biodiversidade**. Contexto Científico e Regulamentar. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 39.

vegetal pela ação de um vetor biológico, como o plasmídeo de bactéria do solo *Agrobacterium tumefaciens* ou *A. rhizogenes*.

Através da biotécnica as plantas podem apresentar-se resistentes a doenças viróticas, bacterianas, fúngicas e nematóides, ainda, apresentarem-se com tolerância a herbicidas e a estresses ambientais: como o frio, a neve e geadas, o calor e a seca, a salinidade e metais pesados e, também, medrar altos valores nutricionais.

A grande preocupação desse avanço da biotecnologia está em relação aos impactos ambientais com a passagem de transgenes para outros indivíduos na natureza e os seus efeitos na biodiversidade, sem olvidar os possíveis riscos tanto à saúde humana como a outros animais.

A passagem de informação genética poderá ocorrer entre indivíduos da mesma espécie produzindo descendentes férteis e viáveis, ou, poderá suceder entre indivíduos diferentes, distantes geneticamente. Nos vegetais a transferência de genes poderá se dar pela entomofilia.

Outros efeitos da transgenia que acarretam inquietação são os decorrentes dos organismos geneticamente modificados resistentes a herbicidas e inseticidas sobre a entomofauna, porquanto, sobrevivendo o escape dos transgenes para as populações silvestres do agrossistema e habitats naturais ocorrerá desequilíbrio na alimentação dos pássaros e de tantos outros animais. Ademais, haverá interferência no solo, na dinâmica da matéria orgânica e ainda, nos processos de transformação e ciclagem de nutrientes no sistema solo-planta.

A genética é a ciência que observa as propriedades do material genético, o *ácido desoxirribonucléico*, mais conhecido pela abreviação DNA. Os geneticistas estudam as propriedades do DNA em muitos níveis, os quais se estendem das células às populações. Por meio dessas pesquisas as muitas doenças hereditárias são diagnosticadas antes do nascimento de um

indivíduo ou logo após. Surge a possibilidade de análises de heredogramas familiares para verificação quanto aos riscos de anomalias genéticas.

O progresso da genética no desenvolvimento da tecnologia do DNA recombinante permitiu avanços nas pesquisas e na análise da sua estrutura molecular. As técnicas permitiram o isolamento e a amplificação de um segmento de DNA, o seu seqüenciamento, identificação e manipulação. Todo esse conjunto de técnicas é chamado "tecnologia do DNA recombinante" e possui ampla aplicação, porquanto, pode ser usado para estudar mecanismos de replicação e expressão gênica, determinação da seqüência de um gene, no melhoramento de espécies animais e vegetais e no desenvolvimento de culturas microbianas capazes de produzir substâncias úteis, tais como a insulina humana e outros medicamentos.

O isolamento dos genes de interesse é conduzido por meio de técnicas de clonagem molecular, que consiste em induzir um organismo vivo a amplificar a seqüência de DNA de interesse, em sistemas que permitem uma fácil recuperação do referido fragmento de DNA. Para tanto, são utilizados vetores de clonagem nos quais a seqüência de DNA de interesse é inserida utilizando enzimas de restrição e enzima DNA – ligase. Uma vez isolado o gene de interesse, este é incorporado por meio de engenharia genética no genoma do organismo alvo, resultando em um organismo geneticamente modificado cuja característica passa a ser hereditária.

3.9 Os alimentos transgênicos e as implicações jurídicas acerca das patentes em biotecnologia

3.9.1 As discussões judiciais no Brasil sobre a cobrança de *royalties* e as sementes de alimentos transgênicos⁸⁰

Queimem nossas terras
 queimem nossos sonhos
 derramem ácido sobre nossas canções
 cubram com serragem
 o sangue do nosso povo massacrado
 abafem com sua tecnologia
 os gritos de tudo o que é livre,
 selvagem e indígena.
 Destruam
 Destruam
 nossa relva e solo
 Arrasem
 cada fazenda e cada povoado
 que nossos ancestrais construíram
 cada árvore, cada lar
 cada livro, cada lei
 e toda a eqüidade e harmonia.
 Achatem com suas bombas
 cada vale; apaguem com suas censuras
 nosso passado
 nossa literatura; nossas metáforas
 Despojem as florestas
 e a terra até que nenhum inseto
 pássaro
 palavra

⁸⁰ Este tópico foi redigido tendo como base as idéias contidas no artigo publicado na Revista Argumenta - Fundinopi, de co-autoria deste mestrando.

encontre um lugar para se esconder.
 Façam isso e mais até
 Não temo sua tirania
 Nunca desespere
 Porque guardo uma semente
 uma pequena semente viva
 que protegerei
 e plantarei novamente.⁸¹

Precedendo a aprovação da Lei de Biossegurança, alguns tribunais, isoladamente, haviam iniciado o entendimento jurisprudencial no sentido da possibilidade de utilização das sementes de alimentos transgênicos em solo nacional.⁸²

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul trouxe ao debate judicial as patentes em biotecnologia, sobretudo a respeito dos alimentos transgênicos.

⁸¹ “*Os guardiões das sementes*”, poema palestino.

⁸² Mandado de Segurança. Importação de milho transgênico. Busca e apreensão. (CPP, ART. 240 E SS.). Crime ambiental (Lei 9.605/98, art. 56 c/c arts. 3º e 21). Não configuração. Parecer conclusivo da CTNBio favorável à importação de milho geneticamente modificado para servir à ração animal (Lei 8.974/95 e Decreto 1.752/95). Concessão da ordem. Considerando que "A proibição do deferimento de medida limiar que esgote o objeto do processo só subsiste enquanto o retardamento não frustrar a tutela judicial, que é garantia constitucional" (ROMS 6063-RS, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU 01/12/97, p. 62700; LXSTI 105 maio/98, p. 86) - hipótese dos autos - e sendo a tutela judicial uma garantia constitucional, é razoável entender-se que a natureza satisfativa da liminar não impede, por si só, que o tribunal se pronuncie sobre a matéria em discussão. É cabível mandado de segurança para obstar os efeitos de ato judicial que determina a busca e apreensão de bens requerida com base no art. 240 e seguintes do Código de Processo Penal. A CNTbio - Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, nos termos da legislação que rege a matéria (Lei nº 8.974/95, Decreto nº 1.752/95 e instrução normativa CTNBio nº 17/98), emitiu parecer técnico conclusivo no sentido de inexistir "indicação de que os grãos de milho geneticamente modificados, comercializados mundialmente, objeto deste parecer, tenham efeitos danosos quando usados como alimentos em ração animal". Considerando o parecer conclusivo da CTNBio, emitido nos limites da legalidade, não há, sequer em tese, crime no fato da importação de milho transgênico para a fabricação de rações animais. [...]. Segurança concedida, ratificando-se, em todos os seus termos, a liminar deferida. Mandado de Segurança 74.060/PE. Relator: Des. Ubaldo Athayde Cavalcante. DJU - II -4 jan 2002.

Em março de 2000, no Estado do Rio Grande do Sul, o Ministério Público Federal propôs Ação Civil Pública em face de Aventis Cropscience do Brasil Ltda e União Federal, requerendo, inclusive em sede de tutela antecipada, a destruição de plantação de sementes de arroz transgênico utilizadas em pesquisas científicas. As sementes transgênicas foram semeadas em novembro de 1999, com colheita prevista para abril de 2000.

Levada a discussão para o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, entendeu-se que a destruição da plantação trata-se de uma medida extremada, e que o seu deferimento ofenderia os direitos de defesa e do contraditório. O Tribunal, portanto, decidiu pela legalidade no plantio de sementes transgênicas, conforme observa-se da transcrição da ementa do jugado, abaixo transcrito:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR. PRODUTOS TRANSGÊNICOS.

A determinação liminar para a destruição, mediante queima, de plantação de produto transgênico objeto de experimento científico aprovado pelo Governo, compromete irreversivelmente o direito fundamental de defesa e de contraditório que a Constituição assegura aos litigantes (art. 5º, inc. LIV e LV). Tão drástica medida somente poderia ser justificada em casos de iminente e grave perigo a outro bem tutelado constitucionalmente. No caso, é possível evitar situação de irreversibilidade com medidas que assegurem as garantias constitucionais e afastem os riscos de dano.⁸³

Todavia, com o cultivo de alimentos transgênicos, surgem, conseqüentemente, as controvérsias acerca do domínio das patentes genéticas e, com isso, a limitação do acesso aos avanços da biotecnologia. Exemplo dessa situação pode ser visto em publicação do Jornal paranaense Gazeta do Povo, com o título de *"Monsanto briga para receber royalties:*

⁸³ TRF4, AG 2000.04.01.032069-6, Terceira Turma, Relator do Acórdão Teori Albino Zavascki, publicado em 19/04/2000.

Agricultores gaúchos contestam judicialmente remuneração à multinacional norte-americana.” No texto da matéria jornalística lê-se que:

“[...] Este ano a Monsanto deve ter dificuldades para receber pelo plantio de soja transgênica no Brasil. Os agricultores do Rio Grande do Sul não estão dispostos a pagar R\$ 1,20 por saca do grão colhido nesta safra. Segundo o presidente da Federação da Agricultura do Rio Grande do Sul (Farsul), Carlos Sperotto, os produtores gaúchos devem fazer uma proposta próxima do que foi cobrado no ano passado, R\$ 0,60 por saca. Sperotto diz que a federação gaúcha tem um parecer feito por 53 juristas em que é reconhecido como justo o pagamento de uma indenização pelo uso da tecnologia que permite à soja resistir ao herbicida glifosato. ‘A lei que libera o plantio da soja gerou uma confusão. Ela inviabiliza o pagamento, mas não impede que o agricultor seja cobrado’, afirma Sperotto. ‘Mas entendemos que é melhor continuar conversando com a empresa do que nos expormos a problemas jurídicos’.”⁸⁴

No Estado do Rio Grande do Sul, a Cooperativa Tritícola Mista Campo Novo Ltda. – Cotricampo, propôs ação contra a Monsanto do Brasil Ltda., alegando, em síntese, que esta empresa vem atuando com interesse de dominação do mercado, por meio de cobrança de indenização no cultivo de soja geneticamente modificada. A empresa Monsanto defende a legalidade na cobrança de indenização pelo uso das sementes de soja transgênica sob o argumento de que foi ela quem desenvolveu a tecnologia deste produto.

A Autora da ação, Cotricampo, requereu Antecipação da Tutela, sendo que a apreciação de tal pedido foi postergado pelo Juiz de primeira instância. Contra tal decisão, a Cotricampo recorreu perante o TJRS.

⁸⁴ ORGIS. Guido. **Monsanto briga para receber royalties.** Jornal Gazeta do Povo. Curitiba/PR. 17.02.05. p. 19.

E em decisão pioneira a respeito de cobrança de indenização sobre patentes genéticas, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em fevereiro de 2005, decidiu no sentido de que:

“Agravo de Instrumento e Agravo Interno. Preliminares. Justiça Estadual. Competência. Supressão do Primeiro Grau de Jurisdição. Inocorrência. Ilegitimidade ativa. Não conhecimento. Mérito. Comercialização de soja geneticamente modificada. Cobrança de royalties. Antecipação da Tutela. Requisitos. Agravo Interno prejudicado.

[...] Mérito. O ordenamento jurídico pátrio veda a comercialização de sementes de soja geneticamente modificadas, ainda que o legislador venha, sistematicamente, à vista de circunstâncias fáticas, autorizando a comercialização das safras de soja produzidas com essas sementes, trazidas ilicitamente de países vizinhos, conforme Leis nº 10.688 e 10.814, de 2003 e 11.092, de 2005.

De qualquer sorte, sendo a agravada titular das patentes relativas às sementes utilizadas pelos produtores, plausível sua pretensão, escusada na Lei Maior (art. 5º, caput, inc. XXIX) e Lei de Patentes, de pretender indenização (não royalties) pelo uso de sementes de soja por ela desenvolvidas. Vedação, ademais, ao enriquecimento sem causa.

Não incidência do art. 10º da Lei nº 9.456/97 (Lei das Cultivares), de cuja aplicação só se poderia cogitar tivesse o agricultor obtido as sementes licitamente e pago royalties à agravada naquela ocasião.

Agravo interno interposto contra decisão que não recebeu o regimental manejado frente à concessão do efeito suspensivo ativo prejudicado, em vista do improvimento do agravo de instrumento.

Preliminares de incompetência da Justiça Estadual e de não conhecimento do Agravo Rejeitadas. Preliminar de Ilegitimidade Ativa da Agravante não conhecida. Unânime. Agravo de Instrumento improvido, por maioria, vencido em parte o Des. Villarinho, que dava parcial provimento. Agravo Interno prejudicado. Unânime.⁸⁵

⁸⁵ Agravo de Instrumento. Agravo Interno nº 70010740264 e 7001082772. Relator: Des. Pedro Luiz Pozza. Décima Oitava Câmara Cível. Julgado em 17.02.2005.

Da acima citada decisão, interessante observar trecho do voto do Desembargador Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, extraída do Acórdão na íntegra. Assim se expressa o julgador:

“[...] No que tange à alegação de que a demandada não tem direito a royalties ou indenização pelo uso de sua tecnologia, seu direito igualmente apresenta-se controvertido.

Não havendo dúvida quanto ao desenvolvimento da espécie transgênica pela empresa Monsanto, fato reconhecido pela autora, injusto seria vedar-lhe o alcance a valores que visam remunerá-la por isso.

Veja-se que a agravada é titular de patentes no Brasil e no exterior sobre o método de transgenia em questão.

Como bem dito pelo eminente Relator, o art. 7º da Lei 11.092/05 permitiu a cobrança de royalties condicionada à comprovação da venda por meio de notas fiscais, a despeito de proibida a comercialização de sementes transgênicas no país, o que é suficiente para demonstrar que o legislador reconhece o direito da agravada à remuneração pelo uso da tecnologia por ela desenvolvida.

Assim, embora na verdade não se trate propriamente de royalties, mas de cobrança pelo uso de tecnologia da requerida mediante ajuste instaurado entre ela e as empresas que adquirem soja no mercado internacional, nada há de ilegal na exigência imposta aos adquirentes do produto gerado por meio do trabalho intelectual da demandada.[...]”⁸⁶

Desse modo, desde já se visualiza que as decisões judiciais inclinarão para o reconhecimento dos direitos advindos das patentes em biotecnologia, o que acima de tudo é justo, todavia o Poder Judiciário deve, quando necessário, estabelecer os limites dos direitos sobre as patentes em biotecnologia, intervindo para efetivar a função social da propriedade intelectual.

⁸⁶ Agravo de Instrumento. Agravo Interno nº 70010740264 e 001082772. Relator: Des. Pedro Luiz Pozza. Décima Oitava Câmara Cível. Julgado em 17.02.2005.

A partir da decisão acima referida, dá-se início, a partir de agora, à construção jurisprudencial acerca dos caminhos do patenteamento genético. Outras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem construindo a jurisprudência acerca do cultivo de alimentos transgênicos, sem contudo definir o entendimento sobre o assunto, senão veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SUSPENSÃO DE PAGAMENTO DE *ROYALTIES* PELO USO DE SEMENTES GENETICAMENTE MODIFICADAS. REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC. AUSÊNCIA DE *PERICULUM IN MORA*.

Sendo, as propriedades industrial e intelectual protegidas pela legislação nacional (Lei nº 9.279/96), e tendo, as agravantes, comprovado a titularidade, através de registro, das sementes geneticamente modificadas, plantadas pelo agravado, não se mostra cabível a suspensão liminar, do pagamento devido àquelas, como indenização pelo uso indevido.

Não estando presentes os requisitos do artigo 273 do CPC, a ensejar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, não é possível a concessão de tutela antecipada, já que possível, no caso de procedência da ação, a devolução do que foi indevidamente pago pela agravada às agravantes. Agravo de Instrumento provido.

DIREITO AUTORAL. BUSCA E APREENSÃO. SOJA TRANSGÊNICA. CONTRADITÓRIO RECURSAL. AUSÊNCIA DAS FUNDADAS RAZÕES.

1. Somente em situações excepcionais é que se admite o contraditório recursal na apelação do indeferimento de medida criminal preparatória de futura demanda criminal, em face da possibilidade que há da destruição dos vestígios do crime. Preliminar do Ministério Público rejeitada.

2. Ademais de ser questionável a legitimidade em mover o aparato criminal, em face das exigências em termos de biossegurança, não há plausibilidade da medida de busca e apreensão (artigo 240 do CPP) de amostras de soja transgênica quando houve autorização governamental para comercialização das safras, regulamentação das vendas e preservação de direitos autorais; quando os requerentes já demandam no cível, opondo-se à cobrança de *royalties* ou quaisquer outros valores, pelas requerentes da medida criminal; quando houve plantação maciça de soja transgênica no Estado; quando há informação de que 90% dos produtores apoiaram a proprietária das sementes ROUNDUP READY.

3. Podendo, na esfera cível ser resolvida a questão, com o restabelecimento da paz jurídica, não intervém o Direito Penal, em

face de seu caráter subsidiário e fragmentário. PRELIMINAR REJEITADA. UNÂNIME. APELO DESPROVIDO. POR MAIORIA⁸⁷

Sobre tal matéria, a própria Lei nº 11.105/05, expressamente, estabeleceu restrições quanto às patentes em biotecnologia, senão veja-se:

Art. 6º. Fica proibido:

[...]

VII – a utilização, a comercialização, o registro, o patenteamento e o licenciamento de tecnologias genéticas de restrição do uso.

Parágrafo único: Para os efeitos desta Lei, entende-se por tecnologias genéticas de restrição do uso qualquer processo de intervenção humana para geração ou multiplicação de plantas geneticamente modificadas para produzir estruturas reprodutivas estéreis, bem como qualquer forma de manipulação genética que vise à ativação ou desativação de genes relacionados à fertilidade das plantas por indutores químicos externos.

E se por um lado agricultores e indústrias produtoras de sementes geneticamente modificadas declaram guerra para decidir acerca dos limites da titularidade das patentes em biotecnologia, por outro, com a aprovação da Lei de Biossegurança, os alimentos transgênicos, aos poucos, conquistam espaço e, numa discussão polêmica entre vozes que defendem o progresso da ciência e ambientalistas ativistas que alertavam para possíveis riscos, inclusive para gerações futuras, os alimentos transgênicos passam definitivamente a fazer parte da vida dos brasileiros.

