

A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E O COMÉRCIO INTERNACIONAL

19.1 As restrições comerciais autorizadas pelos tratados sobre a proteção do meio ambiente

Poucos tratados ambientais estatuíram restrições ao comércio para proteger o meio ambiente. Tais acordos revestem enorme importância e reúnem número elevado de Estados, como sucede com a Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Fauna e Flora Selvagens Ameaçadas de Extinção (CITES), o Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Deterioram a Camada de Ozônio Estratosférica e a Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito. Regras alusivas ao comércio figuram também em outros compromissos ambientais, a saber: a Convenção sobre a Diversidade Biológica, a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, a Convenção de Roterdã sobre o Procedimento de Consentimento Prévio Informado para o Comércio Internacional de Certas Substâncias Químicas e Agrotóxicos Perigosos, o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança e a Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes.

As medidas de contenção ao comércio predispostas por esses acordos desejam controlar e restringir o tráfico mercantil nas situações em que existir a probabilidade de dano ambiental. Encorajam os governos a participar dos acordos ambientais e condicionam o respeito ao livre-comércio à obrigação de proteger o meio ambiente. Tutelam, ainda, o patrimônio natural do Estado importador ao tolher a circulação de determinadas substâncias perigosas.⁷⁷⁹

⁷⁷⁹ TARASOFSKY, Richard G. Ensuring Compatibility between Multilateral Environmental Agreements and GATT/WTO, 7 Yearbook of International Environmental Law (1996), p. 56.

Pretendem, desse modo, conferir solidez a tudo quanto foi pactuado na tentativa de evitar que as promessas se tornem palavras vazias, carentes de suporte na realidade.

Concluída em Washington em 1973, a Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Fauna e Flora Selvagens Ameaçadas de Extinção (CITES) é o primeiro documento projetado em escala universal para materializar tão ambicioso escopo. O Acordo CITES criou um sistema de permissões, certificações e licenças para disciplinar o comércio internacional das plantas e animais sujeitos a desaparecer, em virtude da intensa exploração verificada nas últimas décadas. O Apêndice I relaciona as espécies sob ameaça de extinção que podem ser afetadas pelo comércio, ao passo que o Apêndice II discrimina as espécies submetidas a todo o tipo de risco se o comércio predatório não for eliminado, enquanto o Apêndice III enumera as espécies domésticas que os Estados Partes não deverão exportar. O comércio das espécies arroladas no Apêndice I é autorizado apenas quando envolver os espécimes de uma espécie animal criados em cativeiro ou de uma espécie de planta reproduzida artificialmente para fins comerciais, consoante estabelece o Anexo I. Movida pelo ideal preservacionista em voga no limiar dos anos 70, época em que a consciência ecológica começava a florescer, a Convenção não hesitou em banir o comércio das espécies cuja sobrevivência estiver em risco.

A permissão para exportar as espécies indicadas no Anexo I dependerá do aval concedido pela Autoridade de Gestão, órgão previsto pelo Acordo CITES para atuar no plano doméstico, em conjunto com uma instância de assessoramento científico. O equilíbrio do ecossistema é o critério a orientar as decisões tomadas, e toda cautela residirá em proscrever as iniciativas tendentes a contrariá-lo. O objeto do Anexo III é reconhecer às partes o direito de identificar as espécies internas que não serão exploradas e pleitear a cooperação dos demais signatários para controlar o comércio ilícito de certas espécies.

A eficácia do Acordo CITES pressupõe a edição de normas internas para assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas. É perfeitamente possível, por razões de conveniência e oportunidade, que a severidade das leis aprovadas ultrapasse o rigor das prescrições convencionais. Problemas de monta em inúmeras áreas criam notórias dificuldades para que os países em desenvolvimento levem a cabo a tarefa de edificar o aparato institucional exigido pela Convenção. Exemplo paradigmático é fornecido pela Tailândia, que, não obstante integrar o Acordo CITES desde 1983, não havia adotado, em 1991, a legislação nacional pertinente.

A Conferência das Partes impôs àquele país a proibição temporária de comercializar as espécies mencionadas nos anexos da Convenção entre 22 de abril de 1991 e 2 de abril de 1992 e cogitou aplicar-lhe novas sanções se não fossem introduzidas no sistema jurídico tailandês as reformas imprescindíveis para executar os deveres internacionais previamente aceitos.⁷⁸⁰ O Acordo CITES foi acusado de não dar atenção aos países em desenvolvimento, ser insensível às diferenças nacionais e não criar mecanismos de ajuda financeira às nações pobres.⁷⁸¹ As sanções comerciais, por si só, não são hábeis para cercear o comércio de espécies vedadas pelo Acordo CITES, se não forem tomadas providências para superar a situação de carência absoluta, que atinge setores ponderáveis da população. O relatório divulgado pela OCDE, em 1997, explicitamente admitiu a ausência de leis nacionais e instituições adequadas nos países em desenvolvimento com o fito de autorizar o comércio nos moldes estabelecidos pelo Acordo CITES.⁷⁸² A vida internacional não registra, até o momento, mudança substancial desse estado de coisas, fator preocupante quando se pensa no efetivo cumprimento das metas estipuladas.

O Protocolo de Montreal, firmado em 1987, pretendeu reduzir a produção e o uso das substâncias que deterioram a camada de ozônio, constantes de uma lista especialmente elaborada. Proibiu, inclusive nas relações com um Estado que não o integre, o comércio de tais substâncias, tendo facultado aos signatários, à luz das informações disponíveis, vedar as importações dos produtos que as utilizaram no curso do processo de produção. Incumbe a cada parte, conforme previsto, apresentar uma lista minuciosa dos produtos que contenham as substâncias controladas. Obter a concordância dos países que formalmente não aderiram ao Protocolo é, em última análise, o propósito perseguido pelo uso de sanções comerciais para a defesa do meio ambiente. A cooperação financeira e a transferência de tecnologia são essenciais para a satisfação das obrigações em face da crescente disparidade de poder e riqueza entre os Estados. Compreendeu-se que os países em desenvolvimento, por razões estruturais, nem sempre estão preparados para levar a efeito as transformações internas requeridas pelos compromissos internacionais celebrados. Violações acaso surgidas ocorrem,

⁷⁸⁰ ALAM, Shawkat. Trade Restrictions Pursuant to Multilateral Environmental Agreements: Developmental Implications for Developing Countries. *Journal of World Trade Law – Economics – Public Policy*. New York: Kluwer Law International. v. 41, nº 5, October 2007, p. 983-1014.

⁷⁸¹ ARROYO-QUIROZ, Ines; PEREZ-GIL, Ramon; LEADER-WILLIAMS, Nigel. Developing Countries and the Implementation of CITES: The Mexican Experience, 8 *Journal of International Wildlife Law and Policy* (2005), p. 47.

⁷⁸² OECD, Experience with the Use of Trade Measures in the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES), OCDE/GD (97) (Paris: OECD 1997), p. 106, available at: <www.oecd.org/ech/tradedoc.html>.

na maioria das vezes, devido à ineficiência administrativa e não pela rebeldia governamental ou pela manifesta propensão para a desobediência. Essa circunstância explica a origem do fundo para propiciar ajuda financeira, a transferência de tecnologia, a disseminação de informação e o financiamento de projetos que interessam aos países em desenvolvimento. Os dispositivos sobre transferência de tecnologia não proporcionaram resultados efetivos, graças à inércia dos governos e das corporações, que se recusam a estabelecer vínculos cooperativos mais intensos.

A Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos, adotada em 1989, é uma resposta ao impressionante volume do comércio mundial desses resíduos, motivo de inquietação no mundo em desenvolvimento. Assiste a cada Estado o direito de impedir o ingresso ou o depósito de resíduos perigosos e outros resíduos em seu território a fim de proteger a saúde e o meio ambiente. O Estado exportador informará, mediante notificação, as autoridades do país importador e, se for o caso, daquele onde o resíduo vier a transitar, sobre os riscos que oferecem, os quais deverão ser aceitos para que o referido transporte se realize. A Convenção requer cuidado particular no acondicionamento, rotulagem e transporte dos resíduos perigosos, que deverão ser depositados pelo país receptor de modo a não prejudicar o meio ambiente.

A Segunda Conferência das Partes (COP) houve por bem, em 1994, revigorar o quadro normativo concebido em 1989, duramente criticado por facilitar a exportação de dejetos produzidos pelas nações industrializadas.

Permanece, entretanto, a certeza de que na maior parte do hemisfério sul não há condições apropriadas para o controle das importações, pois a debilidade burocrática e as imperfeições regulatórias agravam as dificuldades de fiscalização. Compete aos Estados-partes definir o sentido da expressão *resíduos perigosos*, fato que tem provocado dúvidas sobre o real alcance da Convenção de Basileia. Apesar disso, ela só terá êxito se forem criadas as instituições capazes de aferir a consecução das finalidades propostas. O desafio, nesse terreno, é propiciar a nações menos desenvolvidas os meios que favoreçam a edificação do arcabouço necessário a esse empreendimento.

As restrições ao comércio garantem a obediência a alguns tratados ambientais e estão voltadas a concretizar os objetivos enunciados pelas partes. Os principais inconvenientes que originam são a potencialidade para disfarçar o protecionismo sobretudo em relação aos países em desenvolvimento, a tentativa de forçar a mudança das políticas ambientais estrangeiras e a contenção ao comércio sem a necessidade de esclarecer e qualificar as medidas adotadas por

intermédio de justificativas científicas apropriadas.⁷⁸³ Muitos governos contestam o uso unilateral de sanções comerciais temendo que elas se constituam em nova barreira imposta às exportações dos países pobres.⁷⁸⁴ As restrições ao comércio não podem ser vistas como único instrumento para alcançar os propósitos consagrados pelos tratados ambientais. É indispensável que sejam analisadas com cautela, tendo em vista as especificidades do caso concreto segundo os princípios da necessidade e da proporcionalidade. As medidas comerciais e outras medidas de natureza política deveriam ser complementares e operar de forma integrada.⁷⁸⁵

19.2 As exceções comerciais e a proteção do meio ambiente no GATT

19.2.1 O sentido do art. XX do GATT

O GATT, um dos pilares da ordem econômica do segundo pós-guerra, dificilmente conquistaria apoio dos Estados se não contivesse exceções às regras sobre a liberalização do comércio internacional. Compreendeu-se, desde cedo, que o êxito do novo sistema dependeria do equilíbrio entre duas exigências: a eliminação das barreiras alfandegárias e a liberdade concedida aos governos para tomar decisões que protejam interesses sensíveis à população doméstica. O art. XX procurou atingir essa finalidade, por meio de exceções que exprimem valores de grande relevância, entre os quais a moralidade pública, a saúde humana, vegetal ou animal, e a defesa dos recursos naturais.⁷⁸⁶ Paralelamente, o art. XXI, imbuído do mesmo

⁷⁸³ ALAM, Shawkat. Trade Restrictions Pursuant to Multilateral Environmental Agreements: Developmental Implications for Developing Countries. *Journal of World Trade Law – Economics – Public Policy*. New York: Kluwer Law International. v. 41, nº 5, October 2007, p. 983-1014. Cf. Alan Oxley, “Commentaries on Article 1: The Relationship between MEAs and WTO Rules”, in *UNCTAD, Trade and Environment Review 2003* (Geneva: United Nations, 2003).

⁷⁸⁴ Adil Najam, Trade and Environment after Seattle: A Negotiation Agenda for the South, 9 *Journal of Environment & Development* 9 (2000), p. 410.

⁷⁸⁵ ALAM, Shawkat. Trade Restrictions Pursuant to Multilateral Environmental Agreements: Developmental Implications for Developing Countries. *Journal of World Trade Law – Economics – Public Policy*. New York: Kluwer Law International. v. 41, nº 5, October 2007, p. 983-1014.

⁷⁸⁶ *Artigo XX*

Exceções Gerais

Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer Parte Contratante, das medidas:

- I – a) necessárias à proteção da moralidade pública;
- b) necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais;
- c) que se relacionem à exportação e à importação do ouro e da prata;

espírito, autorizou os signatários do Acordo a adotar todas as medidas que julgarem convenientes para garantir os interesses essenciais de sua segurança.

O art. XX, que exalta a soberania estatal em áreas fundamentais, facilitou a aceitação dos compromissos assumidos, sem resistência por parte dos destinatários. Concorre, assim, para a legitimidade do GATT, ao incorporar valores não relacionados ao comércio. Permanece, não obstante, a tensão entre os princípios do livre-comércio e a liberdade para o Executivo realizar políticas internas que limitem as importações. O intérprete defronta-se, na realidade, com um grande desafio: a interpretação restritiva do art. XX impede o exercício da soberania em

d) necessárias a assegurar a aplicação das leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições do presente acordo, tais como, por exemplo, as leis e regulamentos que dizem respeito à aplicação de medidas alfandegárias, à manutenção em vigor dos monopólios administrados na conformidade do § 4^o do artigo II e do artigo XVII à proteção das patentes, marcas de fábrica e direitos de autoria e de reprodução, e a medidas próprias a impedir as práticas de natureza a induzir em erro;

e) relativas aos artigos fabricados nas prisões;

f) impostas para a proteção de tesouros nacionais de valor artístico, histórico ou arqueológico;

g) relativas à conservação dos recursos naturais esgotáveis, se tais medidas forem aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo nacionais;

h) tomadas em aplicação de compromissos contraídos em virtude de acordos intergovernamentais sobre produtos básicos, concluídos dentro dos princípios aprovados pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, na sua resolução de 28 de março de 1947, que instituiu uma Comissão Provisória de Coordenação para os acordos Internacionais relativos aos produtos básicos;

i) que impliquem em restrições à exportação de matérias-primas produzidas no interior do país e necessárias para assegurar a uma indústria nacional de transformação as quantidades essenciais das referidas matérias-primas durante os períodos nos quais o preço nacional seja mantido abaixo do preço mundial, em execução de um plano governamental de estabilização; sob reserva de que essas restrições não tenham por efeito reforçar a exportação ou a proteção concedida à referida indústria nacional e não sejam contrárias às disposições do presente acordo relativas à não discriminação.

