

Controle da biodiversidade e competência reguladora*

The control of biodiversity and regulatory competence

Tercio Sampaio Ferraz**

RESUMO

Este trabalho pretende tratar, inicialmente, de duas ordens de questões que podem ser assim resumidas: a primeira refere-se ao entendimento do dispositivo constitucional concernente à preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético que, nos termos do *caput* do art. 225, constitui **dever do poder público e da coletividade**; a segunda reporta-se ao *direito de todos* (interesse difuso) que, nos termos do mesmo artigo, exige *efetividade*, do que decorre a incumbência do poder público para *preservar a diversidade* (medidas normativas de preservação) e *fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético* (fiscalização). Por conta da primeira, surgem questões referentes à delimitação do Estado no exercício da incumbência de preservação, que constitui *competência comum* da União, estados, Distrito Federal e municípios (CF, art. 23-VI/VI — *proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; preservar as florestas, a fauna e a flora*). Por conta da segunda, questões referentes à competência concorrente para legislar, e ao correspondente exercício do poder

* Artigo recebido em junho de 2011 e aprovado em junho de 2011.

** Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutor em filosofia pela Johannes Gutenberg Universitat de Mainz. Doutor em direito pela USP. Consultor da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Professor titular da Faculdade Autônoma de Direito (Fadisp), professor titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

de polícia (fiscalizar), sobre proteção do meio ambiente e responsabilidade por dano ao meio ambiente (CF, art. 24-VI/VIII). Dessas decorrem questões referentes à interpretação da legislação federal, de tratados internacionais, mas, sobretudo, à omissão/demora do poder público diante do dever de dar efetividade ao direito de todos quanto à preservação e, em particular, diante do direito de todos à *razoável* duração de processos que corram no âmbito judicial e administrativo (CF, art. 5º, LXXVIII).

PALAVRAS-CHAVE

biodiversidade — preservação — competência — responsabilidade — fiscalização

ABSTRACT

This article focuses on two major points. The first involves the understanding of the constitutional rule that concerning the preservation of the diversity and integrity of genetic heritage that, in the terms of article 225 *caput* of the Constitution, constitutes a duty of the public authorities and the community. The second is an analysis of collective rights that, as written in the constitutional article written above, demands effectiveness, and because of which the authorities must zeal for the preservation of diversity and control entities that are dedicated to genetic manipulation research. Due to the first major point of this work, issues arise in reference to the delimitation of the State and its duty in the preservation (and therefore control), for, as inscribed in article 24, VI, VIII of the Federal Constitution, it is a joint competence among municipalities, states, the Federal District and the Federal Union. Issues concerning the interpretation of federal legislation, international treaties, and, above all, how to face the authorities' omissions/delays on their duty to implement the collective right to the preservation of genetic heritage and, specifically, the effectiveness of the individual right to a reasonable amount of time in trial all come into discussion.

KEY-WORDS

biodiversity — preservation — competence — responsibility — supervision

Introdução

1. Do perfil constitucional

O disposto no art. 225 da CF tem características de normas que determinam uma política pública, portanto, que agasalham uma espécie de princípio programático em que, com relação ao direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, é imposto ao poder público o dever de assegurar-lhe a *efetividade* mediante certas medidas e providências que constituem o conteúdo de seus parágrafos e incisos.

De um lado, o direito e o princípio-programa, por referirem-se à *qualidade de vida*, têm a ver com preservação da saúde e, por conseguinte, com direito fundamental à vida (das gerações atuais em face das gerações futuras). De outro, por se tratar de capítulo sobre a ordem constitucional da cultura, inserem-se num complexo de desenvolvimento dentro do qual buscam uma acomodação. Ou seja, trata-se de uma preservação inserida dentro de uma dinâmica própria das mudanças culturais. Daí a correlação com o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica (CF, art. 218), bem como a correlação entre a responsabilidade do poder público pela conservação da biodiversidade e por sua *utilização sustentável* (*preservar* processos ecológicos, *prover o manejo* ecológico — CF, art. 225, § 1º, I): poder normativo e regulador (CF, art. 174). E, em consequência, na preservação do patrimônio genético do país, o exercício do *poder de polícia* (*fiscalização*: CF, art. 225, § 1º, II).