A Lei 11.105/05, nos artigos 35 e 36, na parte reservada para as disposições finais e transitórias, prescreve que:

⁸⁷ Agravo de Instrumento n 70011578556. 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravante: Monsanto do Brasil Ltda e outros. Agravado: Gilberto Cassol. Rel. Desa. Lúcia de Castro Boller. Julgado em 28 de junho de 2005.

Art. 35. Ficam autorizadas a produção e a comercialização de sementes de cultivares de soja geneticamente modificadas a glifosato registradas no Registro Nacional de Cultivares – RNC do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Art. 36. Fica autorizado o plantio de grãos de soja geneticamente modificada tolerante a glifosato, reservados pelos produtores rurais para uso próprio, na safra 2004/2005, sendo vedada a comercialização da produção como semente.

Sobre tais artigos, inseridos na Lei de Biossegurança, a doutrina assim se expressa:

É interessante que o legislador tenha se valido da Lei de Biossegurança para estabelecer uma norma de duração temporária, dispondo sobre a autorização para plantio de soja geneticamente modificada, na safra 2004/2005. Grave, no entanto, é o disposto no parágrafo único. O plantio de soja transgênica estava sendo realizado no Brasil através de medidas provisórias. Com a nova Lei, o Poder Executivo pode prorrogar a autorização sem a necessidade de medida provisória. Vejam que o Congresso Nacional, que antes pelo menos tinha a função de converter a medida provisória em lei, foi dispensado de participar da autorização⁸⁸.

O fato é que a entrada no solo nacional de alimentos geneticamente modificados era inevitável, independente da aprovação da Lei de Biossegurança. Isso se deve, até mesmo, em razão da forte pressão exercida pela comunidade internacional sobre o Brasil.

Outra questão que tem articulado a comunidade é a necessidade de estudo do impacto ambiental sobre os alimentos transgênicos. José Geraldo Brito Filomeno alerta que é *"indispensável o estudo de impacto ambiental, no que concerne aos valores a serem preservados do ecossistema, bem como estudos mais acurados no que tange à saúde humana"*⁸⁹.

⁸⁸ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SÁ, Maria de Fátima Freire de. Biotecnologia e aspectos relevantes da nova Lei de Biossegurança. In, **Revista da Faculdade Mineira de Direito** – v. 1 (jan. – jun. 1998). Belo Horizonte: PUCMinas, 2005, p. 15.

⁸⁹ FILOMENO, José Geraldo. **Op. Cit.** p. 186.

3.9.2 O 3º Encontro de Parte do Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança e a Oitava Convenção de Partes sobre Diversidade Biológica

No mês de março de 2006, foi realizado na cidade de Curitiba um dos mais importantes eventos mundiais de discussão sobre a diversidade biológica, que é o MOP3 (3º Encontro de Parte do Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança) e a COP8 (Oitava Convenção de Partes sobre Diversidade Biológica). O objetivo principal destas reuniões de abrangência internacional é fomentar o discurso sobre a criação de mecanismos para proteção da biodiversidade em face do avanço da biotecnologia. A importância destes eventos, no Brasil, somente pode ser comparada apenas com a realização da ECO 92, no Rio de Janeiro.

Os eventos reuniram autoridades do assunto de diversos países e um dos momentos mais esperados do debate versava sobre os alimentos transgênicos. O assunto incluído na pauta da MOP3 tinha um objetivo bem definido na rodada de discussões, senão veja-se:

As Partes devem estabelecer ou manter meios para manejar os riscos associados ao uso e soltura de organismos vivos modificados (OVMs) resultantes da biotecnologia. As Partes portanto são obrigadas a implementar ações em nível nacional para assegurar que OVMs não causem efeitos adversos sobre a biodiversidade.⁹⁰

Ocorre que um dos pontos principais da MOP3, como assinalado, que iria discutir a rotulagem das cargas transgênicas, ficou adiado para após quatro ou seis anos. Desse modo, somente em 2010 ou 2012 o assunto voltará a ser analisado.

A respeito de tal adiamento de definições sobre o assunto, entendemos que os megagrupos de investimentos biotecnológicos, e que produzem as sementes transgênicas obtiveram vitória, pois após transcorrido

⁹⁰ A convenção sobre Diversidade Biológica: Entendendo e Influenciando o Processo. Um guia para entender e participar efetivamente da Oitava Reunião da Conferência das Partes da Convenção sobre diversidade biológica. United Nations University. UNU-IAS-Institute of Advanced Studies. p. 15.

o período de quatro a seis anos todo o meio ambiente provavelmente estará contaminado com os organismos geneticamente modificados. Uma vez mais, o interesse econômico prevaleceu sobre os interesses sociais⁹¹.

As sementes de alimentos transgênicos caracterizam-se pela forte resistência a herbicidas. Todavia, as áreas cultivadas com tais sementes acabam por contaminar o solo dos produtores que optam por não cultivar sementes transgênicas. Em breve estes agricultores começarão a sentir a pressão que os prejuízos causados pelas lavouras transgênicas acarretarão em suas propriedades e, com isso, não terão outra opção a não ser também cultivarem alimentos transgênicos. Será, definitivamente, a era

⁹¹ **Interesses comerciais vencem na MOP3.** Após uma semana marcada pelo impasse da rotulagem de cargas transgênicas, a Reunião das Partes do Protocolo de Cartagena (MOP3) alcançou o consenso pela proposta do contêm transgênicos. O acordo foi atingido com a inclusão de um adendo proposto pelo México, que junto com Nova Zelândia e outros países estava bloqueando o avanço das negociações. O resultado pode ser considerado uma vitória das transnacionais de biotecnologia, pois o prazo para regulamentação foi estendido de quatro para seis anos, e foi eliminada a identificação obrigatória de exportações e importações de produtos geneticamente modificados no comércio entre países membros (que adotaram o Protocolo) e aqueles não-membros (que não adotaram o Protocolo). Desse modo o documento final permite importações de transgênicos originados de países não signatários do protocolo, como os EUA. Os EUA, apesar de não ter ratificado o protocolo, mandou uma forte delegação pra fazer o lobby de seus interesses. Até 2012 a identificação de cargas transgênicas ou convencionais vai depender da capacidade técnica de cada país. Ao todo, serão seis anos para que a população global saiba com precisão o que circula pelas fronteiras nacionais. Segundo o protocolo as nações que ainda não estão capacitadas receberão ajuda para implementar as regras de rotulagem até o prazo estipulado. Para o Greenpeace, "a responsabilidade pelo pequeno avanço da MOP3 recai principalmente sobre as multinacionais de biotecnologia, o agronegócio e os países exportadores de transgênicos, como o Canadá, EUA e Argentina, que mais uma vez conseguiram seqüestrar uma conferência ambiental da ONU e transformá-la no palco de negociações de interesses puramente comerciais". O fracasso da MOP3 serviu como prévia do que vai ser a 8ª Reunião das Partes da Convenção de Diversidade Biológica (CDB COP8), que se reunirá também em Curitiba, de 20 a 31 de março. A CDB tem o mandato de ser um esforço de coordenação internacional para conservar e manejar a biodiversidade do planeta. Os pontos mais polêmicos da CDB COP8 serão: repartição de benefícios derivados do uso de recursos genéticos; continuidade ou não da moratória as sementes terminator; a conservação e uso da biodiversidade e a implementação dos Programas de Trabalho de Áreas Protegidas, Florestas e Biodiversidade Marinha e Costeira dentro dos prazos já previstos (2010 para florestas e 2012 para áreas marinhas e costeiras). Enquanto as transnacionais de biotecnologia conseguem impor seus interesses, os cerca de mil agricultores/as da Via Campesina continuam a ocupar o campo experimental de transgênicos da Syngenta Seeds, em Santa Teresa do Oeste, PR. O campo é ilegal, pois encontra-se na zona de amortecimento do Parque do Iguaçu onde é proibido o plantio de transgênicos. Porém, o Juiz da 1ª Vara Cível de Cascavel, Fabrício Priotto Mussi, concedeu no dia 16 uma liminar de reintegração de posse favorável a Syngenta Seeds, determinando a retirada do movimento em cinco dias. O juiz estabeleceu uma multa diária de R\$100,00 a cada membro da ocupação caso a ordem judicial não seja cumprida no prazo estabelecido. Mesmo assim os agricultores decidiram permanecer até o governo federal encerrar as atividades da empresa. In, prod.midiaindependente.org/pt/blue. Acesso em 12.10.2006.

em que só serão cultivadas sementes transgênicas. Sem qualquer possibilidade de retrocesso ou de retorno, estamos sob o completo domínio das multinacionais que exigem a cobrança de *royalties*. Para tais empresas, não existem preocupações como o futuro do meio ambiente. A biodiversidade presta-se tão somente como matéria-prima para a produção de novos produtos biotecnológicos. Nesse sentido, Vandana Shiva demonstra as conseqüências do domínio mundial das patentes em biotecnologia:

[...] o cultivo de plantas tolerantes a herbicidas é uma das maiores áreas de investimento na biotecnologia agrícola. O objetivo é concentrar o controle do mercado agrícola nas mãos de umas poucas empresas. Ao mesmo tempo, entretanto, isso introduz novas pressões em direção à uniformidade, na medida em que as lavouras não resistentes aos herbicidas são incapazes de crescer em solos contaminados pelo uso excessivo desses produtos químicos. Além do mais, nas regiões onde há biodiversidade, a introdução de culturas geneticamente modificadas com tolerância a herbicidas pode acabar gerando superervas daninhas, à medida que os genes responsáveis por essa tolerância são transferidos para plantas daninhas parentes das variedades agrícolas.⁹²

3.9.3 O Projeto de Lei para criação do Estatuto do Produtor Rural

O recente Projeto de Lei, datado de dezembro de 2006, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares, que dispõe sobre o Estatuto do Produtor Rural⁹³, pouco contribui sobre os direitos do produtor rural no que diz respeito ao cultivo das sementes transgênicas, o que muito se lamenta.

⁹² SHIVA, Vandana. **Biopirataria: pilhagem da natureza e do conhecimento**. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 147.

⁹³ O projeto de lei que dispõe sobre o Estatuto do Produtor Rural contém 35 artigos (PSL 325/06) e foi apresentado ao Senado Federal no mês de dezembro de 2006. O Senador destaca sete dos principais pontos do Estatuto do Produtor Rural, a seguir descritos:

1. "Crédito rural: estabelece prazo máximo de 30 dias para apreciação, pelas instituições dos pedidos de financiamento feitos por produtores rurais. Além disso, proíbe que a concessão de crédito rural seja condicionada à contratação, por parte dos produtores rurais, de produtos ou serviços bancários estranhos à atividade agropecuária financiada.

Ao nosso ver, a maior contribuição do projeto, se aprovado, será a equiparação do produtor rural a consumidor, nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, isso em muito se distancia das atuais necessidades do agricultor frente às novas técnicas adotadas pela biotecnologia na agricultura. Tal constatação tão somente confirma que os legisladores brasileiros ainda não estão devidamente preparados para enfrentar as questões advindas das conseqüências da revolução biológica.

Se os ideais deste Projeto estiverem em sintonia com as necessidades atuais do agricultor rural, seria nele incluído mecanismos de proteção do agricultor contra abusos cometidos por empresas que detém a titularidade das patentes da tecnologia das sementes transgênicas, bem com a responsabilidade destas pelos eventuais danos causados ao meio ambientes decorrentes da sua utilização. Todavia, nenhuma alusão a tais questões se encontra no Projeto do Estatuto do Produtor Rural.

-
2. Assistência técnica e extensão rural: determina que a assistência técnica e extensão rural públicas são direitos de todo produtor rural.
 3. Seguro rural: estabelece que o seguro rural, com custo compatível com a rentabilidade da atividade agropecuária, é direito do produtor rural, desde que sejam respeitadas as regras de local e data de plantio constantes do zoneamento agrícola anual. Dispõe, ainda, sobre a subvenção do prêmio do seguro rural.
 4. Acesso aos mercados: estabelece o preço mínimo suficiente para cobrir os custos de produção como direito do produtor rural. Define como infração à ordem econômica o exercício abusivo de poder de mercado por parte de fornecedores e de compradores contra o produtor rural. Equipara o produtor rural ao consumidor, para fins de aplicação do "Código de Defesa do Consumidor".
 5. Acesso à terra: reafirma o princípio constitucional da Função Social da Terra. Dispõe sobre a reforma agrária e o crédito fundiário e sobre a garantia da assistência técnica e do apoio necessário para que os assentamentos possam se integrar aos mercados de forma competitiva.
 6. Infra-estrutura rural: trata dos projetos de irrigação e drenagem, e de eletrificação rural, com ênfase na preservação do meio ambiente, na viabilização do aumento da produtividade agropecuária e na redução dos custos de produção.
 7. Assistência social e à saúde do produtor rural: dispõe sobre o acesso das comunidades rurais às ações de cidadania, como obtenção de carteira de identidade, CPF e título de eleitor. Determina que cada comunidade rural deve ter, obrigatoriamente, pelo menos uma unidade de saúde, com presença de agente de saúde e de enfermeiro em tempo integral, e de médico em tempo parcial ou integral." In, <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 31.12.06.

4 A PROPRIEDADE INTELECTUAL E O CONHECIMENTO CIENTÍFICO

Evoluir é variar. Na evolução humana o pensamento varia incessantemente. Toda variação é adquirida por temperamentos predispostos: as variações úteis tendem a ser conservar.
José Ingenieros⁹⁴

4.1 A inventividade humana

O conhecimento sempre foi o veículo que conduziu a humanidade pela história, quer seja como diferencial entre dominantes e dominados, seja como recurso que determinou a evolução da espécie humana. Na análise de Suzete Venturelli:

A vida, por sua vez, busca explorar todas as formas possíveis, elaborando um universo imenso na cultura, no qual ela própria é o motor principal da sua evolução. Para Lévy (2001, p. 108), a cultura humana manifesta uma unidade com a cultura cumulativa: as invenções, as palavras, as obras dos mortos não desaparecem com eles. Essa unidade que se estende à nossa espécie constitui um agrupamento na produção de novas formas, idéias, imagens, relatos, técnicas, modos de vida, etc. Os seres humanos se mantêm no limite do espaço explorado e em contato com formas novas que surge no espaço virtual⁹⁵.

A constante necessidade de superação produz idéias. As conquistas que a cronologia nos dá conta são frutos, inicialmente, das investigações do intelecto humano. Todo produto ou serviço passa necessariamente pela construção do pensamento para depois realizar-se no plano da sua corporalidade.

⁹⁴ INGENIEROS, José. **O homem medíocre**. Tradução de Alvanísio Damasceno. Curitiba: Livraria do Chain, s.d, p. 9.

⁹⁵ VENTURELLI, Suzete. Homem artista, deus criador ou feiticeiro ciborgue. In. DOMINGUES, Diana (Org.). **Arte e vida no século XXI**. Tecnologia, ciência e criatividade. São Paulo: UNESP, 2003, p. 342.

A produção intelectual científica foi objeto de análise por Michel Foucault, na obra "*O que é um autor?*", para quem:

No século XVII ou no XVIII produziu-se um quiasma; começou-se a receber os discursos científicos por si mesmos, no anonimato de uma verdade estabelecida ou constantemente demonstrável; é a sua pertença a um conjunto sistemático que lhes confere garantias e não a referência ao indivíduo que os produziu. Apaga-se a função do autor, o nome do inventor serve para pouco mais do que para baptizar um teorema, uma proposição, um efeito notável, uma propriedade, um corpo, um conjunto de elementos, uma síndrome patológico. [...] se na matemática a referência ao autor pouco mais é do que uma maneira de nomear os teoremas ou conjuntos de proposições, em biologia e em medicina a indicação do autor e da data do trabalho têm um papel bastante diferente: não se trata simplesmente de indicar a fonte, mas de dar algum indício de 'fiabilidade' relativamente às técnicas e aos objetos de experimentação utilizados num dado momento e num determinado laboratório.⁹⁶

Para tal filósofo, a identificação da autoria em ciência estava ligada, então, à confiabilidade e a legitimidade do invento, considerando-se o contexto de tempo e espaço.

As questões relacionadas à autoria no discurso científico, no dizer de Andréa Maria Carneiro Lobo, servindo-se dos ensinamentos de Foucault, surgiram em razão de que:

A função-autor relacionou-se, basicamente, à necessidade de dar legitimidade aos discursos, reunindo-os sob determinadas regularidades e singularidades. Inicialmente esteve associada à necessidade de dar legitimação aos discursos científicos, ordenando-os segundo princípios de verdade associados ao método, à experimentação e à teorização sobre os resultados obtidos.⁹⁷

⁹⁶ FOUCAULT, Michel. **O que é um autor?** Trad. Antonio Fernando Cascais e Eduardo Cordeiro. 5. ed. [S.L.]: Vega, 2002, p. 49/50.

⁹⁷ CARNEIRO LOBO, Andréa Maria. **Desvanecimento poético: outra experiência possível nos textos de Paulo Leminski e Ana Cristina César.** Dissertação de Mestrado. Curso de Pós-Graduação em História, Linha Espaço e Sociabilidades. Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes, da Universidade Federal do Paraná. 2005. p. 79.

Continua a historiadora expondo que:

Ao mesmo tempo em que o discurso científico almejava o status de verdade, opondo-se ao discurso religioso por meio de um pretexto domínio do empírico sobre o teórico, e do objeto sobre o subjetivo, demandava uma certa superioridade da experiência sobre o discurso do cientista, o qual, em tese, consistiria no relato isento de qualquer subjetividade das 'verdades' reveladas pela empiria. A função-autor na ciência, tão necessária nos primórdios da investigação científica – séculos XVI, XVII e XVIII – acaba sendo relegada a um segundo plano, especialmente a partir de Newton, quase que desaparecendo por completo na medida em que a crença na ausência de um sujeito controlando os processos do objeto projetou a verdade científica na experiência.⁹⁸

Na Idade Média, por exemplo, a pessoa do inventor científico era identificada até mesmo para o fim de receber punições, se necessárias. Entre o sagrado e o profano situava-se a necessidade de se individualizar o inventor para responder pelas conseqüências de suas idéias, bem como para o poder da época manter o controle sobre a sociedade.

Naturalmente, no decorrer da história a posição destinada ao autor/inventor alterou-se. Podemos evidenciar isso nas palavras de Roland Barthes, segundo as quais "*o autor é uma personagem moderna, produzida sem dúvida por nossa sociedade na medida em que, ao sair da Idade Média, com o empirismo inglês, o racionalismo francês e a fé pessoal da reforma, ela descobriu o prestígio do indivíduo, ou, como se diz mais nobremente, da 'pessoa humana'*".⁹⁹

Os direitos concernentes ao invento, ou seja, à sua intelectualidade, são uma forma sagrada de propriedade, diferindo, pela própria natureza, da propriedade material.