II - a) essenciais à aquisição e à repartição de produtos dos quais se faz sentir uma penúria geral ou local; todavia, as referidas medidas deverão ser compatíveis com todos os acordos multilaterais destinados a assegurar uma repartição internacional equitativa desses produtos ou, na ausência de tais acordos, com o princípio segundo o qual todas as Partes Contratantes têm direito a uma parte equitativa do aprovisionamento internacional dos referidos produtos;

b) essenciais ao funcionamento do controle de preços estabelecido por uma Parte Contratante que, em consequência da guerra, sofra de penúria de produtos;

c) essenciais à liquidação metódica dos excedentes temporários de estoques pertencentes a qualquer Parte Contratante ou por ela controlados ou de indústrias que se tenham desenvolvido no território de uma Parte Contratante por motivo das exigências da guerra e cuja manutenção em tempo normal seja contrária à sã economia, ficando entendido que nenhuma Parte Contratante poderá instituir medidas dessa natureza, a não ser depois de haver consultado as outras Partes Contratantes interessadas com o fim de ser adotada uma ação internacional apropriada.

As medidas instituídas ou mantidas nos termos da Parte Segunda do presente artigo, incompatíveis com as outras disposições do presente Acordo, serão suprimidas, logo que as circunstâncias que as motivaram cessarem de existir e, em qualquer caso, a 1^a de janeiro de 1951 o mais tardar, ficando entendido que, com o consentimento das Partes Contratantes, o período considerado poderá ser prorrogado no que se refere a aplicação, por qualquer Parte Contratante, de uma medida relativa a um produto determinado, para novos períodos que as Partes Contratantes fixarem.

setores importantes, mas uma hermenêutica demasiado ampla compromete o equilíbrio entre direitos e obrigações que o GATT instituiu.

O art. XX do GATT espelha-se na Convenção Internacional para a Abolição das Proibições e Restrições à Importação e Exportação, firmada em 1927, que desejava suprimir as tarifas comerciais em curto espaço de tempo. Foram autorizadas medidas para proteger a saúde pública, os animais e as plantas contra doenças, insetos e parasitas danosos, desde que não constituam discriminação arbitrária, ou restrição disfarçada ao comércio internacional. Cláusula semelhante constou na Convenção de Londres de 1933 para a Preservação da Fauna e da Flora em seu Estado Natural, relativamente ao comércio de animais africanos que não receberam certificação, e tratados bilaterais, notadamente o tratado de 1928 entre a Suécia e a Turquia e o tratado de 1946 entre o Canadá e o México.

A origem do art. XX do GATT reside no esboço da Carta, que pretendia criar a Organização Internacional do Comércio, que os Estados Unidos e o Reino Unido propuseram em dezembro de 1945. As exceções sugeridas não eram acompanhadas de exigências que contivessem o arroubo protecionista dos governos. A emenda apresentada pelo delegado inglês, na sessão de Londres, diante do fundado temor de abuso, que viria tornar-se o *caput* do art. XX, determinava que as exceções comerciais não deveriam constituir uma discriminação arbitrária entre países onde prevalecem as mesmas condições, ou impor uma restrição disfarçada ao comércio internacional.⁷⁸⁷

Com a entrada em vigor do GATT, o art. XX enumerou, afinal, as situações e requisitos que facultam a um Estado-parte descumprir as obrigações contraídas. A Rodada Uruguai assistiu, em meados da década de 90, à elaboração das primeiras propostas para modificar o art. XX, que permanecera inalterado nas décadas anteriores. A Áustria propôs o acréscimo no art. XX da expressão “meio ambiente”, no anseio de facilitar o relacionamento com os acordos multilaterais ambientais, já numerosos nesse período. As Comunidades Europeias, por seu turno, viam com agrado as restrições de natureza comercial que alguns tratados sobre a preservação do meio ambiente instituíram, à guisa de sanção, aos Estados que violarem as normas estabelecidas. Sugeriram, mediante nota interpretativa, com base na experiência colhida no caso *Atum Golfinhos I*, a admissibilidade das medidas decorrentes de acordos sobre o meio ambiente com efeitos extraterritoriais, a verificação de urgência ambiental para

⁷⁸⁷ AHN, Dukgeun. Environmental disputes in the GATT/WTO: before and after US – Shrimp Case. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, Mich., v. 20, n.º 4, p. 819-870, 1999.

interpretar a necessidade das restrições ao comércio, além de permitir, em algumas circunstâncias, que as características e o processo de produção dos bens sejam considerados.⁷⁸⁸

O art. XX do GATT inspirou dispositivos análogos incluídos no Acordo sobre Barreiras Técnicas, Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, Comércio de Serviços e Direitos de Propriedade Intelectual. O art. XIV⁷⁸⁹ do Acordo sobre Comércio de Serviços negociado na

⁷⁸⁸ KAPANEN, Bob. The EC Proposal to Modify the GATT/Environment Interface. *Dalhousie Journal of Legal Studies*, Halifax, N.S., v. 3, p. 217-230, 1994.

⁷⁸⁹ *Artigo XIV*

Exceções Gerais

1. Sob reserva de que as medidas abaixo enumeradas não sejam aplicadas de forma que constituam um meio de discriminação arbitrário ou injustificável entre países em que prevaleçam condições similares ou uma restrição encoberta ao comércio de serviços, nenhuma disposição do presente Acordo será interpretada no sentido de impedir que um Membro adote ou aplique medidas:

a) necessárias para proteger a moral ou manter a ordem pública;⁵

[Nota de rodapé 5: A exceção relativa a ordem pública somente poderá ser invocada se houver ameaça verdadeira e suficientemente grave para um dos interesses fundamentais da sociedade.]

b) necessárias para proteger a vida e a saúde das pessoas e dos animais ou para a preservação dos vegetais;

c) necessárias para assegurar a observância das leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições do presente Acordo, inclusive aquelas com relação a:

i) prevenção de práticas dolosas ou fraudulentas ou aos meios de lidar com efeitos do não cumprimento dos contratos de serviços;

ii) proteção da privacidade dos indivíduos em relação ao processamento e à disseminação de dados pessoais e a proteção da confidencialidade dos registros e contas individuais;

iii) a segurança;

d) incompatíveis com o art. XVII, sempre que a diferença de tratamento tenha por objetivo assegurar a imposição ou coleta equitativa ou efetiva⁶ de impostos diretos⁷ em relação a serviços ou prestadores de serviços de outros Membros;

[Nota de rodapé 6: Medidas que têm por objetivo assegurar a imposição ou coleta equitativa ou efetiva de impostos diretos incluem medidas adotadas por um Membro ao amparo de seu regime fiscal que:

– se aplicam a prestadores de serviços não residentes em reconhecimento ao fato de que a obrigação fiscal dos não residentes é determinada com respeito aos itens tributáveis cuja fonte ou localização se faça no território do Membro; ou

– se aplicam a não residentes a fim de assegurar a imposição ou coleta de tributos no território do Membro; ou

– se aplicam a residentes ou não residentes a fim de impedir a evasão ou a fraude fiscal, incluindo-se medidas de execução; ou

– se aplicam aos consumidores de serviços prestados dentro ou a partir do território de outro Membro a fim de assegurar a imposição ou coleta de tributos de tais consumidores derivados de fontes situadas no território do Membro; ou

– estabeleçam distinção entre prestadores de serviços sujeitos a impostos sobre itens tributáveis em nível mundial de outros prestadores de serviços, em reconhecimento à diferença existente entre os mesmos quanto à natureza da base impositiva; ou

Rodada Uruguai, de maneira similar ao art. XX do GATT, contém um rol de exceções gerais, razão pela qual a aplicação dos dois dispositivos orienta-se pelos mesmos parâmetros, devido à grande proximidade na redação de ambos os textos. O painel e o Órgão de Apelação analisaram, no caso *EUA Jogos*, o art. XIV a partir dos princípios desenvolvidos para interpretar o art. XX. O Acordo TRIPs, que disciplina Aspectos Relacionados ao Comércio dos Direitos de Propriedade Intelectual, ao contrário do GATT e do GATS, não possui um artigo específico com exceções gerais. Contempla, todavia, em alguns artigos, exceções particulares aos direitos regulados.

19.2.2 Os recursos naturais

O art. XX (g) do GATT faculta a cada governo adotar medidas relativas à conservação dos recursos naturais exauríveis, se tais medidas forem aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo doméstico.⁷⁹⁰ A proteção ao meio ambiente realiza-se, assim, quer por intermédio da letra (b), quer pelo recurso à letra (g) do art. XX. Durante a vigência do GATT, cinco casos ocuparam-se da alínea (g), a saber: *EUA – Atum do Canadá, Canadá – Arenque e salmão*, *EUA – Atum-golfinhos I*, *EUA – Atum-golfinhos II* e *EUA – Impostos sobre automóveis*, ao passo que, após a criação da OMC, ela despertou vivo interesse nas controvérsias, *EUA – Gasolina* e *EUA – Camarão*, que é muitas vezes lembrada por relacionar de maneira direta o comércio internacional à proteção do meio ambiente. Convém rememorar, aliás, que as disputas *EUA – Atum-golfinhos I* e *EUA – Atum-golfinhos II* nasceram do embargo decretado pelos Estados Unidos à importação de atum e seus derivados, com fundamento na Lei de Proteção dos Mamíferos Marinhos, elaborada para promover a conservação dos golfinhos no Leste Tropical do Oceano Pacífico. Desejava-se reduzir drasticamente a morte de golfinhos provocada pela pesca de atum de barbatana amarela com o

-
- determinem, atribuam ou repartam rendas, lucros, ganhos, perdas, deduções ou crédito de pessoas residentes ou sucursais, ou entre pessoas vinculadas ou sucursais de uma mesma pessoa, a fim de salvaguardar a base impositiva do Membro.

Os termos e conceitos fiscais que figuram na alínea (d) do art. XIV e na presente nota de pé de página são determinados segundo as definições e conceitos fiscais, ou as definições e conceitos fiscais, ou as definições e conceitos equivalentes ou similares, contidas na legislação nacional do Membro que adote a medida.

[Nota de rodapé 7: Para efeitos do presente Acordo, “impostos diretos” abarca todos os impostos sobre a renda total, o capital total, ou sobre elementos da renda ou do capital, inclusive tributos sobre ganhos derivados da alienação de bens, tributos sobre sucessão, herança e doação e os tributos sobre as quantidades totais de salários pagos pelas empresas, assim como os tributos sobre a apreciação de capital.]

⁷⁹⁰ AMARAL JÚNIOR, Alberto do et al. (Org.). *O Artigo XX do GATT, meio ambiente e direitos humanos*. São Paulo: Aduaneiras, 2009. p. 209.

uso de redes de arrasto, fenômeno que se tornara rotineiro. O descontentamento mexicano apoiava-se na alegação de que o conceito de extraterritorialidade, causa de instabilidade e de conflito, ingressaria no GATT se uma parte contratante pudesse impor restrições ao comércio para conservação dos recursos naturais de outra parte contratante. O painel consentiu que só se justificaria limitar o fluxo de bens importados se o método de produção incidir diretamente nas características do produto final.

A negociação de acordos internacionais para a conservação dos golfinhos estava entre as opções inexploradas, que por certo evitaria o embargo decretado. Já se sustentou que as alíneas do art. XX admitem medidas com efeitos extraterritoriais, capazes de atingir bens situados fora do território do Estado que a estabeleceu. Proibiu-se, conforme os painelistas, a imposição de efeito extrajurisdicional: não é legítimo estabelecer, unilateralmente, padrões ambientais, condutas ou normas que vinculem outro membro da OMC, mas seria possível utilizar tais regras para disciplinar comportamentos que afetam os bens ambientais fora do território nacional.⁷⁹¹ Condon opõe-se a esta visão ao declarar que a medida restritiva de alcance extraterritorial não encontra guarida no art. XX (b) ou (g); recomenda, a fim de superar esse obstáculo, a celebração de acordos multilaterais para a preservação do meio ambiente, que teriam primazia sobre as regras do GATT.⁷⁹²

O caso *EUA – Atum-golfinhos II*, protagonizado pelas comunidades europeias e pela Holanda contra os Estados Unidos, trouxe à baila a mesma problemática, levando o painel a retomar as teses anteriormente defendidas. Os doutrinadores insatisfeitos sublinharam que a posição vitoriosa se resume em compreender o art. XX como uma exceção condicional e limitada às obrigações previstas em outros artigos do GATT, ao invés de lhe atribuir a função de regra autônoma, que prescreve obrigações independentes.⁷⁹³ Aduzem, ainda, sensibilizados com a morte indiscriminada de golfinhos, que tais efeitos, apesar da gravidade de que se revestem, deixaram de ser considerados. O painel constatou no caso *EUA – Atum do Canadá* que o objetivo primordial da decisão norte-americana não era, ao contrário do que fora anunciado, a conservação do atum.