No exercício do poder normativo e regulador (modelo do *Estado regulador*), a atuação do Estado deixa de ser estritamente a de mera proteção da liberdade (estado de direito e proteção da livre-iniciativa), mas é também menos intervencionista, isto é, menos assunção, pelo Estado, do *dever* de atuar diretamente no mercado (caso dos monopólios estatais ou de exploração econômica mediante empresas estatais ou de economia mista: Estado interventor). Passa, assim, a um Estado em que a *dimensão* da administração (empresarial-estatal) torna-se menor, com o conseqüente crescimento da participação da iniciativa privada inclusive na gestão de serviços públicos *lato sensu*, donde decorre a necessidade de maior flexibilização da administração para exercer *funções de controle normativo e regulador*.

Isso conduz a um exame do art. 174 da CF, consoante o qual o Estado é “agente normativo e regulador da atividade econômica” e exercerá, “na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Essa competência normativa e reguladora vem informada pelo *dever de racionalidade* (donde a submissão de seu exercício aos princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*), que, imposto ao legislador (*na forma da lei*), combina a atividade (do *agente*) normativa com a reguladora. Pela primeira, cabe ao Estado, mediante *lei*, fixar diretrizes para a economia. Pela segunda, realizar o que os economistas chamam de *intervenção conforme*, isto é, orientar e influenciar os agentes econômicos por meio de políticas globais que equilibrem níveis de demanda, condições de repartição, eficiência na alocação e distribuição de recursos, *sem lhes eliminar a livre determinação*.

De se lembrar que, da redação do art. 174 da CF (previsão do Estado como agente normativo e regulador das atividades econômicas privadas), foi excluído o termo “controle” que, diferentemente de fiscalização, significa dominação (Ferreira Filho, 1990:81).

Com efeito, a CF, no art. 174, vê no Estado um “agente normativo e regulador da atividade econômica”. Trata-se, neste âmbito, do exercício das funções de “fiscalização, incentivo e planejamento”, esta última apenas indicativa para o setor privado.

A exclusão do termo “controle” na regulação e normatização da economia privada põe, assim, um limite ao poder de dispor sobre as ações de “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação do material genético” (CF, art. 225, § 1º, II).

Na verdade, *controle*, nos termos do art. 174 da CF, deve enquadrar-se no sentido do Estado (Estado/administração) como *agente normativo e regulador* da atividade econômica. *Controle* é, em português, um neologismo que entrou na linguagem jurídica (Comparato, 1976:14). No direito público, tem o sentido forte de **dominação**: sujeição política da tomada de decisão a um centro externo e subordinante, o que exige **lei** e o correspondente poder regulamentar do presidente da República; e o sentido fraco de **regulação**: função gerencial, conferida pela lei, em termos de competência para ponderação e decisão técnica, donde a tomada de decisão com base em normas técnicas. Como a Ordem Econômica, na CF, repudia qualquer forma de dirigismo econômico por parte do Estado, embora autorize a regulação da atividade econômica, no sentido de promover a otimização de uma atividade, de adotar, tecnicamente, políticas que promovam a eficiência de um setor (CF, art. 174: incentivo e planejamento indicativo, para o setor privado), o termo *controle*, aplicado a entidades como o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN), deve ser entendido em seu sentido fraco.

Dada, porém, a exigência de lei e, pois, a legalidade como princípio geral da atividade administrativa, o problema maior está nos limites determinados por aquele princípio, em face de outros, como o da *eficiência*.

Uma pista para seu entendimento está no poder-dever do poder público em face de fatos que *emergem da necessidade de lidar com a complexidade social e econômica em termos de técnicas e saberes especializados*.

Neste contexto pode-se entender a introdução do princípio da eficiência no art. 37 da Constituição Federal.

Entende-se, desde logo, que o princípio da eficiência traz para a discussão constitucional da delegação de competências um elemento novo. A eficiência cria para a administração uma **responsabilidade** que não se reduz nem ao risco administrativo (responsabilidade pelo risco) nem à igualdade perante os encargos públicos (responsabilidade institucional). Pois antes as incorpora em nome da obrigação imposta ao poder público, ao exercer funções reguladoras no mercado, de evitar as assimetrias de informação que funcionem como um incentivo para o comportamento oportunista dos agentes privados, levando o mercado a uma disfunção (**responsabilidade pelo êxito ou pelo resultado**). O princípio da eficiência cria, pois, uma forma peculiar de responsabilidade do Estado.