⁹⁸ CARNEIRO LOBO, Andréa Maria. *Op. cit.* p. 79/80.

⁹⁹ BARTHES, Roland. **O Rumor da língua**. Trad. Mário Laranjeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fonte, 2004, p. 58.

Embora a inventividade tenha os seus direitos reconhecidos, foi a propriedade material o sinônimo de segurança durante muitos séculos. Este espaço físico mantinha relação tão direta com o indivíduo que se constituía em uma forma de ponto de seguridade e utilitarismo, onde a vida humana se desenrolava. Da terra, na sua acepção mais usual, se retira o alimento e, assim, a continuidade da espécie humana está preservada. Aliás, a palavra humanidade advém do latim *humus*, que nada mais é do que terra.

As batalhas medievais centravam-se no poder sobre terras. A própria condição de cidadania era condicionada à propriedade. Muralhas eram erguidas para a sua proteção.

Os valores se alteraram e os limites da propriedade, na atualidade, não mais são delimitados por muralhas. Com o fenômeno da globalização, não existem limites físicos. As fronteiras espaciais desenhadas nos mapas não constituem barreiras para a livre circulação de bens e informações. Em tempo real, o conhecimento transita livremente por todos os territórios, sem quaisquer barreiras. É o contexto do século XXI, a que se refere Maristela Basso:

Tais constatações podem trazer alguma perplexidade, porque fomos habituados a pensar que o direito protetor de um interesse puramente individual, situado no quadro familiar ou patrimonial, encontra seu campo de proteção e evolução dentro das fronteiras de um país. Entretanto, a vocação dos direitos do autor e do inventor é internacional. As atividades do autor e do inventor incidem sobre o campo social, enriquecem o patrimônio científico, fecundando-o a cada dia. Das invenções depende a expansão industrial e tecnológica. Das idéias, o desenvolvimento da humanidade. Logo, o interesse do Estado é encorajar os autores e inventores. Mas não basta que o Estado o faça, ou que o Estado faça e outro não, ou o façam diversamente, porque as idéias, criações e invenções não resistem às fronteiras e se expandem naturalmente.¹⁰⁰

De maneira mais profunda que em épocas anteriores, os avanços técnico-científicos repercutem na vida social. Cada invento científico,

¹⁰⁰ BASSO, Maristela. *Op. cit.* p. 53.

antes de entrar na linha de produção, e depois no mercado, passa por um processo de reconhecimento de patente, ou seja, recebe a proteção jurídica temporária contra o uso indevido por terceiros. Após receber a proteção legal, a propriedade inventiva está apta para transformar-se em produtos e serviços. Invenções, patentes, marcas, modelos de utilidade, indicações geográficas, desenhos industriais, dentre outros, são merecedores de proteção pela sua condição de propriedade industrial.

Se informação e conhecimento geram produtos e serviços na sociedade capitalista, o que desperta interesse é a qualidade e a quantidade das informações que circulam.

Do direito, então, espera-se a atenção e o cuidado necessário para tutelar tal propriedade. Deve, ainda, a propriedade intelectual atender à sua função social, contrapondo-se ao modelo do capitalismo tão bem implantado na atualidade e que resiste em não ceder espaço para a promessa humanitária de inclusão social.

Pensar em propriedade intelectual no século XXI é direcionar-se para a engenharia genética, a nanotecnologia, o conhecimento tradicional dos povos indígenas, a indústria farmacológica e a biopirataria. É nestes espaços que transitam os interesses industriais do mercado mundial. A disputa pela propriedade intelectual é o palco onde se encontram os interesses dos megagrupos de investimentos.

De modo geral, surgem no plano jurídico normas específicas e pontuadas para a proteção da propriedade intelectual, tais como a Lei nº 9.297/1996 (Lei da Propriedade Intelectual) e as convenções internacionais: Convenção de Paris, Convenção de Berna e a Convenção de Munique. Há, portanto, consenso que a propriedade intelectual merece a atenção e a cooperação internacionais.

Tais instrumentos legais, todavia, circulam sobre o eixo das estratégias do mercado internacional, principalmente no enfoque central de

investimentos em áreas promissoras para o desenvolvimento de capital, como os avanços da biotecnologia.

Em paralelo a tais legislações, há a crescente necessidade de invocar os preceitos constitucionais do direito fundamental da propriedade e, da mesma maneira, o direito fundamental da função social da propriedade, institutos estes que devem coexistir em harmonia no sistema jurídico vigente.

É necessário propor a análise entre o artigo 170 da Constituição Federal, que institui o direito à propriedade, como um princípio geral da atividade econômica, e o inciso XXIV do artigo 5º da Constituição Federal que prescreve a garantia fundamental da função social da propriedade.

O tema encerra várias faces, ao passo que o instituto da propriedade, seja material ou intelectual, deve ser enfrentado não apenas no aspecto jurídico, mas também na questão social, econômica, política e cultural.

Situar a propriedade na contemporaneidade requer a definição do sujeito de direito e sua relação com a propriedade. Abandonando o escopo do Direito Civil modelado pelas inspirações francesas do Século XIX, é consenso que o ser humano encontra-se no centro das atenções do direito. É ele, o sujeito de direito e a sua dignidade, o destino de qualquer direito. Nesse sentido Maria Auxiliadora Minahim, citando Canotilho, assim se pronuncia:

Canotilho alerta para o fato de que “as instituições e os indivíduos presentes numa ordem constitucional estão hoje mergulhados numa sociedade técnica, informativa e de risco, que obriga o jurista constitucional a preocupar-se com o espaço entre a técnica e o direito de forma a evitar que esse espaço se transforme numa terra de ninguém jurídica. Não se admitem, por isso, – acrescenta – as

angústias constitucionais perante os fenômenos da biotecnologia (inseminações, clonagens), das auto-estadas da informação etc".¹⁰¹

A virada do milênio trouxe consigo a esperança da inclusão social. Se o recém-concluído século XX foi escrito por estatísticas de atrocidades, aviltamento à vida e desrespeito à dignidade humana, a entrada do terceiro milênio procura recuperar o valor-fonte do ser humano.

No entanto, para pensar o direito é preciso olhar o que se passa no mundo. Não há como separar o direito do fenômeno da globalização. Este é o primeiro ponto. O direito deve ser modelado para enfrentar tal realidade. Por segundo, o direito coevo busca efetividade e respeito aos direitos fundamentais.

A globalização alimenta-se da propriedade, da riqueza, da circulação de patrimônio e, por onde passa, produz a exclusão social. Já o direito procura caminhar na contramão desse sistema, buscando retirar os excluídos de tal situação.

Corrigir a desigualdade é repensar as questões patrimoniais e saber, dentre as várias modalidades de propriedade, qual delas pode contribuir para as políticas de inclusão social.

Na sociedade globalizada não restam dúvidas de que a propriedade intelectual, originada do intelecto humano, desponta seu valor econômico no trânsito das negociações internacionais. Na sua forma de propriedade industrial, aposta nas invenções advindas da biotecnologia. A circulação de riquezas será sediada na produção biotecnológica.

Pesquisas com células-tronco, alimentos transgênicos, clonagem, nascimento e morte assistida, indústria de fármacos, dentre outras novidades surgem como vedetes deste século. Em todas elas, os conflitos centram-se no domínio da técnica e no direito de sua utilização. São os direitos da propriedade intelectual.

¹⁰¹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. São Paulo: RT, 2005, p. 43.

E é esta propriedade que deve ser pensada como instrumento de inclusão social. O avanço técnico-científico deve atender às necessidades humanas, e não somente aos interesses meramente mercadológicos.

Nessa vertente, há que se dedicar ao encontro entre a Lei 11.105/2005, conhecida como Lei de Biossegurança e a Lei de Propriedade Industrial, Lei 9.297/1996, sendo que a primeira trata da ciência e da inventividade desta, e a segunda, por sua vez, do controle desta inventividade.

4.2 Biotecnologia, inventividade e poder: análise do pensamento de Michel Foucault

E quanto à inventividade e ao controle, José-Carlos Mariátegui conclui que *"o sucesso da ciência hoje não se baseia somente nesses resultados tecnológicos, mas também em uma combinação cuidadosa e equilibrada de inventividade e controle"*¹⁰². É esse controle que poderá equilibrar os interesses dos cientistas, dos investidores e da sociedade, pelo viés da função social da propriedade.

A titularidade das patentes em biotecnologia traz consigo a idéia do controle. E controle, relaciona-se com o poder, nos remetendo ao pensamento de Michel Foucault.

Foucault foi um filósofo do século passado (1926-86), influenciado pelo período da Segunda Guerra Mundial, foi durante um período adepto ao marxismo e na década de 50 aproximou-se da filosofia de Nietzsche.

Observamos, por meio do pensamento de Michel Foucault, que o que interessa ao Estado é o máximo de produção. E produção para um

¹⁰² MARIÁTEGUI, José-Carlos. *Op. cit.* p. 162.

Estado não mais está relacionado com sua dimensão territorial, mas sim, com a quantidade de população e com a saúde. Quanto mais populoso for um Estado e quanto mais saúde os cidadãos tiverem, maior será a produção.

Com base nisso, quanto mais o Estado produzir, maior poder terá. Associando a idéia de Foucault para a biotecnologia, chegamos a conclusão que os interesses pregados pelo estado atual da ciência revisitam justamente estes conceitos. A biotecnologia está centrada, hoje, em grandes eixos de pesquisas, que é a alimentação e a saúde humana.

Pretende a biotecnologia aumentar a produção de um país (ao maximizar a produção agrícola, por meio dos alimentos transgênicos) e, ainda, possibilitar a cura de inúmeras doenças, gerando assim um novo conceito de saúde, muito mais eficiente do que as terapêuticas utilizadas no século passado.

Saúde e produção, então, são os marcos que a biotecnologia pretende fixar neste século, sempre revestida da idéia de que isso significará poder.

A ciência não segue, então, a linha do progresso que imaginamos, até mesmo por estarmos influenciados por uma idéia romântica do que a ciência significa. Para Foucault o progresso não é contínuo, razão pelo qual ele opta por utilizar o termo "arqueologia", rejeitando a palavra "história", por ser aquele primeiro termo mais adequado para representar a realidade.

O conhecimento como já assinalado, significa poder. Na era da informação, ou até mesmo da era genética, o poder reveste-se de maior poder ainda, pois todas as relações transitam pela inventividade, pelo saber, pelo controle da informação. Assim, quem detém a informação passa a ocupar a posição de classe dominante da sociedade.

As classes dominantes, ao longo da história, sempre foram o modelo a ser seguido por todo o restante da sociedade. É esta classe que

ditou as regras de comportamento e de conduta. De diferentes maneiras, isso sempre ocorreu nas sociedades humanas.

Para Foucault o poder manifesta-se por meio do que ele denomina de "poder disciplinar", ou seja, não é necessário existir um poder hierárquico e vertical. O que existem são regras de conduta a serem seguidas. Não é necessário um comando hierárquico para que a sociedade adote determinada postura. As próprias relações sociais acabam por fazer com que isso aconteça, ao buscar um padrão de normalidade a ser seguido.

Em outras palavras, isso significa que:

"Através das ciências sociais, o indivíduo moderno, ou o 'sujeito', é criado para ser definido mediante tal senso de normalidade. Quando se trata de criação de cidadãos disciplinados, as ciências sociais determinam a natureza do Estado moderno, que usa seu conhecimento de tais ciências, em vez da força ou do costume, a fim de controlar a sociedade.

O poder disciplinador espalha-se, pois, pelo conjunto da sociedade moderna. Mas Foucault analisa o poder de maneira sutil. Na sociedade, o poder tem condições de ser ao mesmo tempo criativo e opressivo, e as disciplinas tanto podem permitir como oprimir. Nas sociedades modernas, particularmente nas democracias, ninguém 'possui' o poder: ele é móvel e foi através de diferentes grupos e instituições. Além disso, é inerente ao sistema, em vez de aos indivíduos. No entanto, os indivíduos são moldados, manipulados, limitados e oprimidos por teias de relações que mal conseguem compreender".¹⁰³

O poder que a biotecnologia, e mais especificamente o poder conferido àqueles que detém a titularidade de patentes é também sutil. E como assinalado no texto acima transcrito, o poder pode ocasionar a opressão ou a permissão (ou inclusão), na dependência de como este poder será administrado.

Ao se constituírem monopólios de patentes, o poder gerado pela propriedade intelectual terá como consequência somente a opressão. No

¹⁰³ ADAMS, Ian; DYSON R. **Cinquenta pensadores políticos essenciais**: da Grécia antiga após dias atuais. Tradução de Mario Pontes. Rio de Janeiro: DIFEL, 2006, p. 184.

caso dos agricultores, não restará outra opção a não ser utilizar a tecnologia das sementes transgênicas, pagando o valor fixado pelas indústrias produtoras de tais sementes. Não se trata de um poder expresso, hierárquico. Mas sim, é um poder dissimulado, mas que retira dos dominados qualquer possibilidade de recusa ou defesa.

O poder conferido pela era da biotecnologia acaba por molar os dominados e, com isso, ampliando sua esfera de dominação. Na esteira do pensamento de Foucault:

“O sujeito moderno é uma criação das ciências humanas e dos sistemas disciplinares a elas associados, e, portanto, dos sistemas de socialização e expectativa social que nos modelam. Mas o quadro pintado por tais ciências e sistemas, a fim de fixar o que devem ser o humano e as formas apropriadas de comportamento, pode ser desafiado. Podemos intervir no processo e nós mesmos nos amoldarmos, embora não no sentido de descobrir nossa ‘verdadeira humanidade’. Não há verdadeira humanidade por descobrir. Podemos apenas existir em conformidade com algumas imagens já construídas, geradas pelo sistema, e em consequência submetemo-nos ao sistema disciplinar do poder. Na verdade, temos que compreender os processos envolvidos e sermos criativos na construção do nosso eu individual. Aí reside a possibilidade de sermos livres”¹⁰⁴.

Torna-se livre na fase atual de desenvolvimento da biotecnologia é tornar-se independente do monopólio das patentes. Num entendimento pessoal, tornar-se livre não significa distanciar-se do sistema, mas sim, entender seu modo de funcionamento para assim construir a resistência a ele.

Não é salutar, então, repelir o sistema e construirmos uma nova realidade como se este não existisse. Cabe a nós, construir novos pensamentos como base na realidade. Transportando esse entendimento

¹⁰⁴ ADAMS, Ian; DYSON R. *Op. cit.* p. 184.

para o assunto das patentes em biotecnologia, de nada adiante impedirmos a entrada em solo nacional de sementes transgênicas ou então promove a recusa das patentes.

A solução para a independência ao nosso ver é pensar na função social das patentes, de modo de atender prioritariamente os interesses sociais, mas que ao mesmo tempo respeitem os direitos individuais daqueles que controlam o poder sobre as patentes. Trata-se de encontrar o equilíbrio, ou seja, a harmonia entre interesses. No direito contemporânea, a lei não mais pode estar vinculada apenas ao texto, ela deve ser interpretada para atingir sua finalidade. Nesse sentido, com base no pensamento de Michel Foucault, a doutrina esclarece que:

"A norma não é mais reduzida a um texto legal, mas passa a ser concebida como uma peça essencial ao lado de outras, das instituições jurídicas. Nesta linha, as normas só podem ser aplicadas de modo legítimo e eficaz quando conectadas em substância, e hermenêuticamente, com a realidade social e econômica, integrando-se, desta maneira, com parte principal e necessária do sistema legal, a manutenção do jogo do *poder-saber* e *saber-poder*."

A visão do mundo atinente ao direito se perfaz, enfim, através da conciliação de interesses *inter-individuais* e *inter-grupais* oriundo de um universo **micro-jurídico**, setorizado, e também, de grandes interesses coletivos ditos "gerais" (na verdade de uma elite que consegue fazer prevalecer seus valores próprios aos demais, em certo tempo, lugar e espaço), com enormes repercussões no universo **macro-jurídico**.

Conclusivamente, o **positivismo jurídico crítico** é o único que desperta para a multiplicidade de eventos societários, bem como para com a dialética destes, postos dentro da sociedade disciplinar. Somente ele está capacitado para alimentar o *poder-saber* e o *saber-poder* (teoria *foucaultiano*), que na orbe jurídica vai contribuir para a pacificação de um sistema de "legalização e normatização" eficientemente plural, capacitado a atender a micro-coletividades indefinidas e sujeitos indeterminados isoladamente ou inseridos num

contexto conjuntural do *macro-jurídico* aplicado a generalidade social.”¹⁰⁵

Este é, então, o caminho para a independência da sociedade. Cabe ao direito a sua construção.

¹⁰⁵ SILVA, Patrícia Bressan da. Aproximação entre o positivismo jurídico crítico e teoria do direito de Foucault. Conciso didático. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3718>>. Acesso em 10.11.2006.

5. A PROPRIEDADE E O DESAFIO DA FUNÇÃO SOCIAL

Não existe filósofo sociólogo, que eu conheça, que tenha tentado marcar o momento preciso em que uma norma social se torna realmente norma jurídica. Compete aos juristas fazê-lo.
Léon Duguit¹⁰⁶

A propriedade sob a lente do interesse público e privado: a superação da dicotomia

A propriedade, inicialmente, foi analisada sob o enfoque exclusivamente individualista. Tratava-se de um direito absoluto, destinado apenas para cumprir os interesses pessoais do proprietário. Para afastar tal concepção de propriedade, e nela entender o conceito da função social, é necessário examinar a superação da dicotomia entre o interesse público e privado.

Nesse sentido, muitas vezes a complexidade da ordem social confunde-se com a própria complexidade do direito. A par disso, necessita o direito adaptar-se às mudanças sociais, para que assim dele se obtenha a proteção que se espera, enquanto instrumento de pacificação social.

Depois que o modelo de justiça pelas próprias mãos foi coibido, o direito passou a ser considerado como o último refúgio do homem para a realização da justiça. Quando os outros mecanismos sociais não dão conta de realizar a justiça, como exemplo por meio das políticas públicas de inclusão social, a única alternativa é o Judiciário.

¹⁰⁶ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1927 (I, p. 128). Apud, ASSIER-ANDRIEU. **O home nas sociedades humanas**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. XXXIX

Aos construtores do direito foi depositada a responsabilidade pela escolha de novos caminhos, para que esteja ele mais próximo de seus ideais e atuando de maneira efetiva para a satisfação dos interesses dos jurisdicionados.