⁷⁹¹ SCHOENBAUM, Thomas J. *International trade and protection of the environment: the continuing search for reconciliation*. op. cit. p. 280.

⁷⁹² CONDON, Bradley. *Multilateral Environmental Agreements and the WTO: Is the Sky Really Falling*, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, Tulsa, Okla., v. 9, nº 2, p. 547, Spring 2002.

⁷⁹³ PEREZ, Oren. *Ecological sensitivity and global legal pluralism: rethinking the trade and environment conflict*. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 63.

O painel interpretou restritivamente a alínea (g), discordando da argumentação dos Estados Unidos de que a expressão “*relacionado a*” não exige que a conservação ambiental seja o fim exclusivo do ato praticado. Sobressai no caso *Canadá – Arenque e salmão* a opinião do painel de que, por ser mais ampla que as demais alíneas do art. XX, a letra (g) não requer que a medida seja “necessária” ou “essencial”, mas simplesmente “relacionada” à conservação dos recursos naturais. Predomina, com efeito, a partir da identificação entre “*visando primordialmente a*” e “*relacionado a*”, uma visão estrita, que em muito dificulta a salvaguarda de valores não comerciais. A mesma orientação viria a comandar o julgamento dos casos *EUA – Atum-golfinhos II* e *EUA – Impostos sobre automóveis*, indícios seguros da exagerada rigidez jurisprudencial.

No caso *EUA – Gasolina*, discutido quando a OMC já existia, o Órgão de Apelação pôs em relevo a necessidade da presença de uma relação direta entre a medida e a conservação que ela pretende alcançar. Frisou na oportunidade que o art. XX evoca múltiplas relações de causalidade, ilustradas pelo emprego de *necessária* nas letras (a), (b) e (d); *essencial* na letra (j); *relacionado a* nas letras (c), (e) e (g); *para a proteção de* na letra (f); *em consequência de* na letra (h); e *envolvendo* na letra (i). Longe de realçar que uma providência doméstica é indispensável, a letra (g) vislumbra a contribuição que a medida fornece para obter certo resultado.

Paradigmático pelos temas ventilados, o caso *EUA – Camarão* derivou da reclamação efetuada pela Índia, Paquistão, Tailândia e Malásia contra a atitude do governo dos Estados Unidos de proibir, com fundamento na Seção 609 do Public Law 101-162,⁷⁹⁴ a importação de camarão em virtude dos métodos utilizados, que ameaçavam a vida das tartarugas-marinhas. A Seção 609 definiu as condições a serem obedecidas por todos quantos desejassem exportar camarão aos Estados Unidos, posteriormente especificadas pelas Diretrizes baixadas em 1991, 1993 e 1996. Enquanto a Seção 609 (2) (C) autoriza a importação proveniente de Estados cuja pesca não ameaça a captura incidental das tartarugas-marinhas, a Seção 609 (b) (2) (A) e (B) requer um programa particular de conservação executado pelo país exportador. O Órgão de Apelação concluiu que as tartarugas-marinhas são recursos naturais exauríveis conforme o art. XX (g) do GATT, o que lhe permitiu investigar, mediante um teste de meios e fins, se a Seção 609 realmente correspondia à finalidade para a qual fora concebida.

⁷⁹⁴ WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*: Panel Report. WT/DS58/R and Corr.1, adopted 6 Nov. 1998, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, DSR 1998:VII, 2821. par. 3.

Notou que as tartarugas-marinhas eram de fato protegidas pelos instrumentos idealizados pela Seção 609, prova de que a relação de causalidade existia. A determinação feita pela letra (g) de que a medida se faça acompanhar de restrições à produção ou ao consumo doméstico foi, também, constatada pelo Órgão de Apelação. Schoenbaum afasta toda e qualquer tentativa de equiparar “*juntamente com*” a “*necessária*” ou a “*essencial*”. Repudia, do mesmo modo, a pretexto de ser inadequada e destituída de fundamento jurídico, a sinonímia entre “*juntamente com*” e “visando primordialmente a”, alardeada pelos órgãos de solução de controvérsia.⁷⁹⁵

A exigência de que a medida se aplique “em conjunto com” providências internas equivalentes destina-se a assegurar-lhe a eficácia, que não se subsume à diminuição do comércio internacional. Se a importação de um produto vier a ser limitada, urge proceder da mesma maneira no tocante à produção e ao consumo domésticos para que o princípio do tratamento nacional não seja violado.

Avanço decisivo sucedeu quando o Órgão de Apelação, no caso *EUA – Camarão*, interpretou de forma evolutiva a expressão *recursos naturais exauríveis*, que consta do art. XX, letra (g) do GATT. O relatório aludiu, entre outros tratados, à Convenção sobre Diversidade Biológica, ao Acordo CITES e à Convenção sobre o Direito do Mar. A referência de que o uso dos recursos mundiais obedecerá ao princípio do desenvolvimento sustentável, que se encontra no preâmbulo do Acordo que criou a OMC, desempenhou papel crucial para convencer os julgadores de que os recursos naturais exauríveis não compreendem apenas as matérias-primas e os minerais, mas também os recursos vivos, como as tartarugas-marinhas.

É curioso perceber que, com o decorrer do tempo, se atenuou o rigor interpretativo do art. XX (g). No caso *EUA – Atum do Canadá*, o painel entendeu que a medida deveria visar, exclusivamente, à conservação dos recursos naturais; já na controvérsia *EUA – Camarão* caberia ao demandado comprovar a existência de uma relação direta e primordial entre a medida e a política que ela pretende concretizar. Esse ponto de vista afasta-se, em oposição ao art. 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, do sentido ordinário de “*relacionado a*”, previsto na letra (g) do art. XX. Não é preciso, nessa hipótese, a contribuição para o fim pretendido, requisito aceito apenas para apreciar a necessidade da medida estatuída pela letra (b).

⁷⁹⁵ SCHOENBAUM, Thomas J. International trade and protection of the environment: the continuing search for reconciliation. op. cit., p. 268-313.

A letra (g) do art. XX é um poderoso instrumento a ser empregado para combater os efeitos da mudança climática. Na opinião do painel no caso EUA – Gasolina, o ar atmosférico é um recurso natural exaurível, que poderia ser esgotado. Corrobora esse parecer o entendimento expresso no caso EUA – Camarão de que a expressão “recursos naturais” tem sentido evolutivo,⁷⁹⁶ variável ao sabor do advento de novas circunstâncias. A análise da jurisprudência sugere que o Órgão de Apelação prefere interpretar as medidas voltadas a reduzir o aquecimento global com fundamento na letra (g) e não na letra (b) do art. XX.

Conquanto não tratem da preservação do meio ambiente, as demais alíneas do art. XX podem servir a esse desiderato. O art. XX (d), objeto de quantidade apreciável de julgados, concerne às medidas necessárias para assegurar a aplicação das leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições do GATT. A alínea (h), focalizada apenas no caso *CE – Bananas II*, diz respeito às medidas tomadas em aplicação de compromissos contraídos em virtude de acordos intergovernamentais sobre produtos básicos. Apesar de ter perdido a antiga significação pelo êxito alcançado em sucessivas rodadas de liberalização comercial, inspirou inúmeras propostas para a reforma do art. XX.

A letra (c), que cuida da importação ou exportação do ouro ou da prata, entrou em declínio com o abandono do padrão-ouro no início dos anos 70. O produto do trabalho de prisioneiros, que aparece na letra (e), demonstra que os processos e métodos de produção ensejam, nesse caso, restrições comerciais lícitas. As alíneas (f), (i) e (j) abordam, respectivamente, a proteção de tesouros artísticos, históricos ou arqueológicos; as restrições à exportação de matérias-primas produzidas no interior do país e necessárias para assegurar a uma indústria nacional de transformação as quantidades essenciais das referidas matérias-primas durante os períodos em que o preço nacional seja mantido abaixo do preço mundial, devido a um plano governamental para estabilizar a economia, além da aquisição ou distribuição de produtos dos quais se faz sentir uma penúria geral ou local.

A exceção para salvaguardar a moralidade pública, que aparece na letra (a), jamais foi arguida em uma controvérsia tanto no GATT quanto na OMC. A moralidade pública é o conjunto das normas de comportamento que qualificam as condutas humanas como boas ou más, certas ou erradas, a despeito de não haver concordância generalizada sobre o seu conteúdo. Importa saber qual é o alcance da moralidade pública, se os princípios morais são particulares a uma única sociedade ou se na vida internacional existem valores

⁷⁹⁶ WORLD TRADE ORGANIZATION. United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products. op. cit., par. 130.

compartilhados pelos governos e pelos indivíduos. Charnovitz observa que a moralidade pública recobre múltiplos assuntos, com destaque para a escravidão, as armas, os narcóticos, as bebidas, a pornografia, a religião, o trabalho forçado e o bem-estar dos animais.⁷⁹⁷ Trebilcock e Howse salientam que a moralidade pública se altera com o decorrer do tempo e está associada, nos dias atuais, à proteção internacional dos direitos humanos. Os críticos da exceção moral alertam para a intransitividade dos valores e para a assimetria de poder econômico entre os países que aconselham, nesse campo, o uso da persuasão, acompanhado de outras ações acaso pertinentes.

19.2.3 A interpretação do caput do art. XX do GATT

O *caput* do art. XX estipula os requisitos que legitimam o emprego das exceções pelos membros da OMC:

Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional.

O conectivo ou na frase “discriminação arbitrária ou injustificada” pode ser interpretado seja como disjunção excludente, de tal sorte que o enunciado é verdadeiro somente se ocorrer uma das alternativas mencionadas, seja com significado de disjunção includente, ocasião em que o enunciado é verdadeiro quando ocorre uma ou todas as alternativas possíveis. O Órgão de Apelação, no caso EUA – Camarão, interpretou de forma distinta a expressão “arbitrária ou injustificada”, limitando-se a indicar exemplos para cada situação, sem fixar os critérios que orientaram o procedimento escolhido. A Seção 609 constituía, segundo os julgadores, “discriminação arbitrária” ao violar o princípio do devido processo: o membro que tiver o pedido recusado não dispõe de uma via alternativa para pleitear a revisão.

Deplorou-se a falta de empenho dos Estados Unidos em concluir tratados que protegessem as tartarugas-marinhas, etapa que deveria anteceder as severas providências adotadas.

Na disputa *Brasil – Pneus Recauchutados* o Órgão de Apelação tratou sob a mesma perspectiva os vocábulos “arbitrária” e “injustificada”, dedicando atenção ao objetivo da

⁷⁹⁷ CHARNOVITZ, Steve. The moral exception in trade policy. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, Va., v. 38, nº 4, p. 729-730, Summer 1998.

medida, independentemente da análise quantitativa dos efeitos que produz. No caso *DR – Cigarros*, a República Dominicana, ao sintetizar a jurisprudência anterior, postulou que é “arbitrária” a aplicação da medida de forma incoerente, subordinada aos caprichos da autoridade administrativa sem a obediência aos princípios do devido processo; “injustificada” é a aplicação não razoável, que se efetua de modo coercitivo. A CE nas alegações apresentadas ao Órgão de Apelação no caso *Brasil – Pneus Recauchutados* houve por bem assinalar que “arbitrária” significa a falta de coerência e previsibilidade na aplicação da medida, ao passo que “injustificada” alude à ausência de motivo capaz de sustentar o comportamento do órgão governamental. Em ambas as situações, porém, o painel e o Órgão de Apelação não se manifestaram sobre as definições propostas.

Desvendar o significado da expressão “países onde prevalecem as mesmas condições” é tarefa que se iniciou no caso *EUA – Gasolina*, nos primórdios da OMC. Nem os trabalhos preparatórios do GATT, nem mesmo o próprio texto do Acordo esclareceram, no dizer do Órgão de Apelação, que a intenção fora abranger exclusivamente os países exportadores. Preferiu-se por isso examinar tanto a discriminação entre o mercado exportador e importador quanto entre os diversos mercados exportadores. Gaines estima que caberia à jurisprudência indicar as condições para o cumprimento desse requisito.⁷⁹⁸ Dado que os países não são iguais, seria ilógico vincular tais condições aos fatores que não se relacionam com o objetivo que determinou a medida em apreço. A publicação foi o critério dominante durante a vigência do GATT de 1947 para aferir se uma medida consiste em restrição disfarçada ao comércio. Esta interpretação é equivocada, uma vez que o art. X do GATT de 1947 disciplinava as obrigações relativas à publicação de medidas comerciais.