Está aí, assim, o fulcro da eficiência e desta como princípio constitucional para entender a incumbência conferida ao poder público no que se refere à preservação da biodiversidade. Uma incumbência cujos limites estão na responsabilidade pela solidariedade de meios e fins na emanação de atos normativos e reguladores.

Tratando-se de alocar meios e fins específicos, é competência administrativa posta pelo Legislativo a serviço de uma decisão tomada entre várias alternativas políticas. É preciso, assim, que as finalidades sejam postas na forma de princípios teleológicos de ação. Não basta, no mesmo sentido, a fixação de fins do tipo *interesse protegido do meio ambiente*, mas exige-se algum detalhamento desses interesses. Com isso, a competência instrumental conferida ao poder público obriga-o a completar este detalhamento, estabelecendo *fins tecnicamente viáveis* e encontrando os *meios adequados*, responsabilizando-se, afinal, pela relação solidária de meios e fins (responsabilidade pelo êxito).

Para esclarecer esta responsabilidade é necessário ter em conta a chamada eficácia técnica das normas contidas na lei e suas *funções eficaciais*. Em primeiro lugar, normas visam a impedir ou cercear a ocorrência de comportamentos. Esta função tem o sentido de bloqueio de condutas indesejáveis (função de bloqueio). Em segundo lugar, normas visam à consecução de um

objetivo, que funciona como um *telos* programático (função programática). Por fim, normas visam a assegurar um comportamento (função de resguardo) (Ferraz Jr., 2007:201 e segs.).

A competência instrumental no que diz respeito à preservação da biodiversidade tem a ver com os casos de eficácia limitada da lei, em que preponderam as funções programáticas e de resguardo. Trata-se de situações em que, por questões de complexidade setorial e de correspondente exigência de especialização técnica, a lei autoriza decisões de mérito, *responsabilizando-se o órgão competente pela alocação de fins tecnicamente apropriados e pelo encontro do meio correto num tempo razoável*. Essa responsabilidade é exigida e avaliada pela *eficiência* da medida. A lei traça as políticas setoriais, decidindo sobre as macroalternativas, indica os meios gerais (função de resguardo) e, para o detalhamento de fins e meios, exige a atividade instrumental (função programática). A questão é saber como se dá, então, a função de bloqueio (limites legais de atuação do poder público).

Por fim, tenha-se presente que estas regras gerais para controle da eficiência não dão conta, obviamente, do detalhe, mormente quanto às questões de natureza técnica. Elas são antes regras para *políticas* reguladoras estabelecidas mediante lei que a administração, em seu implemento técnico, deve observar e cuja disciplina é adstrita ao caso concreto. Aqui surge o tema do poder de polícia, da discricionariedade técnica etc.

Ora, no exercício de poder de polícia a CF fala de fiscalização de *entidades*. Entidades dedicadas à *pesquisa e manipulação* de material genético. Embora juntas na dicção normativa, *pesquisa* não se confunde com *manipulação* nem conduz a ela necessariamente. Ou seja, a *pesquisa* tem a ver com atividade voltada para a ciência e, destarte, para a liberdade de conhecer e divulgar conhecimento; já a *manipulação* aponta para uma atividade instrumental, com intervenção sobre o objeto pesquisado de modo a dele “arrancar” uma utilidade. Como mera pesquisa, a *atividade* é inapropriável. Não, porém, como utilidade.

Esse duplo caráter, de *criação* ou *produto intelectual*, com uma *utilidade prática* bem definida (*pesquisa tecnológica*, CF, art. 218, § 2º), de um lado, e de *conhecimento* (*pesquisa científica básica*, CF, art. 218, § 1º), de outro, está na base da distinção de sentido entre fiscalizar entidades de pesquisa e manipulação e liberdade de pesquisa e incentivo à capacitação tecnológica.

A *pesquisa científica básica* submete-se a um regime constitucional de liberdade (CF, art. 5º, IX). Por isso tem tratamento prioritário do Estado e não faz sentido falar em sua fiscalização (da própria atividade, ressalvada a pon-

deração judicial com relação a outros direitos fundamentais) mesmo quando tenha por objeto o *patrimônio genético do país*, por ser atividade que visa ao *bem público* e ao *progresso das ciências*.