E sobre a realização do direito, a doutrina tem se ocupado da aparente dicotomia entre o interesse público e privado. Talvez, por um desencontro de posições - considerando que tal distinção de conceitos surgiu apenas na modernidade -, o público e o privado muitas vezes acabam sendo equivocadamente situados em posições opostas e com objetivos antagônicos. Todavia, para se compreender o sistema dos interesses públicos e privados na ordem das discussões é preciso resgatar a idéia da formação do próprio Estado.

É da autoria de Thomas Hobbes uma das mais repetidas frases da filosofia: *Homo lupus hominis*. Isso significa que o estado natural do homem é o de beligerância, de conflito, em razão da necessidade natural de autopreservação e de conquistas, em especial no campo patrimonial. Sempre que houver disputa, haverá conflitos. O homem é alimentado por suas paixões. Para Hobbes,¹⁰⁷ os homens não vivem em espírito de cooperação natural.

E para exemplificar que o conflito sempre acompanhou a história da humanidade basta recordar a narração bíblica que descreve o

¹⁰⁷ Segundo Thomas HOBBS "De modo que na natureza do homem encontramos três causas principais de discórdia. Primeiro, a competição; segundo, a desconfiança; e terceiro, a glória. A primeira leva os homens atacar os outros tendo em vista o lucro; a segunda, a segurança; a terceira, a reputação. Os primeiros usam a violência para tornarem-se senhores das pessoas, mulheres, filhos e rebanhos dos outros homens; os segundos, para defendê-los; e os terceiros por ninharias, como uma palavra, um sorriso, uma diferença de opinião, e qualquer outro sinal de desprezo, que seja diretamente dirigido a suas pessoas, quer indiretamente a seus parentes, seus amigos, sua nação, sua profissão ou seu nome. Com isto torna-se manifesto que, durante o tempo que os homens vivem sem um poder comum capaz de manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra que é de todos os homens contra todos os homens. Pois a guerra não consiste apenas na batalha, ou no ato de lutar, mas naquele lapso de tempo durante o qual a vontade de travar batalha é suficientemente conhecida". HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1998, p. 75.

relacionamento entre Caim e seu irmão Abel, ou então os conflitos entre os deuses da Grécia antiga.

Na esfera jurídica, o conflito surge quando "*a intensidade do interesse de uma pessoa por determinado bem se opõe à intensidade do interesse de outra pessoa pelo mesmo bem, donde a atitude de uma tende à exclusão da outra quanto a este*".¹⁰⁸

Diante desse estado natural de conflito, a paz deve ser conquistada. É preciso então, de acordo com o discurso hobbesiano, criar um poder maior, que seja absoluto, coercitivo, punitivo e soberano. Sem coerção, o homem jamais atingiria a convivência pacífica entre seus semelhantes.

Todavia, tal poder deve ser estável, o que somente poderia ocorrer através de uma espécie de contrato social – estabelecido de maneira artificial, já que o homem não consegue a sua pacificação de maneira natural. Para tanto, haveria renúncia de uma parcela da individualidade, em benefício da segurança da coletividade.

No contrato social de Hobbes, todos os homens eram considerados iguais entre seus semelhantes, portanto, livres para contratar. Face a essa igualdade (formal), o respeito à propriedade privada seria preservado.

E esse poder político, como guardião do contrato social, surge com a idéia do Estado, situado hierarquicamente no ápice da escala de poderes. Por meio do contrato social, o Estado transforma o homem em cidadão e este renuncia a uma parcela de sua liberdade para que aquele, por meio de seu poder coercitivo, possibilite a segurança social.

Ocorre que, quando da construção do modelo de Estado formulado por Hobbes, o espaço em que este poderia intervir, como já

¹⁰⁸ AMARAL SANTOS, Moacir. Primeiras linhas de Direito Processual Civil, 9º ed. São Paulo: Saraiva, 1981, v. 1, p. 4.

exposto, era deveras limitado. As liberdades individuais deveriam ser preservadas, face ao princípio de que todos os cidadãos eram iguais entre si e, conseqüentemente, com a mesma capacidade para contratar e gerir seu patrimônio. No que se refere ao patrimônio, Hobbes defendia que,

A nutrição de um Estado consiste na abundância e na distribuição dos materiais necessários à vida; no seu acondicionamento e preparação e, uma vez acondicionados, em sua entrega para uso público, através de canais adequados.

Quanto à abundância de matéria, é uma coisa limitada por natureza àqueles bens que, por intermédio da terra e do mar (dos dois peitos da nossa mãe comum). Deus geralmente ou dá de graça, ou em troca do trabalho dos homens. [...].

A distribuição dos materiais dessa nutrição é a constituição do meu, do teu e do seu. Isto é, numa palavra, da propriedade. E em todas as espécies de Estado é da competência do poder soberano. Porque onde não há Estado, conforme já se mostrou, há uma guerra perpétua de cada homem contra seu vizinho, na qual, portanto, cada coisa é de quem a apanha e a conserva pela força, o que não é propriedade e nem comunidade, mas incerteza.¹⁰⁹

Nesse sentido, entre interesses públicos e privados, Carlos Eduardo Pianovski Ruzik estabelece que:

“[...] se o Estado intervir no espaço reservado ao indivíduo, estará contrariando a própria razão de sua existência. Seus limites são, pois, bem definidos e se colocam na exterioridade do espaço de liberdade individual. Situa-se, aí, o gérmen do pensamento fundante do Estado liberal, ao identificar duas esferas bem delineadas: a do indivíduo, como um amplo e intangível espaço de liberdade, e a do Estado, restrito à necessidade assecuratória daquelas mesmas liberdades. Daí a origem da racionalidade que informa a dicotomia entre público e privado, que se coloca na Modernidade.”¹¹⁰

¹⁰⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1998, p. 150.

¹¹⁰ PIANOVSKI RUZIK, Carlos Eduardo. In, FONSECA, Ricardo Marcelo (Coord.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 70.

A função do Estado era justamente legalizar o direito à propriedade privada contra eventuais ataques de terceiros. O estado natural do homem é o de conflito.

Não era, portanto, atribuição do Estado interferir nas relações que se estabeleciam entre os particulares. Como exemplo, tem-se os contratos, as relações de trabalho e, de modo geral, os modos de aquisição, produção e transferência de bens e serviços. O homem, naquela concepção de pensamento, era livre e estaria em igualdade de condições com seus semelhantes para contratar. Cabia ao Estado tão somente utilizar o poder coercitivo para garantir o cumprimento da vontade humana, que se exteriorizava por meio do contrato social.

Os valores concernentes à vida e à integridade física também eram tutelados pelo Estado, todavia por meio do Direito Penal, por serem direitos alheios à propriedade privada.

Esse foi o pensamento do conceito de Estado moderno. Thomas Hobbes, seu idealizador, morreu em 1679 e deixou como herança o conceito de Estado moldado para atender os padrões sociais daquela época. Passaram-se alguns séculos e a relação do Estado com a propriedade privada pouco alterou. Atente-se para o fato de que a noção de propriedade privada foi redesenhada sob o prisma do individualismo na sociedade européia do século XIX, sob o enfoque dos interesses da burguesia, após a Revolução Francesa.

Nesse cenário de predomínio das relações patrimoniais e individualistas nasceu o Código Civil brasileiro de 1916, alicerçado em quatro pilares de sustentação, quais sejam: a figura do proprietário, do contratante, do testador e do marido, eixos estes pelo qual a liberdade de contratação e o exercício pleno do direito de propriedade e circulação de riquezas pouco ou nenhum controle sofriam do poder público.

Segundo Gustavo Tepedino:

"[...] o Código Civil brasileiro, como os outros de sua época, era a Constituição do direito privado. De fato, cuidava-se da garantia legal mais elevada quanto à disciplina das relações patrimoniais, resguardando-as contra a ingerência do Poder Público ou de particulares que dificultassem a circulação de riquezas. O direito público, por sua vez, não interferia na esfera privada, assumindo o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas. O Código almejava a completude, que justamente o deveria distinguir, no sentido de ser destinado a regular, através de situações-tipo, todos os possíveis centros de interesse jurídico de que o sujeito privado viesse a ser titular."¹¹¹

Nesse raciocínio, é possível constatar algumas proximidades e semelhanças entre a idéia de Estado, formulada por Hobbes, e o modelo do Código Civil brasileiro de 1916. Em ambos, privilegia-se a segurança e a estabilidade jurídica como garantia à propriedade privada, em oposição aos estatutos jurídicos do medievo. No dizer de Michel Miall:

"A distinção-oposição entre o direito público e o privado não é, pois, 'natural': não é lógica em si, traduz uma certa racionalidade, a do Estado burguês. Assim, podem ser postas em funcionamento na formação social. A classificação não é estritamente e vagamente histórica: está ligada à história de uma sociedade que conheceu gradualmente a dominação do modo de produção capitalista."¹¹²

Todavia, como resistência a este sistema, nas primeiras décadas do século passado, os movimentos sociais começam a ganhar força e o panorama social se modificou. Como consequência, o direito teve que se amoldar à nova realidade, que insistia pela necessidade de intervenção do Estado na economia.

Diante disso, paralelamente à vigência do Código Civil de 1916, começavam a surgir inúmeras leis especiais, principalmente na fase

¹¹¹ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.* p. 3.

¹¹² MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2 ed. Lisboa: Moraes, 1989, p. 159.

das significativas transformações sociais que eclodiam de maneira mais nítida no período de industrialização. Foi quando a sociedade, de rural passou a urbana e a necessidade de tutelar os direitos sociais, e não apenas individuais, fez ruir a inércia do Estado.

Na procura de melhores condições de vida, o indivíduo visualizou na sociedade industrial novos horizontes. Com isso, em ambiente urbano, a população ganhou força para manifestar suas vontades e exigir direitos, ao contrário da sociedade rural, onde as pessoas distanciavam-se pelas próprias questões geográficas.

Muito embora todas as leis especiais que passaram a coexistir com o Código Civil de 1916 tiveram fundamental importância no desenvolvimento do Direito, assim como as várias Constituições pós-Código de Napoleão mereçam mérito, foi, indiscutivelmente, a Constituição de 1988 que efetivamente acertou o compasso entre a sociedade e o Direito.

A Constituição de 1988, com semântica mais simples e objetiva, ao contrário do formalismo das leis anteriores, reconheceu e priorizou o direito à cidadania, à saúde, a educação, o acesso à Justiça, o respeito à dignidade da pessoa humana e a igualdade substancial. Reservou, ainda, espaço para preocupações como a erradicação da pobreza, o combate à marginalização, bem como outras inúmeras garantias e direitos, tendo como centro de suas atenções a pessoa humana. Veja-se que, a partir de então, o ser humano da propriedade privada vem sendo substituído por novos conceitos, quais sejam: a pessoa humana e a função social da propriedade.

Nesse *iter* pelo panorama jurídico, após a Constituição de 1988, o Direito efetivamente deixou de ser, uma ciência tímida para - embora muitas vezes mais teórica do que efetiva -, contemplar valores como o interesse social da propriedade privada. Após a Carta de 1988, denominado de fase dos estatutos, merece destaque o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, de 1990, consagrado microssistema de vanguarda

acerca da regulamentação das relações de consumo e que efetivamente respondeu à necessidade social de resguardar o direito do consumidor, interferindo assim na circulação de bens e serviços. Com a Lei 9.078/1990 finalmente oficializou-se a idéia de que para reconhecer a igualdade, é necessário, reconhecer as diferenças, razão qual o consumidor passou a receber tratamento diferenciado. Em outras palavras, houve a harmonização entre o interesse público e os interesses particulares, como forma de o Estado regular a economia e a propriedade.

Em 11 de janeiro de 2003 renovou-se, uma vez mais, a esperança da função social da propriedade quando se descortinou, diante de nós, a vigência do Código Civil, elegendo como principais vetores a eticidade, a socialidade e a operabilidade.

Faz-se necessário estabelecer uma ressalva no sentido de que, não se pretende reconhecer que o Código Civil de 2002 foi recepcionado pela doutrina e pela jurisprudência como algo que se aproxima de um modelo ideal, até mesmo porque se trata de projeto datado da década de 70, portanto, com deficiências. Pretende-se somente estabelecer um panorama jurídico, situando o rompimento da fronteira do direito individualista, herança do século XIX, para um sistema focado na dignidade humana e na função social da propriedade. Todo sistema é passível de críticas e toda lei possui deficiências a serem apontadas, todavia esta não é a proposta deste trabalho.

A data de 5 de outubro de 1988 é considerado um divisor de águas no direito brasileiro. O público e o privado passam a conviver num só direito, ao passo que as relações entre o Estado e o cidadão são outras, muito diferentes do Estado de Hobbes e do individualismo que caracterizou a sociedade burguesa, pós Revolução Francesa.

O texto constitucional coordenou e harmonizou os interesses públicos e privados, num modelo de direito unitário e que não comporta a

oposição entre tais conceitos. Todas as leis datadas após 1988, procuram adaptar-se a esse novo conceito de Direito.

Citando novamente Gustavo Tepedino:

“Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública.”¹¹³

Pietro Perlingieri, ao tratar da dificuldade de individuação das fronteiras entre direito público e privado, anuncia que *“O Estado tem a tarefa de intervir e de programar na medida em que realiza os interesses existenciais e individuais, de maneira que a realização deles é, ao mesmo tempo, fundamento e justificação da sua intervenção.”*¹¹⁴

Desse modo, cabe ao Estado intervir possibilitando a efetividade de direitos, na medida em que os interesses públicos e privados se complementam. Perlingieri assegura que:

“Há de se superar de qualquer modo, a mentalidade pela qual o Direito Privado é liberdade de cada um de cuidar, por vezes arbitrariamente, dos próprios interesses, enquanto que o Direito Público, manifestação de autoridade e de soberania, dispõe de estruturas e serviços sociais para permitir ao interesse privado a sua livre e efetiva atuação.”¹¹⁵

¹¹³ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.* p. 19.

¹¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Belo Horizonte: Renovar, 1999. p. 54.

¹¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.* p. 55/56.

Assim, como não se pode pensar em interesse público e privado isoladamente, da mesma maneira, não se pode pensar no conceito de justiça de modo isolado ou linear. Os interesses sociais se alteram ao longo da história, bem como o conceito de propriedade e a sua função se alteram no tempo e no espaço.

No pensamento de Luiz Edson Fachin:

“Público e estatal não mais se identificam por inteiro; privatismo e individualismo, a seu turno, cedem passo para interesses sociais e para a coexistencialidade’. A superação da divisão em pauta não fere, necessariamente, a unidade sistemática do Direito, inclusive porque ultrapassada também se encontra a fixação rígida dos espaços normativos. Há searas novas, ambivalentes, nelas se inserindo interesses de dupla face, a exemplo da proteção à criança e ao adolescente, bem como no campo das relações de consumo que recaem sobre serviços bancários ou de entidades de crédito. Constata-se, pois, uma mudança de paradigmas.”¹¹⁶

Restou claro que se encontra pacificado o entendimento de que os interesses públicos e privados, na atualidade, convergem para um só fim: a efetividade do Direito.

E para que a propriedade e a sua função possa ser uma garantia, e não um mero protocolo de intenções é necessário que o público e o privado, cada qual a sua maneira, estejam próximos e alinhavados para realizar o Direito frente aos desafios da promessa humanitária de inclusão social.

Maria Auxiliadora Minahim bem resume que:

A esfera privada não significa um espaço egoístico, enquanto o público representa o coletivo. Entende-se hoje que há uma interdependência entre dois âmbitos, e que o público é espaço de realização do privado e das diversas identidades. Dessa forma, não

¹¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 221/222.

se pensa mais em hierarquizar uma esfera em favor da outra, mas em garantir os direitos individuais e das coletividades, assim como aqueles valores almejados por toda a comunidade política. A harmonização dos interesses, seja dos individuais e das coletividades, assim como aqueles valores almejados por toda a comunidade política. A harmonização dos interesses, seja dos indivíduos ou dos grupos entre si, e os destas ordens com os gerais ou públicos, é considerada a tarefa básica de uma sociedade política. Willis Santiago afirma que apenas esta 'harmonização das três ordens de interesses possibilita o melhor atendimento dos interesses situados em algumas delas, em detrimento daqueles situados nas demais, termina, no fundo, sendo um desserviço para a consagração desses mesmos interesses'.¹¹⁷

5.2 Análise da função social da propriedade intelectual

Empresta-se a lição de Fabio Konder Comparato para, como ponto de partida, entender a origem do instituto da função social da propriedade no direito internacional:

"a idéia de função social da propriedade entrou a fazer parte do Direito Positivo com a promulgação da primeira Constituição Republicana Alemã, em Weimar, em 1919. A disposição do art. 153 desse texto constitucional foi *ipsis verbis* pela Constituição da República Federal da Alemanha, de 1949 (art. 14,2, 2ª alínea): 'A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade' (*'Eigentum verpflichtet, Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen'*).¹¹⁸

Portanto, remonta o século passado o aparecimento da posituação da função social da propriedade. Todavia, na atualidade não há, no direito civil brasileiro, previsão legal expressa sobre a função social da

¹¹⁷ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Op. cit.* p. 47.

¹¹⁸ COMPARATO, Fabio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**. São Paulo: RT, n. 63, p. 71.

propriedade intelectual. Necessário então, analisar a evolução do conceito da função social da propriedade no direito pátrio, senão veja-se:

“O Código Civil brasileiro em vigor, assim como o revogado Código Civil de 1916, não fez qualquer referência à função social da propriedade.

Foi com a Constituição brasileira de 1967 que, pela primeira vez, a função social da propriedade tornou-se objeto de previsão legislativa, apresentando-a como princípio da ordem econômica em seu artigo 157, inciso III. A emenda constitucional de 1969 repetiu a previsão em seu artigo 160, inciso III. Anteriormente a isso, temos a Constituição de 1934 que determinava que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra interesse social (art. 113, n. 17) e a Constituição de 1946, que previa em seu artigo 147 que o uso da propriedade estava condicionada ao bem-estar social. Nesses dois últimos textos constitucionais, muito embora o constituinte estivesse com seus olhos voltados para um determinado interesse social, não se referiu à função social da propriedade”.¹¹⁹

A Constituição Federal de 1988 inovou ao trazer – expressamente –, previsão de desenvolvimento científico e tecnológico, bem como a função social da propriedade, senão veja-se os seguintes artigos que disciplinam os direitos e garantias fundamentais:

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXII – é garantido o direito à propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá sua função social;

E ainda, no Capítulo I do Título VII da Constituição Federal, que trata dos princípios gerais da atividade econômica, lê-se que:

¹¹⁹ JUNQUEIRA DE FARIA, Juliano. *Direitos reais: uma abordagem dos princípios do numerus clausus, da tipicidade, da autonomia da vontade e da função social da propriedade*. **Revista da Faculdade Mineira de Direito** – v.1. Belo Horizonte: PUC Minas, 2005, p. 216.