A valorização do adjetivo “*disfarçada*” em detrimento do substantivo “*restrição*”, assevera Klabbers, promove interpretações absurdas e fere o art. 32 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. A inadequação do critério da publicidade transparece no caso *CE – Amianto*, com a ressalva de que não se descortinou nenhum outro caminho que conduzisse a um melhor resultado. O Órgão de Apelação pontifica no caso *Brasil – Pneus Recauchutados* que a “restrição disfarçada ao comércio” não se define pelos mesmos fatores utilizados para iluminar o significado de “discriminação arbitrária ou injustificada”, buscando o objetivo protecionista na análise do escopo, da estrutura e da forma da medida adotada. Mais adequado

⁷⁹⁸ GAINES, Sanford. The WTO's reading of the GATT Article XX chapeau: a disguised restriction on environmental measures. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Philadelphia, v. 22, n. 4, p. 778, Winter 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=301404>. Acesso em: 7 jul. 2009.

seria comparar o volume dos produtos ou serviços importados, que se desejou limitar, em razão do art. XX com a produção local nos anos anteriores e posteriores à adoção da medida. Este método é mais apto para averiguar os avanços obtidos pelo setor afetado, bem como para nomear as consequências que recairão sobre a economia do país.

Farber e Hudec ressaltam que as cortes norte-americanas constantemente recorrem à intenção das partes para provar a natureza discriminatória de uma prática comercial. Digna de nota é a postura inovadora assumida pelo Órgão de Apelação no caso *EUA-Camarão*, para quem o *caput* do art. XX exprime o princípio da boa-fé e é uma tentativa de coibir o abuso de direito. A novidade da decisão repousa no fato de que pela primeira vez a doutrina do abuso de direito foi reconhecida na OMC, mediante a conexão com o restante do direito internacional. Mencionou-se a existência de uma linha de equilíbrio intrinsecamente variável, que o julgador verificará na análise do caso concreto. O uso inadequado das exceções configura abuso ao violar o princípio da boa-fé e romper o equilíbrio entre direitos e obrigações assegurado pelos acordos da OMC.

O julgamento em tela descortina novas possibilidades interpretativas, mais hábeis para superar a visão estreita que até agora predominou. A interpretação restrita não decorre do art. XX ou da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. O art. XX confere aos membros da OMC direitos específicos, cuja interpretação deve seguir os mesmos cânones que balizam a hermenêutica dos demais acordos que compõem o sistema multilateral de comércio.

19.3 O Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias

O uso da ciência pelo Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias assinala uma mudança radical da perspectiva que prevaleceu no GATT, voltada a condenar o tratamento discriminatório entre os países. Trata-se, já se apontou, de movimento que privilegia uma espécie de Razão universal, em nítido contraste com as condições globais de profunda diversidade.⁷⁹⁹ Adotou-se um método para tomar decisões fortemente influenciado pela ciência, cujo escopo é difundir a confiança de que o ato a ser praticado não é arbitrário, sujeito aos caprichos da autoridade governamental ou movido por inconfessada ambição protecionista.

⁷⁹⁹ SCOTT, Joanne. *The WTO agreement on sanitary and phytosanitary measures: a commentary*. New York: Oxford Univ. Press, 2007. p. 77.

Com a celebração do Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias os membros da OMC podem proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal, sem utilizar a exceção consagrada no art. XX (b) do GATT. Facultou-se a execução de políticas domésticas, reflexo das convicções sociais dominantes, com a intenção de propiciar o nível de segurança almejado e prevenir a ocorrência de circunstâncias adversas. O Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias reservou a cada membro o direito de elevar o grau de proteção acima daquele obtido com a adoção de *standards* internacionais. Não é obrigatório o emprego de *standards* internacionais, muito embora o seu uso tenha sido estimulado. Consistem em diretrizes e recomendações estabelecidas pela Comissão do Codex Alimentarius sobre a segurança dos alimentos, pelo Escritório Internacional de Epizootias em relação à saúde animal, pela Convenção Internacional sobre a Proteção das Plantas e por outras organizações internacionais abertas aos membros da OMC.

Cada organização segue procedimentos próprios para criar *standards* de avaliação de riscos que se ajustam à enorme riqueza da realidade concreta. São voluntários, razão pela qual os governos não se obrigam a pôr em prática um nível de proteção superior ao que consideram apropriado. Os *standards* internacionais são com frequência mais rigorosos que as regras internas estatuídas pelas autoridades administrativas de cada país, mas é grande o empenho em favor da harmonização dos *standards*, pois se presume que o Estado obedece ao Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias quando decide adotá-los. Apesar da possibilidade de escolha de padrões superiores àqueles idealizados pelos *standards*, buscou-se uma situação de equilíbrio perceptível na exigência de fundamentação científica da medida.

Se inexistirem *standards* internacionais ou se forem eles afastados em nome de previsões específicas de origem nacional, cada Estado conduzirá a avaliação pertinente, devendo fornecer, em cada caso, as evidências científicas da presença do risco. Esta questão suscita, obviamente, importantes dúvidas em matéria de interpretação.

Cabe advertir, contudo, que, definido o nível de proteção, o governo não deve optar por uma medida mais severa e restritiva do que o necessário. A propósito, o art. 2.2 declara que a medida sanitária ou fitossanitária será aplicada somente se for necessária para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal. Deve, ademais, basear-se em princípios científicos e só será mantida se houver evidências científicas suficientes.

É, pois, imprescindível que a medida ventilada tutele a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal de modo que sirva, efetivamente, ao objetivo que pretenda alcançar. O Órgão de Apelação entendeu que a medida é necessária não apenas quando for indispensável, mas

sempre que contribuir para materializar a finalidade por ela visada. A suficiência requer, também, um vínculo indissociável entre a medida e a eliminação do risco, porque só assim a evidência será cabalmente comprovada. Sobressai, nesse particular, no sistema multilateral de comércio, o papel da ciência para justificar as decisões domésticas.

Já se observou que é preciso existir uma relação objetiva entre a medida e a evidência científica, determinada caso a caso em função das circunstâncias concretas. As medidas sanitárias ou fitossanitárias pressupõem a avaliação de risco realizada pelo país importador, por outro membro da OMC ou por uma organização internacional.

A avaliação dos riscos, essencial para a aplicação do Acordo, consta do Anexo A,4, que apresenta duas definições diferentes:

- a) a avaliação da possibilidade de entrada, estabelecimento ou disseminação de uma praga ou doença no território do membro importador, em conformidade com as medidas sanitárias e fitossanitárias que possam ser aplicadas, e das potenciais consequências biológicas e econômicas; e
- b) a avaliação do potencial existente no que se refere a efeitos adversos à saúde humana ou animal, resultante da presença de aditivos, contaminantes, toxinas ou organismos patogênicos em alimentos, bebidas ou ração animal.

A primeira definição preocupa-se em avaliar os riscos associados às pragas ou doenças, enquanto a segunda determina os riscos para a saúde humana ou animal em razão de substâncias encontradas em alimentos, bebidas ou ração animal. Engloba três funções essenciais:

- identificar a doença ou praga cuja entrada, estabelecimento ou disseminação o membro deseja impedir, assim como as consequências econômicas e biológicas vinculadas à entrada, estabelecimento ou disseminação de tais doenças ou pragas;
- avaliar a probabilidade de entrada, estabelecimento ou disseminação de doenças ou pragas e os efeitos econômicos e biológicos que delas derivam; e

- avaliar a perspectiva de entrada, estabelecimento ou disseminação de doenças ou pragas em conformidade com as medidas sanitárias ou fitossanitárias que possam ser aplicadas.⁸⁰⁰

O risco deve ser específico, resultante de dado produto, e não revestir caráter geral, decorrência de vários produtos diferentes. Compete a cada membro considerar, na avaliação do risco causado por pragas e doenças, as opções políticas alternativas antes de decidir por certo curso de ação. O art. 5.1 menciona, sob esse ângulo, a obrigação de que as medidas sanitárias ou fitossanitárias se fundem numa avaliação adequada das circunstâncias. O conteúdo desta expressão, que é eminentemente vago, ganha maior clareza à luz dos arts. 5.2 e 5.3, que facilitam a tarefa interpretativa.

Surge, nesse contexto, uma inquietante indagação: pode uma opinião científica minoritária, nos termos do art. 5.1, justificar a adoção de uma medida sanitária ou fitossanitária?

No caso CE – Hormônios, o Órgão de Apelação admitiu essa possibilidade. A opinião científica minoritária, como evidência positiva suficiente de que o risco existe, terá credibilidade apenas se derivar de fontes realmente qualificadas ou respeitadas. Aceita-se, em geral, que os governos confiem na opinião minoritária sempre que o risco envolvido afetar a vida ou representar ameaça clara e iminente à saúde pública. Será adequada às circunstâncias a reavaliação dos riscos quando os membros dispuserem de nova informação apta a alterar o ponto de vista que antes persistia, devido à descoberta de que o bem em apreço venha a causar dano à saúde humana ou ao meio ambiente. O conceito de determinação dos riscos é relativo e se adapta à alteração dos fatos a fim de preservar a autonomia dos Estados para lidar com a nova informação, que é hábil, em princípio, para modificar a evidência científica dominante.

Os governos podem, à guisa de precaução, adotar medidas provisórias na ausência de certeza científica que unifique os especialistas. O Órgão de Apelação esclareceu no caso CE – Hormônios que as medidas provisórias não devem ser utilizadas de forma ampla, independentemente de quaisquer limites.

Nos casos em que a evidência científica relevante é insuficiente, prevê o art. 5.7, um membro pode adotar provisoriamente medidas sanitárias ou fitossanitárias com base na informação pertinente que esteja disponível, incluindo-se informação oriunda de organizações internacionais relevantes, assim como medidas sanitárias ou fitossanitárias aplicadas por

⁸⁰⁰ SCOTT, Joanne. op. cit., p. 91-92.

outros Membros. Em tais circunstâncias, os Membros buscarão obter a informação adicional necessária para uma avaliação mais objetiva de risco e revisarão, em consequência, a medida sanitária ou fitossanitária em um prazo razoável.

19.4 O Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio

Iniciada a Rodada Uruguai, os negociadores dedicaram-se à tarefa de concluir um novo Acordo sobre Barreiras Técnicas, que viria a substituir o *Standards Code*, com a criação da Organização Mundial do Comércio.

A novidade reside, certamente, na celebração do Acordo sobre Barreiras Técnicas e do Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, ambos decorrentes da descoberta de especificidades que aconselham tratamento separado para as matérias neles ventiladas. É por isso que o estudioso é levado, antes de mais nada, a distinguir o campo de aplicação dos dois Acordos, condição imprescindível para compreender as especificidades que os caracterizam. As Barreiras Técnicas incluem, em sentido amplo, as medidas sanitárias e fitossanitárias por compartilharem um objetivo comum: limitar com base em interesses legítimos o ingresso de bens no território nacional. Na realidade, porém, o art. 1.3 do Acordo sobre Barreiras Técnicas determina que todos os produtos, incluindo os industriais e agropecuários, se sujeitam a este Acordo, enquanto o art. 1.5 assevera que “as disposições deste Acordo não se aplicam a medidas sanitárias e fitossanitárias tal como definidas no Anexo A do Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias”.

Conclui-se, pois, que o grau de abrangência diferencia os compromissos: o Acordo sobre Barreiras Técnicas é geral, e o Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias específico; o primeiro aplica-se às hipóteses não contempladas pelo segundo.⁸⁰¹ A escolha do Acordo aplicável se faz, algumas vezes, pela definição do objetivo legítimo a ser tutelado pela medida regulatória. O TBT não prevê uma lista exaustiva de objetivos, em contraste com o Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, que apenas protege a saúde humana, animal ou vegetal. A defesa da segurança nacional encontra-se prevista apenas no TBT, mas a proteção à vida humana, aos consumidores e ao meio ambiente, pela amplitude que abarcam, autoriza providências fundadas nos dois Acordos.

⁸⁰¹ PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Comércio internacional e protecionismo: as barreiras técnicas na OMC*. São Paulo: Aduaneiras, 2003. p. 82.

A tentativa de forjar critérios para facilitar o trabalho do intérprete não resolveu as dúvidas a respeito do exato campo de aplicação dos acordos, dúvidas que o órgão de solução de controvérsias da OMC, notável pela valiosa contribuição oferecida em outros domínios, não logrou superar. O problema aparece principalmente nas controvérsias relativas a bens agrícolas, fato que obriga as partes em uma controvérsia a arguir a violação simultânea do Acordo sobre Barreiras Técnicas e do Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias. Analogamente ao que se passa com o Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, o TBT desejou celebrar o equilíbrio entre duas finalidades distintas: proscrever os obstáculos desnecessários ao comércio e possibilitar aos membros autonomia regulatória para realizar valores considerados fundamentais. A interpretação demasiado estrita do TBT prejudicaria a concretização de legítimos interesses políticos dos membros, ao passo que a aplicação frouxa do Acordo daria ensejo a que os regulamentos técnicos servissem para ocultar o protecionismo e erodir os benefícios obtidos em sucessivas rodadas de liberalização comercial.⁸⁰² Composto de cláusulas gerais, o TBT, sem descer às minúcias das situações particulares, missão que evidentemente não lhe cabia, enumerou os requisitos para a imposição das barreiras técnicas com o intuito de discriminar os comportamentos lícitos e ilícitos.

As barreiras técnicas ao comércio, ora concernem ao conteúdo do produto – características do bem e métodos de produção –, ora aludem ao processo de verificação de conformidade voltado a atestar o cumprimento das exigências técnicas. O domínio de validade do TBT circunscreve-se, do ponto de vista material, ao comércio de bens, não havendo na OMC acordo semelhante aplicável ao comércio de serviços. O Comitê de Barreiras Técnicas, cujo funcionamento o art. 13 regula, recebeu a incumbência de efetuar anualmente um balanço sobre a aplicação do acordo e promover a cada três anos uma revisão mais ampla, na qual se discutem, inclusive, as emendas apresentadas para a reforma do TBT. Além dos princípios gerais do GATT, igualmente mencionados no TBT, entre os quais a não discriminação (arts. 2.1 e 5.1.1), o tratamento nacional (arts. 2.1 e 5.1.1) e a transparência inscrita em vários dispositivos, a interpretação do Acordo será feita em conformidade com o princípio que exige o uso dos meios menos restritivos ao comércio e com aquele que proíbe toda espécie de proteção disfarçada.

⁸⁰² SAMPSON, Gary P. *The WTO and sustainable development*. op. cit., p. 119-120.

É recomendável, sob esse prisma, que, ao invés de estatuírem normas relativas às características dos bens, os regulamentos técnicos versem o desempenho dos produtos. A proibição das restrições disfarçadas ao comércio, objeto do art. XX do GATT, deve por outro lado ser importante diretriz na interpretação do TBT, sobretudo quando se cuida de investigar o caráter protecionista de uma medida administrativa doméstica. Os regulamentos técnicos, assinala o art. 2.2, não serão mais restritivos ao comércio do que o necessário para realizar um objetivo legítimo, tendo em conta os riscos que a não realização criaria. No rol dos objetivos legítimos figuram, exemplificativamente, a segurança nacional, a prevenção de práticas enganosas, a proteção da saúde ou segurança humana, da vida ou da saúde animal ou vegetal, ou do meio ambiente. Discute-se se a medida é apta para atingir a finalidade visada ou se é muito rigorosa a ponto de provocar indevida limitação do comércio internacional. Ao investigar se a medida causa obstáculo desnecessário ao comércio, importa averiguar a existência de similar nacional ou estrangeiro do produto e o grau de generalidade da decisão interna.

Tatiana Prazeres cogita um exemplo deveras elucidativo, em si mesmo revelador da enorme complexidade que o problema pode adquirir.⁸⁰³ O país “A”, membro da OMC e grande produtor de laranjas, sob a alegação de proteger os consumidores, editou regulamento técnico que indicava que apenas estão autorizadas a ingressar no território de “A” as bananas que tiverem determinada dimensão, grau de acidez e manchas escuras na casca que não ultrapassem certo limite. Se o país “A” não produzisse bananas e se o regulamento técnico fosse aplicado a todos os membros da OMC, não se burlaria nem a cláusula de nação mais favorecida nem o princípio do tratamento nacional, pedras angulares no combate à discriminação. A medida poderia, no entanto, ser contestada com fundamento no TBT porque o propósito que a anima seria restringir a importação de bananas para estimular o consumo interno de laranjas.

Não se descarta que a substituição, utilizada pela jurisprudência, ceda lugar na análise do caso concreto ao critério que privilegie as características físicas e químicas dos bens, o que levaria a uma conclusão diferente. A rigor, tudo leva a crer que a medida não contribui para assegurar os direitos dos consumidores, inexistindo uma relação de causalidade entre as manchas escuras e a exposição do consumidor a um risco. A exigência de qualidade excepcional das frutas não parece ser objetivo legítimo associado à defesa dos consumidores.

⁸⁰³ PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Comércio internacional e protecionismo*. op. cit., p. 93.

Seria razoável empregar, na hipótese cogitada, meios menos restritivos ao comércio para garantir a defesa dos consumidores, como o uso de selos indicativos de qualidade.⁸⁰⁴

Há um nexo indissociável entre a importância dos interesses ou valores perseguidos e a aceitação de que a medida é necessária para alcançar o fim colimado.

O TBT interessou-se pelos procedimentos de verificação de conformidade, dado o seu largo uso no comércio internacional da atualidade e o risco de que colaborem para disseminar o protecionismo. É cada vez mais comum, principalmente no comércio com as nações em desenvolvimento, o importador especificar o modo e o local em que a certificação de qualidade deve ser realizada. Em geral, a falta de credibilidade da certificação efetuada no território do país exportador, muitas vezes alimentada pelos próprios importadores, é acompanhada da reivindicação de que os testes para comprovar a qualidade de um bem ocorram em laboratório estrangeiro previamente designado, com custos extremamente elevados. Esse fato repercute negativamente no volume das exportações ao encarecer o preço das mercadorias, além de retardar os procedimentos de embarque para o exterior. O TBT só em parte respondeu a esse desafio estatuidando que a cláusula de nação mais favorecida e o tratamento nacional se apliquem aos procedimentos para a verificação de conformidade.

Os EUA sustentaram, sem êxito, no caso EUA – Gasolina que a gasolina importada do Brasil e da Venezuela não se ajustava ao padrão de qualidade definido pela Agência de Proteção ao Meio Ambiente norte-americana. O Órgão de Apelação assinalou na oportunidade que configura tratamento discriminatório impor aos produtos estrangeiros padrões de qualidade mais rigorosos que os estabelecidos para os produtos nacionais. O governo central responsabiliza-se, nos termos dos arts. 3 e 7, pelo comportamento das entidades subnacionais relativamente às exigências técnicas e procedimentos de avaliação de conformidade, questão sensível para os Estados federais, cujas unidades gozam de considerável autonomia consagrada na própria Constituição. Compete-lhe, desse modo, tomar as medidas razoáveis para que as unidades subnacionais cumpram as obrigações constantes dos arts. 2, 5 e 6 do TBT, que disciplinam a elaboração dos regulamentos técnicos e dos procedimentos de avaliação de conformidade.

Providência de grande utilidade consistiu na obrigação que pesa sobre o governo central de notificar à OMC os procedimentos de avaliação de conformidade adotados por governos

⁸⁰⁴ PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Comércio internacional e protecionismo*. op. cit., p. 114.

locais, expressão do dever de transparência, que pretende proporcionar ampla publicidade aos atos internos que afetem o comércio internacional. A jurisprudência ainda não se posicionou de maneira definitiva sobre o efetivo alcance do dever de notificar. Incertezas remanesçam se ele abrange, indiferentemente, no caso das barreiras técnicas, as condutas de todas as entidades políticas inferiores ou apenas de algumas delas, como os Estados no caso brasileiro. Atento aos efeitos das práticas governamentais que estatuem requisitos sobre a forma como os bens são produzidos, o TBT incluiu regras sobre os processos e métodos de produção, ao contrário do que fizera a seu tempo o *Standards Code*.

A definição de regulamento e normas técnicas menciona explicitamente os processos e métodos de produção a anunciar mudança desconhecida pelas normas idealizadas durante a Rodada Tóquio. A proibição decretada pelos EUA de importar atum e camarão pescados com rede de arrasto, que causa a morte de golfinhos e tartarugas-marinhas, incentivou o debate acerca da possibilidade de se fazerem exigências sobre os processos e métodos de produção que não incidem diretamente no produto final. O governo norte-americano viu fracassarem na OMC os argumentos que alicerçaram a medida restritiva adotada, o que resultou em sua condenação por violar os acordos constitutivos do sistema multilateral de comércio. O TBT alude, na verdade, ao definir regulamento técnico, às características do produto ou aos processos e métodos de produção a ele relacionados.

Os trabalhos preparatórios do Acordo sobre Barreiras Técnicas parecem confirmar a conclusão de que no curso da Rodada Uruguai os governos não quiseram permitir exigências sobre o método produtivo que não se relacione com o produto comercializado.⁸⁰⁵ A expressão *relacionados ao produto*, motivo de divergência doutrinária, sugere que os processos e métodos de produção devem, em maior ou menor grau, interferir na qualidade ou nas características do bem que se destina ao mercado de consumo. É incompatível com o TBT o regulamento técnico, movido pelo salutar desejo de defender o meio ambiente, que vede a importação de papel que não tenha sido produzido a partir de árvores cultivadas em projetos de reflorestamento. Seria lícita, por outro lado, a regra que proibisse a importação de brinquedos fabricados com tinta tóxica que pode ocasionar danos à saúde das crianças.⁸⁰⁶

19.5 O TRIPS e a Convenção sobre Diversidade Biológica

⁸⁰⁵ CHANG, Seung Wha. GATting a green trade barrier: eco-labelling and the WTO agreement on technical barriers to trade. *Journal of World Trade, New York*, v. 31, nº 1, p. 137-160, Feb. 1997.

⁸⁰⁶ PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Comércio internacional e protecionismo*. op. cit., p. 114-115.

A tutela da propriedade intelectual organiza-se em torno de pressupostos inaugurais, pedra angular e fonte de legitimidade da disciplina jurídica instituída. O estímulo à criatividade, fator primordial para o desenvolvimento tecnológico, e a revelação das informações a respeito do bem protegido, constituem os pressupostos sempre lembrados pela doutrina. Eles estão na origem das leis domésticas e das convenções internacionais que regulam a propriedade intelectual, tendo conquistado singular magnitude com o advento da sociedade da informação.

A economia experimentou, nos últimos decênios do século XX, uma transformação profunda: o conhecimento adquire, nesse período, papel crucial para o funcionamento do sistema produtivo. Nunca antes na história o desenvolvimento esteve tão associado ao domínio da tecnologia, sem a qual não teria sido possível ampliar a produção em escala jamais imaginada e conceber grande variedade de bens destinados a grupos específicos de consumidores. O poder e a riqueza dependem do desenvolvimento tecnológico, devido à aplicação em pesquisa de volumes expressivos de recursos por parte das empresas globais, cuja atividade se estende a todo o planeta.

A mudança na estrutura da economia moderna alterou a natureza do comércio internacional, composto, cada vez mais, por bens que incorporam conhecimento aplicado, prova da engenhosidade dos inventores. Esse fato explica a proposta dos países desenvolvidos, formulada na Rodada Uruguai, de concluir uma convenção para regular os direitos de propriedade intelectual, embrião do Acordo TRIPs, que entrou em vigor em 1995, com o início das atividades da Organização Mundial do Comércio.

Em alguns campos, tais como direitos do autor, marcas, patentes, indicações geográficas, topografia de circuitos integrados, informações confidenciais e desenhos industriais, os signatários do TRIPs concordaram em estabelecer um padrão mínimo de proteção à propriedade intelectual. As regras substantivas consagram os princípios da nação mais favorecida e do tratamento nacional, fundamentos do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio; já os procedimentos deram especial destaque à transparência e à notificação. Do ponto de vista das instituições, o TRIPs criou o Conselho dos Direitos de Propriedade Intelectual com a missão de fiscalizar o cumprimento do Acordo e garantir aos membros da OMC um fórum para consultas.

A aplicação das regras coube ao sistema de solução de controvérsias da OMC, que aperfeiçoou o mecanismo de resolução de disputas forjado pelo GATT. O equilíbrio entre diferentes finalidades orientou a atividade dos negociadores. Havia grande interesse em conferir direito à recompensa dos investimentos em pesquisa e na necessidade de encorajar a

revelação pública do trabalho inventivo. O direito à inovação é limitado no tempo e sujeito a exceções para viabilizar o fluxo de informação benéfico a todos os criadores no interior da sociedade. Os direitos de propriedade intelectual são monopólios limitados com o escopo de proporcionar benefícios públicos presentes e futuros. Nessa linha de ideias, a previsão do direito e os limites que lhe são impostos revestem o mesmo significado. Salvaguardar a possibilidade de inovação é, por assim dizer, a meta principal do TRIPs, na esteira das reivindicações apresentadas pelos países desenvolvidos, desejosos de obter o retorno dos investimentos efetuados em pesquisa. Estava consolidada a aliança entre a propriedade intelectual e o comércio, ainda mais fortalecida pela firme disposição dos membros da OMC de reprimir a pirataria, no intuito de intensificar os fluxos econômicos internacionais.

A obrigação de outorgar patentes às inovações em todos os setores da tecnologia teve enorme impacto nos países em desenvolvimento. Não há dúvida de que a patente cria incentivos à inovação e à revelação das invenções, ao remunerar o inventor pelas despesas que realizou. Importa, todavia, em um custo social, manifestado na possibilidade de abuso do poder de monopólio do titular.⁸⁰⁷ Não está afastada, também, a utilização da patente para bloquear a atividade inventiva de terceiros, com evidente prejuízo para a sociedade. O TRIPs contemplou exceções à disciplina geral para permitir a adoção de políticas públicas em situações determinadas. O art. 7 proclama que o regime dos direitos de propriedade intelectual deve contribuir para promover a inovação, a transferência e a disseminação da tecnologia capazes de propiciar o bem-estar econômico e social.

No mesmo sentido, o art. 8 determina que os Estados podem adotar as medidas necessárias para proteger a saúde pública e a nutrição, bem como para promover o interesse público em setores essenciais para o desenvolvimento social, econômico e tecnológico. O art. 27.2 autoriza os membros da OMC a restringirem a concessão de patentes se as invenções causarem risco à vida ou à saúde humana, enquanto o art. 30 faculta aos Estados limitar os privilégios exclusivos que as patentes conferem. As exceções serão limitadas ao direito de monopólio, não poderão impedir a exploração da patente ou prejudicar, de modo não razoável, o interesse legítimo do seu detentor.