Artigo 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, observando os seguintes princípios:

[...]

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

A função social, então, é uma limitação constitucional ao direito de propriedade (ou propriedade, num conceito mais atual).¹²⁰ É de se perguntar inicialmente se a propriedade intelectual está inserida nos mencionados artigos constitucionais. A resposta é positiva, pois em se tratando de garantias de direitos fundamentais, deve-se interpretar a norma constitucional de modo que não limite direitos desta natureza.

A propriedade intelectual é uma das muitas propriedades que existem, e que se destina a cumprir sua função social. Além disso, nenhuma lei infraconstitucional que restrinja o direito de propriedade para que esta atenda sua função social será inconstitucional, senão veja a posição de Fábio Ulhoa Coelho:

[...] a lei que limitar o exercício do direito de propriedade não será inconstitucional se visar, com a restrição, garantir o atendimento à sua função social; na interpretação teleológica de norma legal, o atendimento à função social do direito de propriedade é argumento decisivo para explicitar-lhe o conteúdo; mesmo não existindo na lei previsão de certa limitação ao direito de propriedade, se ela for indispensável ao atendimento da correspondente função social, vigorará a restrição por força da aplicação direta dos preceitos constitucionais indicados”.¹²¹

Conforme a doutrina acima transcrita, a função social da propriedade não exige a existência de lei infraconstitucional. Na inexistência

¹²⁰ Para alguns autores a função social não é uma limitação ao direito de propriedade, todavia, optamos por não entrar nessas questões, por não ser o objeto de estudo específico desta pesquisa.

¹²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. volume 4. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 69

de outra lei, é suficiente o próprio direito fundamental, utilizando-se para a interpretação teleológica ao caso concreto.

O instituto da função social, além de previsto na Constituição Federal, é matéria disciplina em lei ordinária, ou seja, no Código Civil (muito embora não exista previsão expressa da propriedade intelectual). Nesse sentido, consulta-se a própria da lei civilista:

Art. 1228 – [...]

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

E ainda:

Art. 2.035 – [...]

Parágrafo único: Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Com base nos mencionados dispositivos legais entendemos que o Código Civil deveria ter incluído ao seu texto, de maneira expressa, a função social da propriedade intelectual. Ao contrário disso, optou o legislador apenas por fazer referência às finalidades econômicas e sociais da propriedade, o que hoje a doutrina entende por função social no Código Civil. Por outro lado, a inexistência de previsão legal específica não afasta, de modo algum, o nosso entendimento de que basta a previsão constitucional para que seja aplicada, também para a propriedade intelectual, o instituto da função social, até mesmo porque, em matéria de direitos e garantias fundamentais, não deve haver limitação na interpretação da lei.

Ainda, em entendendo que a função social da propriedade está regulada na lei infraconstitucional (de modo genérico), conclui-se que o rol de situações previstas no parágrafo primeiro do artigo 1228 não é restritiva, ou seja, poderá ele ser ampliado de acordo com as necessidades do caso concreto, justamente para atender as finalidades econômicas e sociais da propriedade. Com isso, o entendimento que se faz do artigo 1228 do Código Civil é que nele pode ser também incluída a função social da propriedade intelectual.

E sobre a interpretação do Código Civil, nas questões que dizem respeito à função social da propriedade intelectual - à luz da Constituição Federal -, André Osório Gondinho esclarece que:

A inserção da função social da propriedade no rol dos direitos e garantias fundamentais significa que a mesma foi considerada pelo constituinte como regra fundamental, apta a instrumentalizar todo o tecido constitucional e, por via de consequência, todas as normas infraconstitucionais, criando um parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico. É interessante notar que a Constituição reservou à função social da propriedade a natureza de princípio próprio e autônomo.

Assim, a Constituição garante o direito de propriedade desde que vinculado ao exercício de sua função social. 'Ao mesmo tempo em que a propriedade é regulamentada como direito individual fundamental, revela-se o interesse público de sua utilização e de seu aproveitamento ligado aos anseios sociais". ¹²²

A função social da propriedade não exclui do titular da propriedade o direito deste em usar, gozar, fruir e dispor da propriedade, bem como reavê-la de quem injustamente a possua. Juntamente com este direito, que diz respeito à esfera do indivíduo, a propriedade deve também atender as necessidades sociais. Tais direitos - individuais e sociais - devem harmonizar-se, não havendo a idéia de colisão ou contradição entre elas,

¹²² GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Função social da propriedade, In, TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 412-13

entendimento este que foi anteriormente analisado na superação da dicotomia entre o interesse público e privado.

Transportando a extensão do conceito da função social para a propriedade intelectual, conclui-se que o conhecimento humano, ou seja, a inventividade, deve ser destinada também para a promoção do bem estar social, além de atender aos interesses individuais. Na era da informação, do afloramento das invenções em todas as searas do saber, faz-se necessário atribuir ao conhecimento humano a necessária destinação social.

Com isso não se quer dizer que os direitos inerentes ao titular de determinada patente (conferidos pela Lei da Propriedade Industrial), deva ser recusado. Ao contrário desse entendimento, o retorno financeiro aos investidores devem ser preservados e protegidos, todavia o monopólio e o abuso de direito devem ser coibidos. Em outras palavras, a propriedade intelectual deve, além de atender aos interesses particulares, atender também a sua inegável função social.

Para o inventor, a lei atribui o direito de exclusividade por determinado período temporal (15 anos para patentes de invenção). Findo tal prazo, a obra intelectual torna-se de domínio público.

O que se deve analisar, na atualidade, é uma nova interpretação da lei, ou seja, da destinação dos benefícios auferidos pelo conhecimento humano. Há que se ponderar entre os interesses individuais e sociais.

E nesse sentido, como observado no já transcrito parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil, "*Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos*".

Assim, por tratar-se de preceito de ordem pública, a função social da propriedade intelectual não poderá contrariar a sua finalidade,

expressamente prevista na Constituição Federal e interpretada no Código Civil brasileiro de 2002.

5.3 Algumas legislações que disciplinam o direito de acesso ao patrimônio biológico

Por tratar-se de um direito em construção, passa-se a seguir a pontuar alguns institutos do direito pátrio e internacional que podem ser interpretados para o reconhecimento da função social da propriedade intelectual nas pesquisas em biotecnologia.

Passamos, então, a colacionar, em ordem cronológica, alguns destes institutos.

Inicialmente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem inclui em seu texto o direito ao progresso científico e seus benefícios. Lê-se no artigo XXVII que: *1. Todo homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. 2. Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.*

Trata-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem um dos mais expressivos institutos internacionais de proteção da dignidade da pessoa humana. Proclamada no ano de 1948 pela Organização das Nações Unidas, após a Segunda Guerra Mundial, tal Declaração tem a finalidade de balizar os rumos da humanidade, até mesmo para coibir os abusos e a tragicidade que marcaram o genocídio, o totalitarismo, o nazismo e o fascismo ocorrido no século passado.

Referência indispensável no direito atual, a Declaração Universal dos Direitos do Homem serve como ponto de apoio para o reconhecimento da função social da propriedade intelectual.

Não por acaso, o artigo XXVII da referida Declaração relaciona, lado a lado, dois direitos, sendo o primeiro o de toda pessoa usufruir do progresso científico e de seus benefícios e, o segundo, a proteção do autor da criação científica, literária ou artística. Devem então, tais direitos, serem ponderados para que o inventor receba, dignamente, o retorno econômico por sua criação, mas no mesmo patamar, os benefícios da criação científica devem ser usufruídos pela sociedade. É o que se interpreta do artigo XXVII da Declaração Universal dos Direitos de Homem.

No direito nacional, foi editada no ano de 2001 a Medida Provisória nº 2.186, que por sua vez *dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e a transferência para sua conservação e utilização, e dá outras providências.*

O Capítulo VI da referida Medida Provisória trata da repartição de benefícios. Em seu artigo 24 lê-se que *"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 eqüitativa, entre as partes contratantes, conforme dispuser e a legislação pertinente"*.

Vê-se, desde logo, que a Medida Provisória, acima descrita, preocupou-se com a distribuição eqüitativa dos benefícios advindos do patrimônio genético.

A Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992, foi editada pelo Presidente da República, por meio do Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998. A referida Convenção, tem com objetivos esculpidos em seu artigo 1º *"[...] a repartição*

justa e eqüitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado”.

A temática da distribuição dos benefícios advindos da biotecnologia é tratada, em específico, no art. 19 da nominada Convenção, que assim dispõe:

Artigo 19 - Gestão da Biotecnologia e Distribuição de Seus Benefícios

1. Cada Parte Contratante deve adotar medidas legislativas, administrativas ou políticas, conforme o caso, para permitir a participação efetiva, em atividades de pesquisa biotecnológica, das Partes Contratantes, especialmente países em desenvolvimento, que provêm os recursos genéticos para essa pesquisa, e se possível nessas Partes Contratantes.
2. Cada Parte Contratante deve adotar todas as medidas possíveis para promover e antecipar acesso prioritário, em base justa e eqüitativa das Partes Contratantes, especialmente países em desenvolvimento, aos resultados e benefícios derivados de biotecnologias baseadas em recursos genéticos providos por essas Partes Contratantes. Esse acesso deve ser de comum acordo.
3. As Partes devem examinar a necessidade e as modalidades de um protocolo que estabeleça procedimentos adequados, inclusive, em especial, a concordância prévia fundamentada, no que respeita a transferência, manipulação e utilização seguras de todo organismo vivo modificado pela biotecnologia, que possa ter efeito negativo para a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica.
4. Cada Parte Contratante deve proporcionar, diretamente ou por solicitação, a qualquer pessoa física ou jurídica sob sua jurisdição provedora dos organismos a que se refere o parágrafo 3 acima, à Parte Contratante em que esses organismos devam ser introduzidos, todas as Informações disponíveis sobre a utilização e as normas de segurança exigidas por essa Parte Contratante para a manipulação

desses organismos, bem como todas as Informações disponíveis sobre os potenciais efeitos negativos desses organismos específicos.

A Convenção sobre Diversidade Biológica, que é um dos textos legais mais relevantes sobre o acesso aos benefícios advindos da biotecnologia prioriza, conforme artigo transcrito acima, a participação da sociedade, em especial, dos países em desenvolvimento.

Há, portanto, que se conferir aos resultados das pesquisas em biotecnologia a sua função social, enquanto meio de inclusão social.

5.4 A recusa de patentes em medicamentos

A tendência natural do pêndulo é atingir o equilíbrio, mas até que isso ocorra, alguns movimentos acabam por aproximarem-se das extremidades. É o caso das recentes recusas ao direito de patentes de medicamentos utilizados no combate à AIDS.

Ao nosso entender, digno de desapontamentos, o projeto de lei que tramita perante o Congresso Nacional - de autoria do deputado Roberto Gouvêa -, não se preocupou em posicionar-se no ponto de equilíbrio que exige o direito. Toda patente deve atender sua função social, ou seja, o interesse coletivo, mas por outro lado o interesse do investidor também merece ser protegido. Realizar a função social não significa quebrar patentes.

Toda ação extremada tende à consecução de injustiças. Pretende o nominado deputado que remédios utilizados no tratamento da AIDS não sejam patenteáveis. Se aprovado o projeto, indústrias farmacêuticas poderão produzir versões genéricas, utilizando-se da fórmula do medicamento patenteado.

Não se discute que a maior quantidade de pacientes infectados com o vírus do HIV deve ter acesso ao medicamento adequado, até mesmo como instrumento de inclusão social, como direito constitucional à saúde. Por outro lado, reservas devem ser feitas. O direito precisa harmonizar e ponderar os interesses daquele que, por meio de árduo trabalho de pesquisa, inventou a fórmula do medicamento utilizado no tratamento da AIDS e, da mesma maneira, os interesses sociais daqueles que necessitam de tratamento adequado. Como já se afirmou, o privado e o público não se contradizem e não se negam mas sim, se complementam e se harmonizam.

Já houve precedente, no Brasil, para a quebra de patentes de medicamentos no combate à AIDS,¹²³ inclusive com decisões judiciais. Embora possa parecer uma economia momentânea para o Estado e para a sociedade, aliado ao discurso da solidariedade humana, a médio e longo prazo a quebra de patentes pode trazer conseqüências inversas, tais como a dificuldade de importação de medicamentos em geral. Ao contrário de incluir, a quebra de patentes poderá intensificar o fenômeno da exclusão social.

¹²³ **"NYT" defende que Brasil quebre patentes de remédios anti-Aids.** Um editorial publicado na edição de hoje do "The New York Times" defendeu a quebra de patentes de remédios anti-Aids pelo governo brasileiro. A publicação elogia o programa do Brasil de combate à Aids e ressalta que as patentes devem ser respeitadas, mas que a justificativa brasileira tem respaldo legal nos acordos internacionais e merece o apoio de Washington. O programa, que fornece tratamento gratuito para quem precisar, é viável graças à fabricação dos remédios, a partir da cópia da fórmula original, por laboratórios brasileiros. No entanto, diz o editorial, novos remédios ainda são importados e custam muito caro. O governo estuda agora medidas que permitiria que laboratórios brasileiros pudessem copiar a fórmula desses remédios, como o licenciamento voluntário. No entanto, segundo o texto, grupos de direita e a indústria farmacêutica nos EUA classificaram a atitude de roubo e congressistas americanos pediram sanções contra o Brasil. O "NYT" diz ainda que apenas um punhado de países quebra as patentes, pois os demais "são intimidados, principalmente pelos Estados Unidos". O editorial sugere, por fim, que as autoridades comerciais dos EUA declarem publicamente que o Brasil não sofrerá retaliações, ao quebrar as patentes, "por exercer o seu direito de salvar vidas". O posicionamento do jornal recebeu a aprovação da organização "Médicos Sem-Fronteiras" e foi considerado "importante" pelo Ministério da Saúde. In. Folha Online. 26.06.05. <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u13326.shtml>>. Acesso em 30.06.05.

5.5 O Projeto de Lei que reduz o prazo de vigência de patentes

Em consulta aos projetos de lei apresentados na Câmara dos Deputados, nos últimos anos, constata-se que os rumos da propriedade intelectual poderá passar por mudanças.

O Deputado Nazareno Fonteles, em 17 de novembro de 2005, propôs ao Congresso Nacional projeto de alteração do artigo 40, *caput* e parágrafo único da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, para o fim de reduzir o prazo de vigência de patentes.

Se aprovado, passará o referido artigo a ter a seguinte alteração:

“Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo de 07 (sete) anos contados da data do depósito.

Parágrafo Único. O prazo de vigência não será inferior a 5 (cinco) anos para a patente de invenção e a 3 (três) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data da concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.”

Verifica-se que a preocupação do congressista em propor a redução o prazo de direitos de patentes foi, justamente, com a função social da propriedade intelectual, senão veja-se nas palavras textuais do Deputado, ao justificar sua proposta:

Conforme pudemos perceber pelo atual texto do art. 40, da Lei nº 9.279/96, o titular de patente de invenção e de modelo de utilidade, fica resguardado quanto à exclusividade de uso das suas criações por um período de 20 (vinte) e de 15 (quinze) anos, para a patente de invenção e de modelo de utilidade, respectivamente.

Não obstante seja inquestionável a importância deste período de reserva de direitos, uma vez que a criação de bens de utilização industrial demanda, via de regra, custos altos com a pesquisa, entendemos ser o prazo atualmente previsto na Lei de Propriedade

Industrial, ofensivo à coletividade e à própria função social da propriedade estabelecida na Constituição Federal e aplicável a todas as relações sociais, mesmo de natureza privada.

Justifica o deputado que *"Não pretendemos, pois, que a presente proposição inviabilize a pesquisa ou a torne desinteressante. Objetivamos, sim, baratear o custo e aumentar a disseminação das criações de aplicação industrial, com o acesso às informações e aos processos técnicos consolidados, sem deixar desamparados os titulares das criações. É um reforço à inclusão da ciência e tecnologia"*.

Prossegue o congressista fundamentando que o sistema legal brasileiro *"[...] caminha em contramão dos avanços ocorridos no direito de propriedade intelectual ao longo da história, sobretudo no que se refere às exigências atuais de uma maior acessibilidade das sociedades às inovações tecnológicas e aos recursos modernos de informação e comunicação."*

Trata-se o referido Projeto de Lei de uma sinalização da mudança de paradigma no que se refere aos novos rumos da propriedade intelectual, enquanto elemento que determina e/ou contribui para o desenvolvimento social.

Ao nosso entender, embora muito bem intencionado, o projeto de Lei, se aprovado, não trará benefícios significativos para a efetividade da função social da propriedade intelectual, isso porque com o estado atual da biotecnologia – e que tende a progredir – as invenções possuem vida útil cada vez mais curta. Os produtos advindos da biotecnologia tendem a serem substituídos por outras invenções. É o caso dos medicamentos, já que a cada ano inúmeros outros são desenvolvidos para substituir os primeiros. É claro que isso não é uma regra, mas é uma tendência que vem se confirmando com o passar do tempo.

5.6 O Projeto de Lei que prevê incentivos para o patenteamento genético

Se por um lado o projeto do Deputado Nazareno Fonteles cuida da acessibilidade da propriedade intelectual, na sua função social, em paralelo, o Deputado Antônio Carlos Mendes Thame, em março de 2005, apresentou projeto de alteração dos artigos 10 e 18, também da Lei nº 9.279/1996.

Em síntese, este último congressista propõe alterações na Lei da Propriedade Intelectual para promover o incentivo ao patenteamento genético. Tal Deputado, ao apresentar a justificativa de seu projeto, argumentou que:

“O Brasil é o país com maior biodiversidade do mundo, contando também com a flora endêmica mais diversificada, chegando a um número superior a cinquenta e cinco mil espécies descritas, ou cerca de 22% do total mundial conhecido.

As restrições à patenteabilidade de inventos relacionados a usos e aplicações de matérias obtidas de organismos naturais desestimulam investimentos públicos e privados direcionados ao conhecimento e ao aproveitamento econômico da flora e da fauna brasileiras. Isto não ocorre na maioria dos demais países, onde se estimula o estudo da botânica e da biologia exógena, e os resultados tecnológicos e práticas aplicadas são passíveis de patenteamento”.