A licença compulsória, assim entendida a autorização a terceiros para fabricar, usar ou vender uma invenção patenteada sem o consentimento do titular da patente, em circunstâncias estabelecidas, é o meio para possibilitar que o bem em questão seja fornecido ao mercado

⁸⁰⁷ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O Acordo TRIPs, a licença compulsória e os países em desenvolvimento. *Revista de Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, São Paulo, nº 79, p. 101, set./out. 2006.

quando certas anomalias vierem a ocorrer. Nos termos do art. 31, a concessão da licença compulsória está subordinada a um interesse público ou ao abuso do poder de monopólio do titular da patente. Carlos Correa arrola as hipóteses que configuram uso legítimo da licença compulsória:

- a) recusa de contratar, verificada sempre que o titular da patente se negue a conceder a licença voluntária requerida em termos razoáveis, quando a não concessão da licença afetar a disponibilidade de um produto ou o desenvolvimento de uma nova atividade;
- b) estado declarado de emergência nacional, como sucede nos casos de catástrofe, guerra ou epidemia;
- c) para assegurar, na eventualidade de uma crise na saúde pública, o acesso da população aos medicamentos essenciais, ou em situações de interesse público, inclusive por razões de segurança nacional;
- d) identificação de uma conduta anticoncorrencial;
- e) uso pelo governo, para favorecer o acesso aos medicamentos, em bases não comerciais;
- f) quando a falta ou insuficiência na exploração da patente dificultar o acesso à saúde ou impedir o desenvolvimento de um setor vital à economia do país;
- g) quando o uso de determinada patente possa ser feito mediante a exploração de uma patente já concedida, desde que a patente original cubra uma invenção que represente importante avanço tecnológico;
- h) interesse público.⁸⁰⁸

Scherer analisou as pesquisas que tiveram lugar, nos Estados Unidos e na Inglaterra, durante as décadas de 1940 e 1950, comprovando a carência de dados empíricos para sustentar a assertiva de que as licenças compulsórias outorgadas realmente importaram em menor incentivo à inovação.⁸⁰⁹ Essa conclusão encontra sólido respaldo no extraordinário

⁸⁰⁸ CORREA, Carlos María. *Integrating public health concerns into patent legislation in developing countries*. Geneva: South Centre, 2000. Disponível em: <http://www.southcentre.org/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=13&Itemid=69>. Acesso em: 27 jan. 2009.

⁸⁰⁹ SCHERER, Frederick M. *The economic effects of compulsory patent licensing*. New York: New York Univ., Graduate School of Business Administration, Center for the Study of Financial Institutions, [1977]. (Monograph series

crescimento econômico vivido pelos Estados Unidos no período posterior à Segunda Guerra Mundial. Chien considera que a licença compulsória afeta a inovação caso seja anteriormente prevista pela indústria ou se o mercado em apreço tiver grande significação econômica.⁸¹⁰ Observa, com apoio em estudo empreendido pela Comissão Eastman do Canadá, que entre 1923 e 1993 a concessão de licença compulsória de medicamentos era previsível, porém essa circunstância teve efeitos de pequena monta sobre o volume de recursos dedicados à pesquisa.

A explicação residia, lembra Chien, na reduzida dimensão do mercado canadense para a lucratividade da indústria farmacêutica, de modo que a concessão de licença compulsória não reverteu as decisões de investimentos em pesquisa nos Estados Unidos.⁸¹¹ A Eastman Commission constatou que de 1969 a 1983 quase 80% dos pedidos de licença compulsória foram atendidos, perfazendo, em média, vinte licenças compulsórias concedidas a cada ano. Essa atitude não reduziu a inovação no Canadá devido à pequena relevância do mercado canadense quando comparado ao mercado mundial de produtos farmacêuticos.⁸¹² Convém lembrar, a esse respeito, que o mercado dos países em desenvolvimento contribui com menos de 20% dos lucros auferidos pelas companhias farmacêuticas, percentual que diminui ainda mais caso se verifique a relevância de cada mercado particular.⁸¹³ Somente uma diminuta parcela da população, normalmente não superior a 10%, goza de amplo acesso nesses países aos medicamentos de que necessita.

O Acordo TRIPs encoraja a inovação em setores lucrativos que nem sempre coincidem com a meta de preservação ambiental. Os Direitos de Propriedade Intelectual relacionam-se com a proteção do meio ambiente sob muitos aspectos, como exemplifica a Convenção sobre Diversidade Biológica, adotada por ocasião da Conferência do Rio de 1992. Os mais proeminentes concernem à atribuição de direitos de propriedade intelectual sobre recursos genéticos e conhecimentos tradicionais, à distribuição dos benefícios decorrentes do uso de

in finance and economics, 1977-2). Cf. SCHERER, Frederick M. The innovation lottery. In: DREYFUSS, Rochelle Cooper; ZIMMERMAN, Diane Leenheer; FIRST, Harry (Ed.). *Expanding the boundaries of intellectual property: innovation policy for the knowledge society*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2004. p. 3-21.

⁸¹⁰ CHIEN, Colleen. Cheap drugs at what price to innovation: does the compulsory licensing of pharmaceuticals hurt innovation? *Berkeley Technology Law Journal*, Berkeley, Calif., v. 18, nº 3, p. 865, 2003.

⁸¹¹ *Ibid.*, p. 879.

⁸¹² CHIEN, Colleen. Cheap drugs at what price to innovation: does the compulsory licensing of pharmaceuticals hurt innovation? *op. cit.*, p. 865.

⁸¹³ WATAL, Jayashree. *Workshop on differential pricing and financing of essential drugs: background paper*. Preparado para o Secretariado da OMC, WHO/WTO Workshop on Differential Pricing and Financing of Essential Drugs, Høsbjør 2001. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/wto_background_e.doc>. Acesso em: 10 nov. 2008. p. 9.

tais recursos, à transferência de tecnologia e à criação de sistemas *sui generis* de proteção dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais.

O arrojo e a ousadia tornaram a Convenção sobre Diversidade Biológica extremamente original, originalidade visível no bem-sucedido modo de combinar temas antes separados. O sistema jurídico em geral e o direito internacional em particular não absorveram, durante longo período, o conhecimento que o homem acumulou sobre o funcionamento e modificação dos ecossistemas naturais. Como corolário, a regulação do meio ambiente, seja ela doméstica ou internacional, notabilizava-se pela excepcionalidade, ajustando-se com grande dificuldade aos princípios informadores do ordenamento. Nos Estados Unidos, à guisa de ilustração, os direitos e deveres relacionados à atividade econômica que causam dano ao meio ambiente são definidos em relação ao *Common Law* e ao *Corporate Law*, de tal sorte que a propriedade privada, o contrato, o *tort* e a responsabilidade limitada dos acionistas gozam de inegável primazia.

Ao contrário, as regras ambientais, não obstante buscarem a proteção da saúde pública ou de outro valor relevante, são vistas como restrição à liberdade inerente aos cidadãos e às corporações.⁸¹⁴ Esta perspectiva, por anos a fio, penetrou o direito internacional, pois os tratados ambientais, à semelhança dos demais tratados, eram vistos como limitação ao poder intrínseco ao Estado de agir como melhor lhe aprouvesse.⁸¹⁵

Os tratados clássicos, indiferentes à transversalidade temática, peculiar ao final do século XX e limiar do século XXI, não distinguiam o comércio internacional de outras atividades humanas, exibindo notória insensibilidade para os efeitos que irradia em outros domínios. Os direitos humanos e a conservação da natureza eram, quando muito, mencionados de forma marginal.⁸¹⁶ A crença de que o comércio representava o único instrumento para a melhoria do bem-estar dos indivíduos, ao invés de ser um meio para a satisfação dessa finalidade, permeou, desde a criação do GATT, a redação dos acordos internacionais. O direito internacional, em oposição à tendência predominante até os anos 70, tem incorporado princípios ambientais, numa clara alteração da racionalidade que presidia o comportamento externo dos governos.

⁸¹⁴ DOWNES, David R. The Convention on Biological Diversity: seeds of green trade? *Tulane Environmental Law Journal*, New Orleans, LA, v. 8, nº 1, p. 171, Winter 1994.

⁸¹⁵ *Ibid.*, p. 171.

⁸¹⁶ GOYAL, Anupam. *The WTO and international environmental law: towards conciliation*. New Delhi, India: Oxford Univ. Press, 2006. p. 260.

A Convenção sobre Diversidade Biológica reúne, em uma unidade sistemática, temas econômicos e ambientais, sob a ótica do desenvolvimento sustentável. É, ao mesmo tempo, um tratado comercial, que disciplina o comércio dos recursos genéticos, e uma Convenção voltada a proteger o rico e variado patrimônio biológico do planeta. O comércio é inserido no horizonte da sustentabilidade, valor que organiza a relação e assegura o equilíbrio entre esferas que não se comunicavam. Trata-se, por conseguinte, do comércio destinado a promover a sustentabilidade do planeta, o que significa, em outras palavras, o repúdio ao intercâmbio de bens que venha a colidir com esse desiderato. A partilha equitativa dos benefícios, encorajada pelo texto convencional, pretendeu aumentar o incentivo econômico para que os países ricos em diversidade biológica conservem o patrimônio genético de que dispõem. A Convenção não se contentou em estabelecer regras sobre o comércio de recursos genéticos, na ambição de captar o valor econômico da diversidade biológica. Ampara bens e serviços fora do mercado, que favorecem a manutenção e a sustentabilidade da biosfera ao longo do tempo. Tais bens não podem ser substituídos com o emprego das tecnologias atuais e é improvável que as sociedades humanas contarão com recursos para substituí-los no futuro, mesmo se para tanto considerarmos as possibilidades abertas pelo progresso científico.

A erosão das fronteiras rígidas a separar os assuntos denuncia os limites do modelo regulatório tradicional, esgotado pelas interconexões temáticas cada vez mais perceptíveis.

A importância da diversidade biológica foi devidamente realçada pela Convenção, que a definiu, no art. 2, como:

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.

A perda de uma ou mais espécies pode afetar a qualidade do ar e da água, a produção de alimentos e o controle das pragas que atacam as lavouras ou disseminam doenças, pois os ecossistemas são redes interligadas que exigem a conservação das partes para preservar o funcionamento do todo.⁸¹⁷ Uma conclusão sombria parece inevitável diante do avassalador

⁸¹⁷ GOYAL, Anupam. op. cit., p. 268-269.

processo de degradação natural: muitas espécies estão ameaçadas de desaparecer em curto espaço de tempo por não se adaptarem às súbitas mudanças do meio ambiente. Essas alterações, sem paralelo em qualquer outra fase histórica precedente, colocam em risco a habilidade humana para encontrar a cura de numerosas moléstias.

A conservação da diversidade biológica foi considerada pela CBD interesse comum da humanidade, mas cada Estado é soberano sobre os recursos genéticos situados em seu território. Rejeitou-se a ideia de que a diversidade biológica está disponível a todos. Cada país tem o direito de elaborar normas internas que regulem o acesso aos recursos genéticos e exigir pagamento pelo respectivo acesso. O conceito de interesse comum da humanidade significa atribuir à comunidade de Estados o interesse legítimo em relação aos recursos genéticos que tenham importância global, conferindo-lhe, também, a responsabilidade de ajudar a garantir o uso sustentável de tais recursos. Foi aceito o princípio da justa repartição dos benefícios no caso de pesquisas científicas ou da exploração para fins comerciais. A determinação de que a diversidade biológica é interesse comum da humanidade introduz um limite à soberania, exercida com plenitude apenas para estipular as condições de acesso e a remuneração pelo uso do patrimônio genético contido no território nacional.

O acordo prévio com o interessado é o título jurídico definidor dos direitos e obrigações das partes. A troca de informações científicas, a transferência de tecnologia e a participação nos resultados financeiros são, entre outras, algumas das modalidades de recompensa escolhidas pelos contratantes. A CBD valorizou os conhecimentos e modos de vida tradicionais para a conservação da diversidade biológica, o que justifica, perante terceiros, a demanda de justa compensação. Tais conhecimentos, a par do valor intrínseco que possuem, impulsionam o avanço da biotecnologia, ao reunir práticas longamente amadurecidas sobre o uso de espécies vegetais ou animais. É natural, portanto, aceitar o direito das populações tradicionais à remuneração pelas vantagens auferidas por terceiros com o emprego comercial de informações acumuladas no transcurso do tempo.

Dado que a maior parte dos dispositivos não são autoaplicáveis no interior dos Estados, a CBD, à semelhança do TRIPs, delega a cada sistema jurídico a incumbência de efetuar, mediante normas adequadas, a regulamentação pertinente. As desavenças em torno do descumprimento da CBD serão resolvidas por um sistema de solução de controvérsias fundado na negociação e na mediação. Uma das mais notadas falhas consistiu na ausência de penalidade imposta a quem violar o texto convencional, cujo sentido diretivo fica prejudicado pela falta de sanção às condutas desviantes. A conservação *in situ*, elemento central da

Convenção sobre Diversidade Biológica, “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 espécie domesticadas ou cultivadas, nos meios onde tenham desenvolvido suas propriedades características”. Já a conservação *ex situ*, aplicada aos “componentes da diversidade biológica fora dos seus habitats naturais”, será utilizada apenas se a conservação *in situ* exigir providências complementares.