Se aprovado o projeto de Lei nº 4.961/05, de autoria do Deputado Antonio Carlos Mendes Thame, o artigo 10 da Lei nº 9.279/1996 passará a ter a seguinte redação:

Art. 10

[...]

IX – o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza ou dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural, exceto substâncias ou matérias deles extraídas, obtidas ou isoladas, as quais apresentem os requisitos previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.

Acerca do referido projeto, encontra-se o seguinte posicionamento, sob o título de *Projeto de Lei pretende estender patentes sobre formas de vida*:

O projeto, que atualmente se encontra na Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável recebeu inicialmente parecer desfavorável do relator, deputado Jorge Pinheiro (PL-DF). Ele argumentou que o projeto dificultará a pesquisa científica no país, já que o acesso ao material genético passaria a ser controlado pelo detentor da patente, na maioria dos casos corporações privadas estrangeiras. O parecer questiona também a possibilidade de patenteamento de descobertas em que não há qualquer atividade inventiva do homem, distorcendo assim o princípio básico do sistema de patentes.

Em abril de 2006, no entanto, parecer do deputado Hamilton Casara (PSDB-RO) questionou o relator, apresentando posição favorável ao projeto, sob o argumento de sua importância para o desenvolvimento da indústria biotecnológica farmacêutica. Curiosamente, em 22 de novembro último, novo parecer do relator Jorge Pinheiro foi apresentado, dessa vez favorável ao projeto. A mudança no entendimento do relator, no entanto, é contraditória com a própria fundamentação de seu parecer, onde simplesmente foi enxertada a fundamentação do parecer favorável do Deputado Casara. A contradição de fundamentos em um mesmo parecer indica a pressão exercida sobre o relator para mudar sua posição. O PL nº 4.961/05 está sujeito a apreciação conclusiva por quatro comissões da Câmara, o que significa que não precisa se sujeitar a votação no Plenário para sua aprovação.¹²⁴

Entende-se que a eventual aprovação deste projeto não trará benefícios para o social, ao elastecer a possibilidade de patenteamento, mesmo sem os requisitos contidos na Lei da Propriedade Industrial. Tal possibilidade traria uma acirrada disputa por patentes biológicas, a ponto de “privatizar” todo o patrimônio biológico existente.

¹²⁴ **CPI Biopirataria confirma suspeitas contra ONG americana.** In, <<http://blog.tudosobreplantas.com.br/2006/11>>. Acesso em 28.12.2006.

5.7 A biopirataria internacional

A Agência de notícias da Câmara Federal divulgou em outubro de 2005 a suspeita de envolvimento de uma ONG norte-americana no mapeamento irregular de plantas medicinais em tribos indígenas brasileiras, senão veja-se:

CPI Biopirataria confirma suspeitas contra ONG americana

O ex-associado da organização não-governamental (ONG) norte-americana *Amazon Conservation Team* (ACT) Amauri de Oliveira Nunes denunciou na Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Biopirataria que foi usado pela ACT devido a sua proximidade com as comunidades indígenas. Em depoimento nesta quarta-feira, Amauri contou que disponibilizava sua conta bancária para uso da ONG. Ele informou que eram feitos depósitos em dólares para que fossem efetuados pagamentos à organização.

O ex-associado da ONG disse também que, quando se desligou da ACT, em 2003, foi ameaçado de morte, mas não sabe o motivo. Contou ainda que foi afastado sem que lhe dessem explicações. "Quando cheguei de uma viagem, não me deixaram voltar para o meu lugar nem pegar meus pertences", lamentou.

Amauri confirmou que também suspeita que a ONG, instituída em 2002 para mapear bens e a cultura indígena, estava entrando nas tribos para mapear plantas medicinais.¹²⁵ (Grifou-se).

A referida notícia é apenas uma ilustração de inúmeras outras denúncias que existem acerca da interferência de países desenvolvidos na busca de recursos biológicos nacionais. Isso porque o patrimônio biológico, bem como os conhecimentos tradicionais, servem de matéria-prima para

¹²⁵Aconteceu - 20/10/2005. 19h44. <<http://www.camara.gov.br/INTERNET/AGENCIA/materias.asp?pk=77207>>. Acesso em 30.10.2005.

pesquisas biotecnológicas, tendo ampla utilidade na invenção de novos produtos terapêuticos que uma vez desenvolvidos são patenteados.

Interessante observar que, segundo o deputado federal Carlos Souza, outros países estão patentando "*espécimes da flora e fauna autóctones, assim como produtos e processos, inclusive princípios ativos, advindos da cultura popular, do folclore, da culinária e dos conhecimentos tradicionais dos países em desenvolvimento [...]*".

Tal constatação fez com que o nominado deputado alertasse a Câmara dos Deputados sobre a realidade da pirataria que vem acontecendo no Brasil. Ilustra o deputado a seguinte situação já ocorrida:

Emblemática foi a patente do cupuaçu, obtida pela empresa japonesa Asahi Foods, tanto no Japão, como na Europa, que originou uma disputa de quase dois anos entre o governo brasileiro e aquela companhia, até que o Escritório de Harmonização para o Mercado Interno, responsável por regulamentar marcas na União Européia, desse ganho de causa ao Brasil, permitindo aos nossos exportadores retomar a comercialização internacional do cupuaçu ou doces e outros produtos feitos a partir da fruta, sem ter de pagar *royalties* aos japoneses.

Trata-se o exemplo acima apenas de uma situação isolada, ao passo que estrangeiros já patentearam inúmeras outras espécies da flora brasileira e dos conhecimentos populares, que vão desde o açai até a rapadura.¹²⁶

Diante das constantes patentes registradas no exterior no ano de 2006, pelas razões acima mencionadas, o deputado federal, Carlos Souza

¹²⁶ O deputado Carlos Souza ainda cita a seguinte situação: "A corrente de produtos sendo escancaradamente pirateados, advindos da biodiversidade e cultura brasileiras, todavia, não pára aí – vai da carqueja apanhada no mato e servida no chá que nossos avós preparavam, ao amazônico sapo-kambó, cuja secreção contém princípio ativo utilizado na fabricação de analgésico, do açai, à copaíba, da rapadura, ao salgadinho, do escapulário, da nossa devoção popular, à popular coxinha de galinha. Sem falar no guaraná e na cachaça – essa última às pressas patenteada por decreto do Poder Executivo, antes que os aventureiros interessados o fizessem". In <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 22.10.2006.

requereu, junto à Câmara dos Deputados o requerimento de envio ao Poder Executivo a sugestão de reforço de atuação da diplomacia nacional junto à OMC (Organização Mundial do Comércio) e à OMPI (Organização Mundial de Propriedade Intelectual), para que sejam adotadas posturas mais rígidas quanto ao patenteamento, no exterior, dos recursos naturais do Brasil.

A iniciativa do referido deputado é digna de louvor. É necessário combater a biopirataria de modo eficaz, para assim fortalecer a economia e a independência do Brasil frente a outros países.

Por outro lado, no ano de 2004, a deputada federal Perpétua Almeida requereu junto ao INPI (Instituto Nacional de Propriedade Intelectual) informações sobre o patenteamento de produtos advindos da flora e da fauna nos últimos cinco anos, justamente para demonstrar o panorama nacional das patentes em biotecnologia.¹²⁷

Se o Brasil, por um lado, esforça-se para evitar a biopirataria, por outro, os Estados Unidos ameaçam o Brasil com sanções econômicas em razão do desrespeito às patentes norte-americanas. No dia 9 de março de 2005, a deputada federal Vanessa Grazziotin solicitou informações ao Ministro das Relações Exteriores acerca do relatório emitido pela *International Intellectual Property Alliance* – IIPA, que sugere sanções ao Brasil. Sobre isso, a nominada deputada requer cópia integral daquele relatório para análise. Informa a deputada, em seu requerimento de informações, que

¹²⁷ A deputada Perpétua Almeida justifica seu pedido da seguinte maneira: “Pesquisadores nacionais têm concentrado esforços objetivando conhecer mais e melhor as potencialidades da biodiversidade brasileira, empreendendo inúmeras ações que consolidem benefícios à economia e ao desenvolvimento nacional. Considerando as enormes dificuldades financeiras e estruturais, consonante com a desigualdade de recursos distribuídos nas instituições de pesquisa, cientistas brasileiros buscam dar substância e respeito à pesquisa nacional. Órgão regulamentador do registro de patentes, o INPI detém informações preciosas que possibilitam quantificar a conclusão do avanço das pesquisas”. *In*, <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 12.08.2006.

“O jornal ‘Valor Econômico’, de 16 de fevereiro, publicou que a International Intellectual Property Alliance – IIPA, uma das maiores organizações norte americana de propriedade intelectual do mundo, encaminhou relatório ao departamento de comércio americano – USTR, solicitando que os Estados Unidos mantenham o Brasil na lista ‘negra’, chamada de “Special 301”, que é composta pelos países que pouco fazem para combater a pirataria”.

Atualmente, o desrespeito às patentes de titularidade de países desenvolvidos não ocorre necessariamente na área da biotecnologia, até mesmo porque os avanços ainda são preliminares, se comparados com a expectativa de avanço que a biotecnologia anuncia. A pirataria ocorre sobretudo na indústria audiovisual, bem como em softwares e, ainda, em vestuários, cigarros, medicamentos, dentre outros produtos que os países desenvolvidos, sobretudo os Estados Unidos, possuem direito à propriedade intelectual.

Preocupado com essa realidade, em 1º de dezembro de 2004, o deputado federal Gonzaga Mota, requereu junto à Câmara dos Deputados a criação de subcomissão de propriedade intelectual. Segundo o deputado, a impunidade ao desrespeito aos crimes de pirataria e contrabando tem trazido muitos problemas ao Brasil. Continua o deputado, expondo na justificativa de seu projeto, que:

“Para exemplificar, o Ministério do Comércio Exterior dos EUA, divulgou em maio passado o relatório atual sobre a proteção da propriedade intelectual em 52 dos principais parceiros comerciais daquele país. Este relatório indicou que, embora tenha havido o progresso nas medidas tomadas por grande número de países, a falta de proteção e, sobretudo, a incapacidade de aplicar e fazer respeitar a legislação interna e as medidas previstas no acordo internacional sobre propriedade intelectual (TRIPS) continuam a ser um problema mundial. Infelizmente, o Brasil aparece com destaque nesse relatório incluído na categoria de ‘país em observação prioritária’ por não oferecer proteção adequada ou não aplicar a legislação interna”.

Resta incontroverso que os Estados Unidos exercem forte pressão sobre países como o Brasil para se assegurar a efetiva proteção da propriedade intelectual, sob pena, em não tomando medidas para reverter a situação, sofrer prejuízo na ordem de US\$ 2 bilhões, perdendo vantagens, como exemplo a exportação com tarifa zero de alguns produtos norte-americanos.¹²⁸ Por outro lado, o Brasil vem sofrendo inúmeras dificuldades ao impedir o patenteamento irregular de sua riqueza biológica. Tal panorama demonstra, uma vez mais, que os interesses dos países desenvolvidos prevalecem sobre os interesses dos países periféricos.

5.8 O equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos

Em recente publicação, Camilo Augusto Amadio Guerrero assinala que:

“Buscar o equilíbrio entre o ser individual e o todo coletivo é o árduo dever da ciência que tem por corolários a pacificação e a parificação social, por vértice a sua própria funcionalização social. Nesse contexto é que posturas mais severas de conformação social da propriedade intelectual na utilidade social são por vezes temidas. Por ser expressão do ser humano, por ser o ser um indivíduo que merece ser analisado em sua duplicidade (i) individual e (ii) social, cujas repercussões são concomitantes, é que a dificuldade de se

¹²⁸ Sobre isso, argumenta o deputado federal Gonzaga Mota que “Apesar dos avanços registrados nos últimos anos, a percepção externa é a de que são vários os problemas que as empresas nacionais e estrangeiras enfrentam no tocante ao respeito à legislação. Entre estes problemas, destacam-se: inoperância do Comitê Interministerial de Combate à Pirataria; ausência de maior coordenação não só entre as agências federais, mas também entre o governo federal e os governos estaduais e municipais; reduzido número de ações penais e condenações; baixo grau dissuasório das penas previstas e aplicadas pela Justiça brasileira, excessiva demora na concessão de registros de marcas e patentes pelo INPI e deficiência nos controles de fronteira. Por isso, é bom não esquecermos que a International Intellectual Property Alliance (IIAP) renovou pedido de suspensão das preferências concedidas ao Brasil no âmbito do Sistema Geral de Preferências (SGP). O Brasil, dessa forma, se vê ameaçado de perder as vantagens concedidas a cerca de 15% dos produtos brasileiros (representando mais de US\$ 2 bilhões) exportados para o mercado norte-americano com tarifa zero.” In, <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 26.06.2006.

determinar o meio termo entre o indivíduo e a sociedade se torna a grande problemática da função social da propriedade intelectual.¹²⁹

A função social da propriedade intelectual, ao procurar o difícil ponto de equilíbrio entre os interesses do indivíduo e da sociedade, insere-se no discurso jurídico da inclusão social. A resposta para o desafio de encontrar a harmonia entre os interesses individuais e sociais está no princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme já analisado, o direito atual é contemplativo do ser humano, sendo esta sua finalidade maior. O revogado Código Civil, por inspiração do *Codex francês*, durante muitas décadas protegeu interesses meramente individuais e patrimoniais. Em primeiro plano encontrava-se a propriedade e, como aspecto secundário, situava-se o ser humano, sempre como uma figura de fundo do direito da propriedade.

Tal situação perdurou até o advento da Constituição Federal de 1988, resgatando o ser humano para o centro das atenções. Pensar em direito, na atualidade, é compreender que toda relação jurídica, antes de constituir-se no plano legal, é primeiramente uma relação humana, formada essencialmente por pessoas, por vidas humanas que têm o direito assegurado à dignidade.

A propriedade intelectual na atualidade não é apenas fonte de conhecimento, mas é também fonte de capital e de enriquecimento. Na sociedade sem fronteiras deve-se iniciar um direito também sem fronteiras, ou seja, que proteja os valores mais importantes que este século está a eleger: a inventividade humana que impulsiona os avanços técnicos e científicos.

¹²⁹ AMADIO GUERRERO, Camilo Augusto. O fundamento científico da função social da propriedade intelectual. In, NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Função do direito privado no atual momento histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 254.

É o conhecimento biotecnológico, enquanto produto do intelecto humano, que produz modificações no modo de viver de toda a humanidade e que merece agora, atenção do direito. O conhecimento advindo da moderna biotecnologia desperta interesses de megagrupos econômicos, que por sua vez objetivam a exploração industrial de tudo o que poderá, no presente ou no futuro, revestir-se de utilidade humana.

Os direitos da propriedade intelectual detém, hoje, os mesmos poderes que, tempos atrás, colonizadores possuíam sobre os povos colonizados. Não há, assim, como se falar em propriedade, em especial a intelectual, afastando-se do princípio da dignidade humana. E é por tal importância que foi ela incluída no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. A partir de então, toda legislação, interpretação de lei, entendimento jurisprudencial ou outra fonte do direito deve priorizar o respeito a tal princípio.

Patrimônio é atributo da personalidade humana. O tempo é de transformações no sentido, alcance e finalidade da propriedade, passando esta a conjugar a harmonia entre o individual e o social. Há que se desprender do formalismo jurídico e inovar na verdadeira função da propriedade, em especial a propriedade intelectual.

Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça¹³⁰ demonstrou a vertente atual do direito: a lei deve ser aplicada tendo em vista os fins sociais a que se destina. O julgador, neste caso, ao reconhecer a dignidade da pessoa humana, estendeu o conceito de bem de família à empresa familiar, decretando a impenhorabilidade de tal patrimônio, com o fundamento legal de que aquela propriedade serve também de abrigo familiar e o eventual despejo fere o princípio da dignidade humana. O interesse meramente patrimonial, neste caso, cedeu espaço para a preocupação em torno do ser humano.

¹³⁰ PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL MOVIDA EM FACE DE BEM SERVIL À RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA. PRETENSÃO DA ENTIDADE FAMILIAR DE EXCLUSÃO DO BEM DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA E LEGITIMIDADE PARA O OFERECIMENTO DE EMBARGOS DE TERCEIRO. É BEM DE FAMÍLIA O IMÓVEL PERTENCENTE À SOCIEDADE, DESDE QUE O ÚNICO SERVIL À RESIDÊNCIA DA MESMA. RATIO ESSENDI DA LEI Nº 8.009/90.

1. A lei deve ser aplicada tendo em vista os fins sociais a que ela se destina. Sob esse enfoque a impenhorabilidade do bem de família visa a preservar o devedor do constrangimento do despejo que o relegue ao desabrigo. 2. Empresas que revelam diminutos empreendimentos familiares, onde seus integrantes são os próprios partícipes da atividade negocial, mitigam o princípio *societas distat singulis*, peculiaridade a ser aferida cum granu salis pelas instâncias locais. 3. Aferida à sociedade que a família reside no imóvel sede de pequena empresa familiar, impõe-se exegese humanizada, à luz do fundamento da república voltado à proteção da dignidade da pessoa humana, por isso que, expropriar em execução por quantia certa esse imóvel, significa o mesmo que alienar bem de família, posto que, muitas vezes, *lex dixit minus quam voluit*. 4. In casu, a família foi residir no único imóvel pertencente à família e à empresa, a qual, aliás, com a mesma se confunde, quer pela sua estrutura quer pela conotação familiar que assumem determinadas pessoas jurídicas com patrimônio mínimo. 5. É assente em vertical sede doutrinária que "A impenhorabilidade da Lei nº 8.009/90, ainda que tenha como destinatários as pessoas físicas, merece ser aplicada a certas pessoas jurídicas, às firmas individuais, às pequenas empresas com conotação familiar, por exemplo, por haver identidade de patrimônios." (FACHIN, Luiz Edson. "Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo", Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 154). 6. Em consequência "(...) Pequenos empreendimentos nitidamente familiares, onde os sócios são integrantes da família e, muitas vezes, o local de funcionamento confunde-se com a própria moradia, DEVEM BENEFICIAR-SE DA IMPENHORABILIDADE LEGAL." [grifo nosso] 7. Aplicação principiológica do direito infraconstitucional à luz dos valores eleitos como superiores pela constituição federal que autoriza excluir da execução da sociedade bem a ela pertencente mas que é servil à residência como único da família, sendo a empresa multifamiliar. 8. Nessas hipóteses, pela causa petendi eleita, os familiares são terceiros aptos a manusear os embargos de terceiro pelo título que pretendem desvincular, o bem da execução movida pela pessoa jurídica. 9. Recurso especial provido. *In*, REsp 621399. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Ministro Luiz Fux. Publicado em 20.02.2006.

Trata-se o julgado do esforço em se reconhecer a função social da propriedade (no caso *sub judice* a propriedade imóvel), todavia já se sinaliza a mudança de posicionamento dos tribunais quanto a efetividade da função social da propriedade, o que, posteriormente, pode – e espera-se – ocorrer com a propriedade intelectual¹³¹.

Passados quatro anos da vigência do novo Código Civil, bem como aproveitando o terreno doutrinário preparado pela teoria de repersonalização do direito civil, já se nota alguns avanços no que concerne à função social.

A função se apresenta como causa de legitimação ou de justificação das intervenções legislativas que devem ser sempre submetidas a um controle de conformidade constitucional. Enquanto que a função social atribui ao legislador um controle de conformidade (em termos de idoneidade, coerência, razoabilidade), a ablação sancionatória é chamada em causa somente na hipótese patológica, como consequência da não atuação da função social [...]. O controle de legitimidade constitucional se realiza diante do juízo de conformidade da lei ordinária à função social, e, tende a verificar se o órgão legislativo, ao realizar uma avaliação dos fins de utilidade geral dos meios para realizá-los, não tenha sido orientado por critérios ilógicos, arbitrários e contraditórios, ou ainda que a avaliação dos fins se manifeste em contraste com os pressupostos de fato.¹³²

¹³¹ Citamos ainda julgado do extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná que recentemente reconheceu a dignidade da pessoa humana e o direito à inclusão social: "**1) Direito Constitucional e Civil. Fornecimento de água à pessoa em estado de miserabilidade. Impossibilidade de corte.** a) o corte de fornecimento de água em caso de inadimplência de usuário em situação de miserabilidade constitui ato reprovável e atentatório à dignidade da pessoa humana, vez que se trata de um serviço essencial de natureza contínua e ininterrupta. Pode-se, na espécie, dizer-se em estado de miserabilidade da mulher, caso a autora, que está desempregada, tem sete filhos e o marido encontra-se na prisão, cumprindo pena; b) A concessionária dispõe de meios legais para efetuar a cobrança do devedor, sendo inviável a utilização da justiça privada em detrimento do Estado-Juiz. C) O consumidor inadimplente favorecido com o religamento do fornecimento de água não tem direito, entretanto, à indenização por dano moral. 2) Apelo a que se dá parcial provimento." TAPR – Ap. Cív 0281660-8/Londrina – Rel. Des. Leonel Cunha – j. em 31.05.2005. DJE 6892.

¹³² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. São Paulo: Renovar, 2002, p. 227.

O direito de propriedade é assegurado pelo artigo 5º da Constituição Federal, que garante a sua inviolabilidade, conforme inciso XXII do mencionado artigo constitucional, desdobrando-se tal direito na propriedade rural, urbana, recursos minerais, empresa jornalística e de radiodifusão e sons e imagens e, por fim, a propriedade autoral. Desse modo, não há que se falar em propriedade, mas em várias modalidades de propriedades, que representam vários institutos distintos, mas cujas finalidades convergem para a função social.

Novamente o artigo 5º da Constituição Federal, logo após elencar o direito à propriedade, acrescenta no inciso seguinte que a propriedade atenderá a sua função social, ou seja, deve atender aos fins sociais aos quais se destina, servindo de instrumento para possibilitar a existência digna ao ser humano.

E é na linha de coerência entre o interesse individual e social que a propriedade encontra sua função social. Qualquer postura extremada (recusa do direito de patentes ou conferir um direito absoluto sobre as patentes) é distanciar-se do reconhecimento da função social da propriedade intelectual. Há que se harmonizar e equilibrar interesses. É esse o novo sentido do direito.

No direito de propriedade, ao proprietário é assegurado o direito de exercer seus próprios interesses, tais como o direito de resistência contra esbulhos, apossamento indevido ou outros praticados por terceiros e que lhe prejudiquem o seu direito. Por outro lado, persiste ao proprietário o dever de direcionar a utilização da propriedade não apenas para a satisfação de interesses pessoais, mas para os interesses sociais.

A leitura não se esgota, portanto, na apreciação do conflito entre o princípio da propriedade privada com o da função social, e sim seu processo de densificação – via princípio da liberdade e da igualdade – que deságua no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual deve ser realizado por todos os princípios que lhe concretizam, que,

para isso, se alinham teleologicamente com as hierarquizações axiológicas mediadas pelo caso concreto advindo ao sistema.¹³³

Desse modo, o que o direito atual faz é tão somente redirecionar a propriedade para a única finalidade que justifica a sua existência, que é a proteção da dignidade humana.

Todavia, a função social da propriedade não está direcionada tão somente a propriedade material, móvel ou imóvel, ela está também dirigida para a propriedade intelectual. É este o desafio do direito civil contemporâneo. O assunto necessita de enfrentamento, até mesmo por ter relação muito próxima com a temática da exclusão social, senão veja-se:

Existe uma contradição entre as transformações científicas e tecnológicas (nas quais se destacam a informática, a automação, a robótica, a genética e a biotecnologia) e o aprofundamento da exclusão de milhões de pessoas do mercado de trabalho. A tecnologia é mistificada pelos ideólogos da nova modernização, colocando-a como a nova panacéia capaz de erradicar todos os problemas que afligem a humanidade no mundo moderno. Parece, no entanto, que as transformações aceleradas nas formas de produção e circulação de mercadorias, assim como nos sistemas de comunicação têm, dialeticamente, impactos positivos e negativos. A predominância de um ou outro efeito, depende da correlação de forças e do resultado do embate entre os diversos interesses antagônicos. Acesso à riqueza gerada, qualidade de vida e educação passam necessariamente pela capacidade de barganha que possuam os setores excluídos da sociedade.¹³⁴

A realidade das patentes em biotecnologia revela que comunidades internacionais pressionam países em desenvolvimento para

¹³³ ARONE, Ricardo. **Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados**. Das raízes aos Fundamentos Contemporâneos. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 138.

¹³⁴ SANTOS, Tania Steren dos. **Globalização e exclusão**: a dialética da mundialização do capital. Sociologias, Porto Alegre, n. 6, 2001. p. 06.

aprovarem, em seus países, leis e instrumentos de rígida proteção à propriedade intelectual.

Isso porque não interessa às comunidades internacionais exportar tecnologia em forma de produtos (medicamentos, terapias e outros recursos biotecnológicos) se os países em desenvolvimento não protegerem os direitos das patentes. Em não havendo, nos países periféricos, políticas eficientes de combate à pirataria, o retorno financeiro da exploração do direito de patentes (e que ocorre por grupos de monopólios) não alcançará os objetivos esperados.

O que o direito atual não pode permitir é que o direito advindo das patentes legitimem a era da "privatização", inclusive da própria vida, ou em outras palavras, o "pedágio" para acesso a serviços e produtos, em detrimento da coletividade. Trata-se daí da configuração de uma nova forma de colonização dos países periféricos, nele estando incluído o Brasil.

Ainda, as questões relacionadas com a função social da propriedade intelectual nas pesquisas em biotecnologia envolvem quatro direitos fundamentais diferentes, quais sejam: o direito à vida, o direito à saúde, o direito ao meio ambiente equilibrado e, por fim, o direito à propriedade.

Ocorrerá, com certeza, em muitas situações a colisão entre os referidos direitos fundamentais.

Como então pacificar a colisão, ou seja, o conflito entre tais direitos e atender a função social da propriedade intelectual? Ao buscar o equilíbrio entre os interesses individuais e sociais o direito irá, por certo, ter de enfrentar tal problemática. A resposta para tal indagação é a utilização da técnica da ponderação. O princípio da dignidade da pessoa humana novamente se faz presente e deve sempre ser observado.

Na busca de respostas, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser sempre invocado. Sobre tal princípio, Luis Roberto Barroso anuncia que:

Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental.¹³⁵

Interpretar a lei e reconhecer o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser a proposta do direito da propriedade intelectual para o presente. Reconhecer a dignidade e ponderar os direitos fundamentais para a entrega da tutela jurisdicional é o desafio da atualidade.

Nenhum direito é absoluto, nem mesmo os direitos fundamentais. A aplicação do direito ao caso concreto deve harmonizar as questões da inclusão social, da saúde, do meio ambiente e da propriedade, valores estes que, isolada ou conjuntamente, formam a dignidade do ser humano.

Além do conflito entre direitos fundamentais, dentro do direito pátrio podem ocorrer aparentes desajustes entre leis, até mesmo porque a competência para legislar sobre a saúde e sobre o meio ambiente é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal.

Em se verificando esta situação deve-se utilizar o que se denomina diálogo das fontes, trazida do direito alemão para o direito do consumidor brasileiro, e que pode, perfeitamente, ser adotada no biodireito,

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro, 2003. p. 38-9.

senão veja-se no que consiste o diálogo das fontes nas palavras de Cláudia Lima Marques:¹³⁶

Na belíssima expressão de Erik Jayme, é o atual e necessário 'diálogo das fontes' (dialogue des sources), a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. 'Diálogo' porque há influências recíprocas, 'diálogo' porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpretação, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).¹³⁷

A função social da propriedade intelectual nas pesquisas em biotecnologia é um direito em construção, sendo possível, neste momento, imprimir as seguintes considerações:

- a) Dentre as inúmeras propriedades existentes, a propriedade intelectual é uma delas, devendo necessariamente atender a sua função social;

¹³⁶ Para melhor compreensão do que vem a ser o diálogo das fontes "Erik Jaime alerta-nos para o tempos pós-modernos, onde a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do *droit à la différence* (direito de ser diferente e a ser tratado diferentemente, sem necessidade mais de ser 'igual' aos outros) não mais permitem este tipo de clareza ou de 'monosolução'. A solução sistemática pós-moderna deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Nestes tempos, a superação de paradigmas é substituída pela conveniência dos paradigmas, a revogação expressa pela incerteza tácita, indireta através da incorporação (v. art. 2.043 do CC/2002), e há por fim a conveniência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes convergentes e, em geral, diferentes, em um mesmo sistema jurídico, que parece ser agora um sistema (para sempre) plural, fluido, mutável e complexo. O grande mestre de Heidelberg propõe então a convivência de uma segunda solução ao lado da tradicional: a coordenação destas fontes. Propõe uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito no sistema, a fim de se restabelecer a sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do 'monólogo' de uma só norma possível a 'comunicar' a solução justa) à convivência destas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua ratio, à finalidade 'narrada' ou 'comunicada' em ambas". In, MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2006, p. 28.

¹³⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.* p. 28.

- b) A Constituição Federal, expressamente prevê, inclusive como direito e garantia fundamental, a propriedade e a sua função social;
- c) Em razão de que garantias e direitos fundamentais elencados na Constituição não podem ser interpretados restritivamente, a propriedade intelectual inclui-se como forma de propriedade, havendo assim, previsão constitucional para que ela atenda a sua função social;
- d) O Código Civil brasileiro, ao tratar da função social, não elencou – expressamente – a propriedade intelectual. Todavia, por tratar-se de direito de ordem pública conclui-se que, por meio da interpretação da lei civilista, a propriedade intelectual deverá sempre atender sua função social. Nesse sentido, o rol de situações que o Código Civil prescreveu para a propriedade atender a função social é meramente exemplificativa;
- e) A função social da propriedade caracteriza-se por estabelecer o equilíbrio entre os interesses individuais (titulares dos direitos de patentes) e os interesses sociais;
- f) O desafio do direito contemporâneo é justamente encontrar este ponto de equilíbrio. Não há respostas prontas ou fórmulas para isso, devendo no caso concreto, ser aplicado o princípio da dignidade da pessoa humana;
- g) No conflito de leis, pátrias ou tratados internacionais, deve-se flexibilizar a interpretação através do diálogo das fontes, ao passo que entre diferentes leis não há conflito, por tratar-se o direito de um sistema coordenado e que deve ser harmonizado para a defesa dos direitos humanos. Assim, entre os inúmeros regimes de biossegurança

que existem, deve-se sempre buscar aquele (ou aqueles) que mais atenda(m) ao princípio da dignidade da pessoa humana.

h) Princípio (e aqui se refere à dignidade da pessoa humana) não é mero aconselhamento, mas sim, trata-se de comando imperativo a ser aplicado no caso concreto, abrangendo toda e qualquer relação jurídica. Com base nisso, conclui-se que no caso de cobrança abusiva de *royalties* para uso da tecnologia (sementes de alimentos transgênicos), se deverá reduzir ou readequar o valor contratado ao patamar que atenda a função social das patentes em biotecnologia, bem como, por outro lado, respeite os direitos dos titulares de tais patentes.

E por fim, trazendo a lição de Paolo Grossi, "*Ordenamento é uma noção que tem a ordem no seu coração; e ordem, justo por não poder prescindir da realidade a ser ordenada, justo por ser, necessariamente, escuta e recepção de instâncias provenientes da realidade, põe-se como preciosa mediação entre a autoridade e a sociedade, não assumindo o aspecto desagradável da coerção*".¹³⁸

5.9 A biotecnologia revolucionando do direito

Duvidamos suficientemente do passado para imaginarmos o futuro, mas vivemos demasiadamente o presente para podermos realizar nele o futuro.
Boaventura de Sousa Santos¹³⁹

¹³⁸ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004, p. 80.

¹³⁹ SOUSA SANTOS, Boaventura. **Op. cit.** p. 92

A temática da função social da propriedade intelectual na área biotecnologia envolve duas áreas de elevada complexidade. A primeira, a da ciência, desafia a humanidade pela possibilidade, agora imediata, de o homem interferir na natureza. A biotecnologia afasta-se, e muito, das conquistas sonhadas no século passado ou das ficções trazidas pela arte cinematográfica. Não obstante a biotecnologia não atingir o patamar imaginado pela coletividade (medicamentos únicos para todos os males, imortalidade dos seres humanos, etc.), por outro lado, a biotecnologia progrediu extraordinariamente. Para demonstrar isso, basta lembrar que as propostas mais desafiadoras Projeto Genoma Humano foram concluídas antes do prazo previsto.

Os fatos trazidos pela biotecnologia acabam por revolucionar o direito, que aos poucos amolda-se a nova realidade social. Exemplo disso é a recente decisão da Justiça Canadense que reconheceu o direito de dupla maternidade¹⁴⁰ a uma criança, que aos cinco anos de idade passou a ter,

¹⁴⁰ **"Um pai e duas mães. Tribunal canadense reconhece direitos de filiação de criança de cinco anos a três pessoas.** Pela primeira vez, um tribunal canadense reconheceu oficialmente que um rapaz de cinco anos pode ter um pai e duas mães - um casal de lésbicas - suscitando inquietação por parte das organizações de defesa da família. Num acórdão proferido terça-feira ao final do dia, o Tribunal de Recurso da Província do Ontário decidiu que uma canadense que vivia maritalmente com a mãe da criança devia também ser reconhecida como sua mãe e, portanto, como o terceiro elemento parental da criança. Uma instância inferior recusara-lhe esse estatuto, por considerar que a legislação da província relativa à família reconhece apenas uma só mãe, não cabendo ao tribunal modificá-la. A mulher, originária do Ontário, explicou o seu pedido fazendo valer que o nascimento tinha sido planejado com a sua parceira homossexual que carregou no ventre a criança depois de uma inseminação artificial e que esta a considera também como mãe. As duas mulheres, cuja identidade não foi divulgada, decidiram que o pai biológico devia permanecer na vida da criança e levaram-no a reconhecer a sua paternidade, o que impedia que a mãe não-biológica pudesse adotar o bebê. A queixosa requereu o usufruto dos mesmos direitos que os outros pais e os seus advogados sustentaram a sua defesa na lei canadense que autorizou em 2005 os casamentos entre cônjuges do mesmo sexo. Nos seus considerandos, os juizes do Tribunal de Recurso notam que as duas mulheres **"viviam juntas numa união estável desde 1990 e que em 1999 tinham decidido fundar uma família com a ajuda do seu amigo X"** que foi o doador de esperma. Defenderam que a legislação local sobre a filiação e que tem 30 anos estava agora ultrapassada e ia, neste caso preciso, contra **"o melhor interesse da criança"**. **"Não há dúvida de que a legislação não prevê a possibilidade de declarações de filiação de duas mulheres. Mas é o produto das condições sociais e dos conhecimentos médicos da época"**, escreveram os juizes. **Os argumentos contra e a favor.** Várias organizações de defesa dos direitos da família denunciaram este acórdão. **"Os ataques contra a célula familiar vão acabar por destruir a nossa sociedade"**, declarou Mary Ellen Douglas da Campanha pela Vida, perguntando-se onde se vai fixar o limite **"sobre as declarações de**

juridicamente, duas mães e um pai. Trata-se de um casal de mulheres homossexuais que, no planejamento familiar, optaram pelo método da reprodução assistida para terem um filho. Decidiu a Justiça canadense, em data de 7 de janeiro de 2007, o reconhecimento ao filho do casal de mulheres o direito à dupla maternidade (a primeira biológica e a segunda não biológica). Sobre tal decisão,

“[...] a legislação local sobre a filiação e que tem 30 anos estava agora ultrapassada e ia, neste caso preciso, contra **‘o melhor interesse da criança’**. **“Não há dúvida de que a legislação não prevê a possibilidade de declarações de filiação de duas mulheres. Mas é o produto das condições sociais e dos conhecimentos médicos da época’**, escreveram os juízes”¹⁴¹. (Grifo no original).

Trata-se o referido caso de apenas um exemplo das inúmeras situações que o direito terá que enfrentar. Não mais existem respostas prontas e acabadas. O desafio atual é pensar nos rumos da biotecnologia e de torná-la um instrumento de inclusão social, e um dos debates mais significativos da próxima década, ao nosso ver, serão as patentes em biotecnologia. Sobre tal contexto, Antônio Moser assinala que:

parentesco múltiplas". Por seu lado, Joseph Bem-Ami do Instituto para os valores canadenses denunciou **"um ativismo judicial"**, lembrando que dezenas de decisões sobre crianças são adotadas diariamente no Canadá, **"sem que seja necessário mudar a definição da família"**. Uma organização de defesa dos direitos dos homossexuais, Egale Canada, saudou a decisão do tribunal, afirmando que ela reconhece a realidade da existência de casais lésbicos. Para Nicole LaViolette, professora de Direito na Universidade de Otava, a decisão do Tribunal de Recurso constitui um precedente porque é a primeira vez que um tribunal de Ontário **"reconhece direitos de filiação a três pessoas: duas declarações de maternidade e uma de paternidade"**. Todavia, é um precedente limitado na medida em que o tribunal teve o cuidado de precisar que se pronunciava sobre um caso particular, declarou. **"As decisões relativas a uma criança fazem-se caso a caso e não é algo que se vá aplicar a muitas pessoas"**, sublinha. Para LaViolette, pode-se imaginar a mesma decisão no caso de um casal heterossexual que, por não poder ter filhos, recorresse a uma mãe de aluguer". In, **Um pai e duas mães.Tribunal canadiano reconhece direitos de filiação de criança de cinco anos a três pessoas**. <<http://sic.sapo.pt/online/noticias/vida/8640710.htm>>. Acesso em 07.01.2006.