A utilidade da criação, em muitas partes do mundo, de bancos genéticos para preservar variedades e espécies vegetais, não oculta os eventuais problemas causados por essa iniciativa. O temor de que a intensa degradação da natureza comprometa inexoravelmente a produção de alimentos trouxe à baila a necessidade de armazenar em bancos genéticos, com o fim de viabilizar a pesquisa futura, genes de espécies ameaçadas de desaparecer. Enquanto o Centro Internacional para a Agricultura é de acesso livre, os bancos privados atuam em moldes comerciais por intermédio de regime jurídico próprio, concebido para especificar o uso do material que os interessados neles depositaram.

Os bancos genéticos são acusados de bloquear a evolução natural por subtraírem das mudanças do meio ambiente as plantas e os componentes que as integram. Podem contribuir para propagar doenças em virtude de deficiente administração, risco a que estão permanentemente expostos. Perspectivas distintas e muitas vezes contraditórias marcaram, no plano internacional, a elaboração do Acordo TRIPs e da Convenção sobre Diversidade Biológica. Os países industrializados consideram que o crescimento econômico resulta no aumento da eficiência graças à previsão, em um tratado específico, dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio. Esta postura contrasta com o pleito dos ambientalistas para quem o desenvolvimento deve sujeitar-se à proteção ambiental. Alega-se, também, que o regime de patentes é uma forma de proteger os direitos de propriedade intelectual, concebida no Ocidente, que se mostra inadequada para a maioria dos países situados no hemisfério sul, cujo ingresso na OMC significou, entre outras coisas, a obrigação de respeitar o Acordo TRIPs.⁸¹⁸

O reconhecimento de direitos privados seria, nessa visão, completamente estranho às comunidades tradicionais, já que os agricultores estão, de há muito, familiarizados com a existência de direitos coletivos. A CBD busca robustecer a capacidade dos países em

⁸¹⁸ CURCI, Jonathan. The new challenges to the international patentability of biotechnology: legal relations between the WTO treaty on Trade-related aspects of IPRs and the CBD. *International Law and Management Review*, Provo, Utah, v. 2, nº 1, p. 13, Winter 2005.

desenvolvimento para conservar a diversidade biológica, reservando-lhes os direitos sobre o uso dos recursos genéticos, aí incluído o direito de usufruir os benefícios que proporcionam.⁸¹⁹ Os Estados do sul sentem-se explorados em virtude do desequilíbrio estrutural entre as nações ricas em diversidade biológica e os países que concedem proteção jurídica às invenções oriundas do avanço tecnológico.

Existem, fundamentalmente, os mesmos motivos morais e econômicos para instituir direitos à informação sobre a biodiversidade análogos aos já conferidos em matéria de propriedade intelectual pelo Acordo TRIPs no âmbito da Organização Mundial do Comércio.⁸²⁰ O capital natural do planeta, expressão sugestiva para designar o acervo das formas de vida encontradas na natureza, abrange bens tangíveis e intangíveis, como o germoplasma e a informação que esse vasto patrimônio hospeda. A perpetuação do manancial informativo requer fluxos de investimentos contínuos similares aos que alimentam a inovação no campo da propriedade intelectual. Urge, assim, elaborar um sistema *sui generis* de direitos de propriedade capaz de oferecer recompensa aos indivíduos e comunidades locais. A motivação para manter a integridade do capital natural é necessária, mas não suficiente. Por isso é preciso criar um sistema equitativo que proporcione retorno financeiro e colabore para a preservação da diversidade genética nos países em desenvolvimento.

19.6 A transferência de tecnologia

Os modernos tratados ambientais, com grande pioneirismo, contêm regras sobre a transferência de tecnologia às nações em desenvolvimento, cuja importância é fundamental para a consecução das metas planejadas. O art. 16.1 da Convenção sobre Diversidade Biológica dispôs que cada Parte Contratante se compromete “a permitir e/ou facilitar a outras Partes Contratantes acesso a tecnologias que sejam pertinentes à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica ou que utilizem recursos genéticos e não causem dano sensível ao meio ambiente, assim como a transferência dessas tecnologias”. O parágrafo 2º estatui que o acesso e a transferência de tecnologia aos países em desenvolvimento ocorrerão em “condições justas e as mais favoráveis, inclusive em condições concessionais e preferenciais quando de comum acordo, e, caso necessário, em conformidade com o mecanismo financeiro estabelecido nos arts. 20 e 21. No caso de tecnologia sujeita a patentes

⁸¹⁹ Ibid., p. 13-14.

⁸²⁰ GOYAL, Anupam. op. cit., p. 266.

e outros direitos de propriedade intelectual, o acesso e a transferência da tecnologia devem ser permitidos em condições que reconheçam e sejam compatíveis com a adequada e efetiva proteção dos direitos de propriedade intelectual”.

O parágrafo 3º, por sua vez, prevê a adoção de medidas legislativas, administrativas ou políticas, conforme o caso, para que as Partes Contratantes, em particular os países em desenvolvimento, provedores de recursos genéticos, tenham acesso à transferência de tecnologia que utilize esses recursos. A meta pretendida é, nos termos do parágrafo 4º, assegurar o acesso e a transferência de tecnologia ao setor privado e às instituições governamentais dos países em desenvolvimento. As partes reconhecem, no parágrafo 5º, que as patentes e outros direitos de propriedade intelectual podem influir no cumprimento da Convenção, motivo pelo qual devem cooperar para que tais direitos apoiem, e não se oponham, às finalidades almejadas. Os Estados Unidos desferiram críticas acerbadas a esse dispositivo por considerá-lo contrário aos princípios de livre-mercado. O conflito entre a Convenção sobre Diversidade Biológica e o Acordo TRIPs, no campo da transferência de tecnologia, é um problema delicado, que desperta intenso debate entre os doutrinadores. O Acordo TRIPs, organizado em torno de regras que tutelam o interesse do inventor, estabelece as exigências para transferência dos direitos de propriedade intelectual, fiel à orientação privada que o inspira. Cabe ao titular da patente, conforme o seu interesse, transferi-la ou licenciá-la, faculdades exercidas em razão da exclusividade que a patente confere. Em contraste, a Convenção sobre Diversidade Biológica determina a prioridade aos países em desenvolvimento, normalmente realizada sob a forma de condições preferenciais, além da ação conjunta entre as empresas, com sede nos países desenvolvidos, e as instituições públicas ou privadas das nações em desenvolvimento provedoras de recursos naturais.

A doutrina cogitou a probabilidade de conflito entre o art. 16.2 da Convenção sobre Diversidade Biológica e as cláusulas de nação mais favorecida e do tratamento nacional, contempladas, respectivamente, nos arts. 3 e 4 do TRIPs. Esses dispositivos foram idealizados, nos anos 40, com um objetivo preciso: evitar, no âmbito do GATT, que a discriminação, prática comum no período entre guerras, pudesse distorcer o fluxo econômico entre os Estados. Os arquitetos do GATT estavam cientes do perigo que causaram pela interferência de razões subjetivas sobre as quais não existe nenhum tipo de controle, para o funcionamento do comércio internacional.

O objetivo visado foi, portanto, assegurar a igualdade de tratamento, por intermédio do repúdio explícito às distinções arbitrárias e injustificáveis. Isso não significa, segundo Goyal,

que não seja lícito, com a finalidade de promover a igualdade, conferir tratamento benéfico a um grupo retardatário. Acentua ainda que o tratamento favorável dispensado a esse grupo não é o resultado de mera filantropia, mas um direito reconhecido em virtude da importante contribuição que oferece para preservar a diversidade biológica.⁸²¹

Não há, ao contrário do que foi alegado, conflito entre o art. 16.1 da CBD e os dispositivos do TRIPs referentes ao tratamento nacional e à cláusula da nação mais favorecida. A transferência de tecnologia em condições preferenciais é o resultado do pleito de países em desenvolvimento, não raro com grandes problemas estruturais, que dependem do auxílio externo para conservar a diversidade biológica existente. A reciprocidade, princípio das trocas comerciais, informa, nessa linha de ideias, a transferência de tecnologia em condições favoráveis aos países em desenvolvimento, pois esta é a contrapartida para que as nações desenvolvidas não sejam privadas de usufruir os benefícios ocasionados pelo patrimônio genético do planeta.

A discriminação autorizada pelo art. 16 deve ser aceita sempre que contribuir para conservar a diversidade biológica, objetivo primordial da CBD, e merecer inequívoco repúdio nas demais situações. O preâmbulo do Acordo TRIPs, na esteira da diretriz adotada no preâmbulo do Acordo que cria a OMC, assevera:

[Reconhecem os Membros] também as necessidades especiais dos países menos desenvolvidos, os Membros no que se refere à implementação interna de leis e regulamentos com a máxima flexibilidade, de forma a habilitá-los a criar uma base tecnológica sólida e viável [...].

Analogamente, o art. 8.2 do TRIPs preceitua:

Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia.

⁸²¹ GOYAL, Anupam. op. cit., p. 325.

Matsushita, Schoenbaum e Mavroidis sugerem, sob esse aspecto, duas alternativas para dirimir o eventual conflito entre as duas convenções. A primeira busca estimular o uso do mecanismo financeiro, regulado pelos arts. 20 e 21 da Convenção sobre Diversidade Biológica, para facilitar, em condições favoráveis, a transferência de tecnologia aos países em desenvolvimento.⁸²² Recomendam, com fundamento nos arts. 15, 16 e 19 da Convenção sobre Diversidade Biológica, que a transferência de tecnologia seja definida mediante negociação entre as partes, com o auxílio, quando necessário, do mecanismo financeiro. O segundo método consiste no uso da licença compulsória, autorizada pelo TRIPs em certas hipóteses, para garantir o cumprimento da Convenção sobre Diversidade Biológica. O art. 31 do TRIPs não insere a transferência de tecnologia entre os requisitos para a concessão da licença compulsória, que foram objeto, com o fito de evitar abusos, de rigorosa enumeração por parte dos negociadores. A aprovação de uma emenda ao Acordo TRIPs ou a ambos os acordos seria, na opinião dos autores citados, o melhor modo de contornar essa dificuldade.

19.7 A proteção das plantas e dos vegetais

Desde os tempos remotos, os agricultores dedicam-se, em todos os recantos do globo, com maior ou menor intensidade, à melhoria das espécies vegetais. As sementes de espécies dotadas de propriedades benéficas aos seres humanos e das árvores que produziam frutos abundantes, muito apreciados pela excepcional qualidade, eram selecionadas e guardadas para o próximo plantio. A seleção e a experimentação, aperfeiçoadas a cada safra, deram origem ao aparecimento de novas variedades, elaboradas a partir dos traços que se buscava aprimorar e desenvolver.

Nessa laboriosa atividade, observava-se, nas épocas de colheita, o desempenho obtido por determinada semente antes de iniciar o cruzamento de tipos diversos de plantas. Apesar de utilizadas há vários milênios, só no presente as técnicas para produzir novas variedades de plantas foram protegidas pelos direitos de propriedade intelectual. O art. 27.1 do TRIPs estabeleceu que “qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial”. O patenteamento das plantas e demais organismos vivos

⁸²² MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENBAUM, Thomas J.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: law, practice, and policy*. New York: Oxford Univ. Press, 2003, p. 417.

levanta problemas éticos e morais delicados, que têm suscitado respostas diferentes por parte dos ordenamentos jurídicos nacionais.

Despontam questões técnicas complexas, entre as quais a aplicação aos seres vivos dos requisitos de novidade e não obviedade. A novidade se consuma, segundo a legislação de numerosos países desenvolvidos, quando o produto ou o processo biotecnológico não tinha existência prévia. O passo inventivo ou a não obviedade representa um certo nível de intervenção técnica, promovida pelo homem, sobre a arte anterior que não seja óbvia a uma pessoa de habilidade ordinária naquela matéria.⁸²³

Redigido com indisfarçável caráter permissivo, o art. 27.2 do TRIPs consigna:

Os Membros podem considerar como não patenteáveis invenções cuja exploração em seu território seja necessário evitar para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente, desde que esta determinação não seja feita apenas porque a exploração é proibida por sua legislação.

O art. 7(c) da Convenção sobre Diversidade Biológica, por seu turno, conclama os Estados a identificarem processos e categorias de atividades que tenham ou possam ter efeitos adversos significativos sobre a conservação e o uso sustentável do meio ambiente. Imbuído da mesma orientação, o art. 8º exige, na medida do possível, que as Partes regulem ou administrem tais processos e categorias de atividades.

A Convenção Europeia sobre Patentes, celebrada em 1973, proibiu, no art. 53, a outorga de patente às invenções cuja publicação ou exploração seja contrária à moral ou à ordem pública.

O Greenpeace protestou, no caso Sistemas Genéticos das Plantas, contra a outorga de patente a uma invenção voltada ao desenvolvimento de plantas e sementes que resistem a certos tipos de herbicida, por serem prejudiciais ao meio ambiente. O Conselho Técnico de Apelação do Escritório Europeu de Patentes confirmou, na oportunidade, a posição manifestada em outras ocasiões, segundo a qual a ordem pública abarca a proteção ambiental. Notou, ainda, que as invenções cuja exploração não está em conformidade com as regras de

⁸²³ WATAL, Jayashree. *Intellectual property rights in the WTO and developing countries*. The Hague: Kluwer Law International, 2001. p. 135.

conduta relativas à cultura inerente à sociedade e civilização europeia contrariam a moralidade e não podem ser patenteáveis.