¹⁴¹ In, **Um pai e duas mães.Tribunal canadiano reconhece direitos de filiação de criança de cinco anos a três pessoas**. In, <<http://sic.sapo.pt/online/noticias/vida/8640710.htm>>. Acesso em 07.01.2006.

O controle do extraordinário poder biotecnológico encontra-se nas mãos de poucos, mais precisamente dos grupos e países mais ricos. São eles que, apesar do discurso revestido de preocupações humanitárias, nos fazem pensar que o sonho há muito sonhado, de um biotecnologia e de bioética globais que iriam unir a humanidade, vá se transformar em pesadelo. [...] A bioética, juntamente com outras forças, tem que fazer o papel dos que interpelam todos e cada um dos passos, pedindo esclarecimentos e levantando questionamentos, exigindo que os benefícios sejam partilhados por todos: só assim poderemos contar com um pouco mais de otimismo em relação ao futuro¹⁴².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estado atual da biotecnologia revolucionará o conceito de vida. Trata-se de um fenômeno sem precedentes que tende a modificar a própria a história da humanidade. É preciso, então, estabelecer um diálogo entre a ciência, o direito e a promessa humanitária de inclusão social.

De acordo com o pensamento da indiana Vandana Shiva,¹⁴³ entendemos que os benefícios advindos da biotecnologia – se não for pensada a função social da propriedade intelectual – poderão simbolizar uma nova colonização dos países em desenvolvimento. Transportando a metáfora para a realidade brasileira, estamos nos tornando fornecedores de matéria prima (recursos da biodiversidade) para pesquisas desenvolvidas em laboratórios de países desenvolvidos. O resultado obtido por meio destas pesquisas é patenteado por megagrupos de investimentos internacionais que obtém o monopólio de uso destas tecnologias (sementes de alimentos transgênicos utilizadas na agricultura e novas terapêuticas a serem desenvolvidas a partir das pesquisas com células-tronco).

¹⁴² MOSER, Antônio. *Op. cit.* p. 430.

¹⁴³ As conclusões de Vandana Shiva nos parecem apropriadas para a nossa realidade, pois seu pensamento parte da realidade vivida pela Índia, que é um país em desenvolvimento, assim como o Brasil.

A partir disso os países como o Brasil passam a importar biotecnologias, arcando com o pagamento de *royalties*, sem qualquer opção de negociação sobre os valores cobrados. Em outras palavras, estamos na era da "privatização da vida", ou o dos "pedágios sobre a vida".

Interessa aos países desenvolvidos que países como Brasil desenvolvam controles rígidos para proteger os direitos da propriedade industrial, assegurando assim a plena proteção dos direitos advindos das patentes, o que faz do pagamento de *royalties* a única via para o acesso aos recursos biotecnológicos. De acordo com estatísticas, os Estados Unidos é país que mais detém direitos sobre patentes, em especial na área da biotecnologia.

A aprovação da recente Lei de Biossegurança era inevitável, ao passo que mesmo antes da sua votação as sementes de alimentos transgênicos já estava permitida em solo nacional. Em síntese a Lei 11.105/05 autoriza os alimentos transgênicos e as pesquisas com células-tronco embrionárias (mediante observância de alguns critérios).

Com a aprovação da Lei de Biossegurança inicia-se, nos tribunais brasileiros, a discussão do direito de patentes em biotecnologia. No Estado do Rio Grande do Sul, onde já existem processos desta natureza, os agricultores que utilizam sementes de alimentos transgênicos para a agricultura alegam que o valor dos *royalties* cobrados pelas multinacionais é excessivo (geralmente entre 2 e 5% da produção total). Além disso, a titularidade das patentes em biotecnologia concentra-se em grupos de investimentos internacionais, o que acaba por gerar monopólio e ausência de concorrência entre fornecedores, retirando dos agricultores o direito de opção na compra destas sementes. Registra-se, ainda, que as sementes de alimentos transgênicos são estéreis, fato este que impossibilita que agricultores reservem parte da produção para a próxima safra.

Já no caso das pesquisas com células-tronco, os resultados ainda são - em grande parte - preliminares, razão pela qual ainda são raras

as disputas judiciais para uso de tal tecnologia. Acredita-se que com o desenvolvimento da biotecnologia na área da medicina, tais discussões devem logo ocupar espaço nos Tribunais brasileiros, até mesmo porque os genes do Projeto Genoma Humana já estão, em grande parte, patenteados, fato este que irá direcionar de imediato as conquistas das pesquisas com células-tronco para os interesses meramente econômicos.

No Supremo Tribunal Federal tramita a ADIN nº 3.510, proposta pelo ex-Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles. A referida ação defende que a vida humana inicia-se no momento da fecundação e, assim, o artigo 5º da Lei 11.105/2005 é inconstitucional, ao permitir a utilização de embriões humanos para fins de pesquisas com células-tronco. Em sentido oposto, portadores de doenças incuráveis entendem que a citado artigo legal é constitucional, ao passo que as pesquisas com células-tronco embrionárias podem, no futuro, obter a cura para inúmeros males. Ao nosso ver, a decisão do STF (ainda não proferida) deve guiar-se pela técnica da ponderação. Em outras palavras, deve-se ponderar entre a dignidade do embrião e a dignidade dos pacientes que necessitam dos avanços que, eventualmente, as pesquisas com células-tronco poderão trazer. Nesse exercício de ponderação, ao nosso ver, deve prevalecer o entendimento de que o artigo 5º da Lei de Biossegurança é constitucional, permitindo assim a continuidade das referidas pesquisas. Após isso, o direito deve atentar-se para a distribuição dos benefícios que resultados das pesquisas poderão possibilitar para sociedade. Em outras palavras, deve-se pensar na função social das patentes originadas das novas terapêuticas.

A biotecnologia passa a desenhar uma nova realidade social, e este é o momento de o direito assumir, conjuntamente, os contornos dessa realidade. Cabe ao direito orientar os rumos a serem seguidos pela biotecnologia, para que assim as pesquisas com células-tronco não se transformem em mero instrumento de promoção da eugenia e que os

resultados das pesquisas genéticas não acabem por priorizar os interesses meramente econômicos.

A biotecnologia deve assumir a percepção social, voltar-se para a massa dos excluídos, pois é deste ponto de partida que se deve construir o direito da função social da propriedade intelectual.

O inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal prescreve que a propriedade deve atender sua função social. Atualmente o direito refere-se a propriedade, nela estando incluída a propriedade intelectual, que deve atender sua função social. As patentes em biotecnologia, então, devem conciliar interesses individuais (titulares de patentes) e sociais (o direito dos excluídos).

O direito individual não exclui o social, ao contrário, se harmonizam, assim como não existe dicotomia entre os interesses públicos e privados.

No direito infraconstitucional, o Código Civil de 2002 também prescreve a propriedade deverá atender sua função social. A interpretação do direito civil deverá ser feita no sentido de incluir a propriedade intelectual neste rol de propriedades.

O direito atual é formado por conceitos abertos, a serem preenchidos de acordo com as necessidades humanas, amoldando-se à dinâmica da vida. A interpretação do direito deve orientar-se para a necessidade de a propriedade intelectual atender a sua função social.

O estado atual da biotecnologia envolve, principalmente, os direitos fundamentais à vida, à saúde, à propriedade e ao meio ambiente. Na análise do caso concreto, ao se analisar a função social da propriedade intelectual nas pesquisas em biotecnologia as decisões devem sempre atentar para o fato de nenhum desses direitos é absoluto e, em caso de colisão entre direitos fundamentais, há que ser aplicada a técnica da ponderação e, sobretudo, a aplicação incondicional do princípio da dignidade da pessoa humana.

Conclui-se que na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana é possível, no caso concreto, conferir efetividade à função social da propriedade intelectual como meio de inclusão social, como exemplo, ao se reduzir os valores da cobrança de *royalties* pela utilização de tecnologia (sementes de alimentos transgênicos e novas terapêuticas advindas das pesquisas com células-tronco), ao patamar que harmonize os interesses dos titulares de patentes e, em especial, aos interesses sociais.

Equilibrar interesses é atribuir à propriedade a sua função social, é enfim reconhecer a igualdade jurídica, ao passo que na voz de Carmem Lúcia Antunes Rocha:

"A igualdade jurídica indica também, na bioética, o direito de cada pessoa de ter acesso aos avanços biotecnológicos, sem qualquer discriminação que pudesse privilegiar alguns e negacear a efetividade dos direitos dos outros, de modo que se tratasse de duas categorias de humanos: os que poderiam se valer das conquistas científicas que poderiam melhorar a humanidade a viver bem, com saúde, segundo boas condições para aproveitar a aventura humana segundo a excelência da humanidade, e aqueles outros que não poderiam contar com as mesmas condições por carência de meios para superar fatores contrários à sua saúde e que, portanto, não estariam no gozo dos mesmos direitos fundamentais, incluídos aqueles relativos à saúde, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dos quais somente aqueles primeiros poderiam dispor".¹⁴⁴

¹⁴⁴ ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. *Op. cit.* p. 121.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMS, Ian; DYSON R. **Cinquenta pensadores políticos essenciais:** da Grécia antiga após dias atuais. Tradução de Mario Pontes. Rio de Janeiro: DIFEL, 2006.

ALMEIDA, R. F. de; BAYERL COELHO, A. **Princípio da demanda nas ações coletivas do Estado Social de Direito.** In. Revista de Bioética e Ética Médica, Vol. 10, n. 2. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2002.

AMADIO GUERRERO, Camilo Augusto. O fundamento científico da função social da propriedade intelectual. In, NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Função do direito privado no atual momento histórico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. **O direito à vida digna.** Coord. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ARONE, Ricardo. **Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados.** Das raízes aos Fundamentos Contemporâneos. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 138.

ASSIER-ANDRIEU, L. **O direito nas sociedades humanas.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BARTHES, Roland. **O Rumor da língua.** Trad. Mário Laranjeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fonte, 2004.

BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 53.

BARBOSA, D. B. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. vol. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARNEIRO LOBO, Andréa Maria. **Desvanecimento poético: outra experiência possível nos textos de Paulo Leminski e Ana Cristina César**. Dissertação de Mestrado. Curso de Pós-Graduação em História, Linha Espaço e Sociabilidades. Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes, da Universidade Federal do Paraná. 2005.

CASABONA. C. M. R. (Coord.). **Biotecnologia, direito e bioética: Perspectivas em direito comparado**. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002.

CÉLULAS-TRONCO. Fonteles quer proibir uso de embriões em pesquisas. *In*, <<http://www.conjur.estadao.com.br/static/text/35087,1+O+cientista+J%C3%A9r%C3%B4me+Lejeune,+professor+da+universidade+de+Ren%C3%A9&hl=pt-BR&gl=br&ct=clnk&cd=1>>. Acesso em 14.12.2005.

CERQUEIRA, J. da G. **Tratado da propriedade industrial**. São Paulo: RT, 1982.

CLOTET, J. **Bioética: uma aproximação**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
_____ (organizador). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. volume 4. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 69

COMPARATO, Fabio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**. São Paulo: RT, n. 63. s.d.

CORRÊA, Elídia, *Et. al.* (Coord.) **Biodireito e dignidade da pessoa humana: diálogo entre a ciência e o direito**. Curitiba: Juruá, 2006.

COSTA, S. I. F. ; OSELKA, G.; GARRAFA, W. (Coord.). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

COSSETIN SCHOLZE, Simone Henriqueta. **Patentes, transgênicos e clonagem**. Implicações jurídicas e bioéticas. Brasília: UnB, 2002.

CPI BIOPIRATARIA confirma suspeitas contra ONG americana. In, <<http://blog.tudosobreplantas.com.br/2006/11>>. Acesso em 28.12.2006.

DALLARI, Dalmo de A. Bioética e Direitos Humanos. In. COSTA, S. I. F.; OSELKA, G.; GARRAFA, W. (Coord.). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

DEL NERO, P. A. **Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Questões jurídicas da fertilização *in vitro***. Caderno Jurídico, julho/2001, Ano 1, nº 2.

EDELMAN, Bernard. **O Direito captado pela fotografia**. Coimbra: Centelha, 1976.

ESTEVES, L. B. (IN)disponibilidade da vida. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n. 24, out./dez. 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FIORILLO, Celso A. Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental e patrimônio genético**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FOUCAULT, Michel. **O que é um autor?** Trad. Antonio Fernando Cascais e Eduardo Cordeiro. 5. ed. [S.L.]: Vega, 2002.

_____. **As palavras e as coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **A Arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Vigiar e punir**. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

GIACOIA, Gilberto. **Justiça e Dignidade**. Argumenta, número 2. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi. 2002.

GICACOIA JR, Oswaldo. Ética, técnica, educação. In: BIGNOTTO, N.; MORAES, E. J. (Org.). *Hannah Arendt*: Diálogos, reflexões, memórias. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Função social da propriedade, In, TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 412-13

GRAMSTRUP, Erik. Os regimes brasileiros de biossegurança. In. CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade. (Coord). *Et. ali*, **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Diálogo entre a ciência e o direito. Curitiba: Juruá, 2006.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.

GUARESCHI, Pedrinho A. Pressupostos psicossociais da exclusão: competitividade e culpabilidade. In, SAWAIA, Bader (Org.). **As artimanhas da exclusão**. Análise psicossocial e ética da desigualdade social. Petrópolis: Ed. Vozes, 2006.

INGENIEROS, José. **O homem medíocre**. Tradução de Alvanísio Damasceno. Curitiba: Livraria do Chain, s.d.

INTERESSES COMERCIAIS vencem na MOP3. In, <<http://www.prod.midiaindependente.org/pt/blue>>. Acesso em 12.10.2006

JUNQUEIRA DE FARIA, Juliano. *Direitos reais: uma abordagem dos princípios do numerus clausus, da tipicidade, da autonomia da vontade e da função social da propriedade*. **Revista da Faculdade Mineira de Direito** – v.1. Belo Horizonte: PUC Minas, 2005.

KOGA, Dirce. **Medidas de cidades. Entre territórios de vida e territórios vividos**. São Paulo: Cortez, 2003.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LOUREIRO, J. C. Os rostos de Job: tecnociência, direito, sofrimento e vida. In. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Vol. LXXX. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2004.

_____ Os genes do nosso (dês)contentamento. In. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Vol. LXXVII. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2006.

MARIÁTEGUI, José-Carlos. Sobre o futuro da arte e da ciência através da inventividade humana. In DOMINGUES, Diana. **Arte e vida no século XXI**. Tecnologia, ciência e criatividade. São Paulo: UNESP, 2003.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Signos**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2 ed. Lisboa: Moraes, 1989.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e biotecnologia**. São Paulo: RT, 2005.

MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORIN, Edgar. **O método 5: a humanidade da humanidade**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.

MOSER, Antonio. **Biotecnologia e bioética: para onde vamos?** 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Democracia Social em Face da Globalização**. Disponível em <www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Friedrich_rev72>. Acesso em 14 de maio de 2006.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SÁ, Maria de Fátima Freire de. Biotecnologia e aspectos relevantes da nova Lei de Biossegurança. In, **Revista da Faculdade Mineira de Direito** – v. 1 (jan. – jun. 1998). Belo Horizonte: PUCMinas, 2005, p. 15.

NORBIM, L, D. Ponderações sobre o começo da vida face a concepção humanitária. In. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n. 24, out./dez. 2005.

PENA, S. D. J. e Eliane, S, A. **O projeto genoma humano e a medicina preditiva: avanços técnicos e dilemas éticos**. In Sérgio Ibiapina Ferreira Costa; Gabriel Oselka; Volnei Garrafa (coord.). *Inciciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Biodireito: o novo direito da vida. In. WOLKMER, Antonio Carlos. MORATO LEITE, José Rubens. (Orgs.). **Os "novos" direitos no Brasil**. Natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 313.

PESSINI, L. e BARCHIFONTAINE, C. de P. **Problemas atuais de bioética**. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

PIERANGELI, J. H. **Crimes contra a propriedade industrial e crimes contra a concorrência desleal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RISOLIA, A. **A biologia no terceiro milênio**. In CASABONA, C. M. R. (Coord.). *Biotecnologia, direito e bioética: Perspectivas em direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002.

ROBSON DA SILVA, José. **Paradigma Biocêntrico: do Patrimônio Privado ao Patrimônio Ambiental**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

ROLNIK, Raquel. **É possível uma política urbana contra a exclusão?** In. *Serviço Social & Sociedade*. São Paulo: Cortez, 2002.

ROSAS AZUIS. In, <http://www.picarelli.com.br/fotolegendas/fotolegenda_072004c.htm>. Acesso em 16.03.2006.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Tania Steren dos. **Globalização e exclusão: a dialética da mundialização do capital**. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 6, 2001.

SHIVA, Vandana. **Biopirataria: pilhagem da natureza e do conhecimento**. Petrópolis: Vozes, 2001.

SILVA, de P. **Vocabulário Jurídico**. V.2. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SILVEIRA, N. **A propriedade intelectual e as novas leis autorais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, 3ª ed. Coleção Biblioteca Universal. p. 238.

SCHOLZE, S. H. C. **Patentes, transgênicos e clonagem: implicações jurídicas e bioéticas**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

SPOSATI, Aldaíza. Globalização da economia e processos de exclusão social. In. **Capacitação em Serviço Social e Política Social**: Módulo 1: Crise Contemporânea, Questão Social. Brasília: CEAD, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

UM PAI e duas mães. Tribunal canadiano reconhece direitos de filiação de criança de cinco anos a três pessoas. In, <<http://sic.sapo.pt/online/noticias/vida/8640710.htm>>. Acesso em 07.01.2006.

VENTURELLI, Suzete. Homem artista, deus criador ou feiticeiro ciborgue? In DOMINGUES, Diana. **Arte e vida no século XXI**. Tecnologia, ciência e criatividade. São Paulo: UNESP, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos. In, WOLKMER, Antonio Carlos. MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). **Os "novos" direitos no Brasil**. Natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.