Graças à iniciativa pioneira do Brasil, a Declaração de Doha assim se expressou sobre a relação entre o TRIPs e a proteção da saúde:

Nós salientamos a importância que concedemos à implementação e interpretação do Acordo sobre o Comércio de Propriedade Intelectual (Acordo TRIPs) de maneira a apoiar a saúde pública, promovendo o acesso aos medicamentos existentes, à pesquisa e desenvolvimento de novos medicamentos e, nesse sentido, adotamos uma declaração em separado.

A Declaração de Doha permitiu que os membros da OMC utilizem todas as flexibilidades do TRIP para proteger a saúde, como as regras costumeiras de interpretação do direito internacional público. Tais flexibilidades, no caso do art. 27.2 do TRIPs, compreendem a não concessão de patentes às inovações lesivas à conservação da biodiversidade e prejudiciais ao meio ambiente. É recomendável que o art. 27.2 seja interpretado à luz do princípio de precaução que, segundo alguns autores, é parte integrante do direito internacional consuetudinário. A patente não deverá ser concedida, sob esse ângulo, às invenções que possam causar prejuízos irreversíveis ao meio ambiente, fato que lhe dá grande abrangência, pois será preciso apenas demonstrar as evidências que indicam a probabilidade do dano.

O art. 27.3 do TRIPs prescreve que os membros podem considerar como não patenteáveis:

(b) plantas e animais, exceto micro-organismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema *sui generis* eficaz, seja por uma combinação de ambos. O disposto neste subparágrafo será revisto quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.

A vigorosa oposição dos países em desenvolvimento, durante as negociações do TRIPs, não foi suficiente para impedir a patenteabilidade dos micro-organismos e dos processos essencialmente biológicos. Não há concordância generalizada sobre o sentido dessas expressões, nem mesmo sobre o significado de “não biológicos” ou “essencialmente

biológicos”, objeto de interpretações discrepantes pelo Poder Judiciário e pelas normas internas. Com o escopo de lançar luz a respeito de tão espinhosa questão, a Diretiva Europeia sobre Biotecnologia limitou os processos essencialmente biológicos aos fenômenos da natureza, nomeadamente o cruzamento e a seleção natural, ao passo que o processo microbiológico é aquele que produz material pertencente à microbiologia. Já os micro-organismos são definidos ora como organismos microscópicos ou ultramicroscópicos, ora como organismos unicelulares.⁸²⁴

A probabilidade de que as leis domésticas conceituem os micro-organismos com tamanha indeterminação que seja difícil controlar, efetivamente, a presença das exigências para a patenteabilidade de produtos ou processos, temor compartilhado pelas nações em desenvolvimento, levou o Brasil a sugerir ao Conselho do TRIPs a alteração do art. 27.3, com base nas seguintes razões:

Patentes amplas sobre micro-organismos, plantas e animais resultam em direitos de monopólio para a exploração da matéria patenteada, restringindo assim, a exploração de tais recursos. Ademais, as patentes sobre um recurso genético dos membros, mas conferida fora do seu território levanta o problema de conflito potencial com o princípio de soberania das partes contratantes da CBD sobre seus próprios recursos genéticos.⁸²⁵

Os especialistas comungam, em larga medida, a crença de que a descoberta de substâncias encontradas na natureza não constitui invenção, motivo pelo qual não podem ser patenteadas. É particularmente difícil no campo da biotecnologia traçar uma linha divisória nítida entre os fatos naturais e a invenção de algo novo, para o qual contribuiu a criatividade humana. A ausência no TRIPs de norma específica que discipline o tema em apreço é prova cabal da liberdade que desfrutam os países para instituir as normas mais convenientes. Já se sustentou, a propósito, que o TRIPs permite a patenteabilidade de genes e outros produtos da natureza se puderem ser isolados mediante processos técnicos, ou, simplesmente, se forem a cópia fiel dos bens naturais. O art. 10 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, afirma que não se considera invenção ou modelo de utilidade: “o todo ou parte de seres vivos naturais e

⁸²⁴ WATAL, Jayashree. *Intellectual property rights in the WTO and developing countries*. op. cit., p. 132.

⁸²⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. *Review of article 27.3(b): communication from Brazil*. IP/C/W/228 (24 Nov. 2000). Disponível em: <docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/IP/C/W228.doc>. Acesso em: 20 nov. 2008. p. 5.

materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais”.

O Acordo TRIPs autoriza níveis diferentes de proteção à propriedade intelectual, desde que satisfeitos os padrões mínimos consagrados. Cada Estado é competente, desse modo, para estipular os critérios relativos à patenteabilidade dos animais e outros recursos biológicos, que muitas vezes não se beneficiam de tutela especial, muito embora as plantas devam ser objeto de um sistema *sui generis*.

Os Estados são livres, consoante o TRIPs, para adotar o sistema de proteção às variedades vegetais que considerarem adequado, tendo em vista o nível de desenvolvimento, bem como as necessidades sociais e econômicas peculiares a cada momento histórico. A controvérsia em torno do patenteamento de algumas variedades vegetais, famosas pelas propriedades terapêuticas que exibem, por certas nações desenvolvidas, expôs, com singular agudeza, as dificuldades que cercam o tratamento do tema.

O significado da expressão *sistema sui generis eficaz*, mencionada no art. 27.3(b), não é claro; parece, contudo, que os negociadores do TRIPs, ao redigirem esse dispositivo, tiveram em mente a Convenção Internacional para a Proteção das Obtenções Vegetais, conhecida internacionalmente como UPOV, concluída em 1961 e modificada em 1978 e em 1991, cuja evolução refletiu o fortalecimento dos direitos de propriedade intelectual.⁸²⁶ Já se cogitou o risco de que a expressão em tela seja interpretada no contexto dos objetivos previstos pela referida Convenção, com ênfase para os direitos de propriedade intelectual, em detrimento da conservação da diversidade biológica.

A Convenção previu um sistema de proteção às plantas cultivadas mediante técnicas de melhoramento vegetal, que alcancem, entre outros requisitos, determinados níveis de distinguibilidade, homogeneidade e estabilidade. É necessário que a variedade possa ser claramente distinguida, por uma ou várias características importantes, de qualquer outra variedade cuja existência seja notoriamente conhecida no momento em que é solicitada a proteção. Essa notoriedade pode ser estabelecida em referência a vários elementos, tais como: cultivo ou comercialização já em curso, inscrição efetuada ou pendente num registro de variedades, inclusão numa coleção de referência ou descrição precisa numa publicação.

⁸²⁶ TARASOFSKY, Richard G. The relationship between the TRIPs Agreement and the Convention on Biological Diversity: Towards a Pragmatic Approach. *Review of European Community and International Environmental Law*, Oxford, v. 6, nº 2, p. 150, 1997.

As características que permitem definir e distinguir uma variedade devem poder ser reconhecidas e descritas com precisão. A variedade deve ser suficientemente homogênea, tendo em conta as particularidades da sua reprodução sexuada ou da sua multiplicação vegetativa. Deve ainda ser estável nas suas características essenciais, isto é, deve continuar a corresponder à sua definição, após reproduções ou multiplicações sucessivas, ou se o obtentor tiver definido um ciclo particular de reproduções ou de multiplicações no fim de cada ciclo. A novidade, elemento decisivo para que se logre alcançar a proteção convencional, é constatada sempre que a comercialização anterior não tiver ocorrido.

Alguns críticos alegam que o atual feitio da disciplina normativa da UPOV tende a beneficiar apenas os criadores de variedades geneticamente modificadas. As espécies desenvolvidas pelas comunidades locais, conquanto possuam diversidade genética intravarietal, não colheriam os benefícios da proteção outorgada pelo sistema vigente. Declaram, ainda, que os critérios de distinção e novidade são muito baixos, o que favoreceria a proteção a variedades que contenham pequenas modificações.⁸²⁷ W. Reid resume o impacto dos direitos de propriedade intelectual sobre a agricultura: (a) a diminuição da variedade das lavouras; (b) a redução espacial da diversidade genética; (c) o aumento da diversidade genética no tempo; e (d) a queda do uso de insumos externos.⁸²⁸ As emendas de 1991 introduziram na UPOV a noção de variedade essencialmente derivada, estendendo os direitos dos produtores de plantas a novas variedades que incluem o genótipo original. A UPOV, sobretudo após as modificações levadas a cabo em 1991, é um poderoso estímulo para que o setor privado crie variedades vegetais protegidas.

Os agricultores passaram a utilizar, em consequência, de maneira inusitada, espécies vegetais uniformes, numa clara ameaça à preservação da diversidade biológica. Grandes empresas multinacionais produtoras de sementes desenvolveram, nos últimos tempos, variedades vegetais híbridas, que germinam uma única vez, denominadas “tecnologias protetivas” ou “Terminator”. As empresas Delta e Pine Land, além do próprio Departamento de Agricultura dos Estados Unidos, obtiveram, em 1998, patente para uma invenção intitulada “Terminator”, que integra um grupo mais amplo de invenções, as assim chamadas Tecnologias de Restrição de Uso.

⁸²⁷ DUTFIELD, Graham. *Intellectual property rights, trade and biodiversity*. op. cit., p. 51.

⁸²⁸ REID, Walter V. *Genetic resources and sustainable agriculture: creating incentives for local innovation and adaptation*. Nairobi: ACTS Press, 1992.

A majoração dos custos que incidem sobre os agricultores, obrigados a adquirir novas sementes a cada período de plantio, afora o possível dano à diversidade biológica, preocupa os países em desenvolvimento, que são diretamente afetados por abrigarem a maior parte das espécies vegetais do planeta. A Índia, por exemplo, alarmada com a repercussão negativa dessas invenções, introduziu em sua legislação regra que denega proteção às sementes produzidas com o emprego das novas tecnologias.

A UPOV de 1991, ao contrário do que dispunha o texto original de 1961, inalterado, sob esse prisma, por ocasião da reforma de 1978, aboliu o impedimento para que a tutela concedida aos produtores de novas variedades de vegetais ocorresse, quer por via da patente, quer pela instituição de regras particulares que devidamente considerassem as especificidades próprias a esse setor.

Criada em 1945 como agência especializada da ONU, a Organização para Alimentação e Agricultura (FAO) dedica-se à conservação dos recursos genéticos das plantas. A FAO fornece assistência aos governos e elabora recomendações, formuladas a partir das pesquisas que promove para conservação dos recursos naturais. Foi instituído, no âmbito da FAO, em 1983, o Sistema Global sobre recursos genéticos das plantas, a Comissão sobre Recursos Genéticos das Plantas e o Empreendimento Internacional dos Recursos Genéticos das Plantas com a finalidade de conservar e utilizar para o plantio ou investigação científica futura as espécies que tenham importância econômica e social.

O Tratado Internacional sobre os Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura, concluído, no âmbito da FAO, em 2001, pretende, além da conservação e do uso sustentável dos recursos genéticos das plantas, proporcionar a divisão justa e equitativa dos benefícios. As Partes acordaram em estabelecer um “Sistema Multilateral que seja eficiente, efectivo e transparente, tanto para facilitar o acesso aos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura como para partilhar justa e equitativamente os benefícios resultantes da utilização desses recursos, numa perspectiva de complementaridade e reforço mútuo” (art. 10.2). Comprometeram-se a facilitar o acesso aos recursos, enumerados no Anexo I, sendo que os beneficiários concordaram, com o escopo de cumprir esse objetivo, a não reivindicar direitos de propriedade intelectual que limitem o acesso aos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura, ou a partes ou constituintes genéticos dos recursos.

Os benefícios derivados do “Sistema Multilateral” devem ser partilhados de maneira justa e equitativa, com destaque para o intercâmbio de informações, acesso às tecnologias e

transferência destas, reforço de capacidade e partilha dos benefícios resultantes da comercialização. As Partes comprometeram-se a conceder e/ou facilitar o acesso a tecnologias que visem à conservação, à caracterização, à avaliação e à utilização dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura abrangidos pelo sistema multilateral. Reconhecendo que determinadas tecnologias só podem ser transferidas com o material genético, as Partes Contratantes concederão e/ou facilitarão o acesso a essas tecnologias e ao material genético abrangido pelo sistema multilateral e às variedades melhoradas e material genético desenvolvidos graças à utilização dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura (art. 13.2(b)(i)).

As nações desenvolvidas parecem interessadas em criar um amplo sistema de proteção dos Direitos de Propriedade Intelectual para as plantas, integrado tanto pela tutela das variedades surgidas com o concurso de métodos de produção, inclusive com o auxílio da engenharia genética, quanto pela proteção patentária para as invenções biotecnológicas aplicáveis à agricultura, cabendo a escolha, em cada caso, ao titular dos direitos protegidos.

Vale recordar, a esse respeito, que durante longo tempo a patente destinava-se a salvaguardar apenas os produtos e processos industriais. Os notáveis avanços no campo da microbiologia e a evolução sem par da engenharia genética estão na raiz de iniciativas que favoreceram o patenteamento de organismos vivos. É certo, porém, que o fortalecimento dos direitos de propriedade intelectual não é o único fator responsável pela erosão da diversidade biológica.