Já o regime da *pesquisa tecnológica* conhece uma limitação teleológica (*solução de problemas brasileiros e desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional*). Por isso se submete a um objetivo de *utilização sustentável*, isto é, sem diminuição da diversidade biológica. Por ser atividade finalística, está sujeita à *fiscalização*.

Nesse contexto deve ser entendida a *função de fiscalizar*.

Embora o termo não deva restringir-se apenas ao trato do *poder de polícia* ou “competência fiscalizadora” (Figueiredo, 2003:257), pois envolve atos administrativos de ostensiva intervenção na atividade econômica (fomento, regulação eficiente), ele tem a ver com os meios atribuídos ao poder público para assegurar os direitos individuais porventura ameaçados pelo exercício ilimitado por parte de todos, ou seja, assegurar a própria liberdade e os direitos essenciais dos *outros*.

Fiscalizar, um dos sentidos da palavra controlar, significa vigiar, verificar e, nos casos de anormalidade, censurar (Caldas Aulete. *Dicionário*: verbete “fiscalizar”). Compreende os atos administrativos e operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto, neles incluídas medidas preventivas e medidas repressivas. Fiscalização é, pois, vigilância, donde verificação continuada e, detectada a anormalidade, é censura.

A competência da administração para o exercício da função fiscalizadora encontra embasamento constitucional em vários dispositivos. Veja-se o caso da fiscalização fazendária que, de um lado, se vê armada de prerrogativas constitucionais especiais, de outro, conhece ostensivos limites igualmente constitucionais.

Por exemplo, na prevenção (vigilância) e repressão (censura) do contrabando e do descaminho, em sua área de competência, ela é afirmada no art. 144, § 1º, II. Já o art. 145, § 1º, ao estabelecer o princípio da capacidade contributiva conforme o qual os impostos, sempre que possível, devem ter caráter pessoal e ser graduados, faculta à administração tributária, “especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”. Esta faculdade de identificar está ligada à implementação de um princípio.

Por cautela, embora isso nem fosse preciso, o dispositivo exige, porém, respeito aos direitos individuais. Ademais que a identificação se faça

nos termos da lei. Isto vale tanto para o caso especial, como para a fiscalização em geral.¹

Ou seja, apesar de a administração “poder impor restrições à propriedade privada em prol do interesse público, elas têm a sua lógica limitação: a medida imposta não pode exceder o que, do ponto de vista técnico-jurídico, seja especificamente uma ‘restrição’; se os limites conceituais desta forem excedidos, a medida será írrita” (Marienhoff, 1966: v. II, p. 266 e segs.).

São conhecidas as regras a serem observadas pela polícia administrativa, com o fim de não eliminar os direitos individuais:

- 1) a da necessidade e consonância, com a qual medida de polícia só deve ser adotada para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbações ao interesse público; ou, dito de outro modo, que entre as medidas disponíveis seja eleita a menos restritiva a direitos fundamentais;
- 2) a da proporcionalidade, já referida, que significa a exigência de uma relação necessária entre a limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado; ou ainda, que a medida adotada provoque mais efeitos positivos do que negativos na promoção dos princípios constitucionais: por exemplo, a pretexto de proteção ambiental, não se pode restringir em nível ainda maior o desenvolvimento regional ou inviabilizar a livre iniciativa;
- 3) a da eficácia, no sentido de que a medida deve ser adequada para impedir o dano ao interesse público, ou seja, a medida deve provocar efeitos que contribuam para a promoção gradual da finalidade buscada.

Por isso mesmo, os meios diretos de coação só devem ser utilizados quando não haja outro meio eficaz para alcançar-se o mesmo objetivo, não sendo válidos quando desproporcionais ou excessivos em relação ao interesse tutelado pela lei. Destaque-se que há certa diferença entre o desproporcional e o excessivo, devendo-se dizer que uma medida desproporcional seria excessiva caso provocasse efeitos de tal monta que aniquilassem a eficácia mínima do direito fundamental da livre iniciativa.

Em síntese: nos termos do art. 225, § 1º, II da Constituição Federal, verifica-se, conforme o *caput* do artigo, que ali se estabelece um interesse difuso (“bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”), objeto de um direito de todos “ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. O

¹ Cf. sobre o tema das exigências objetivas do serviço público como técnica institucional e seus limites, Souvirón Morenilla (1998:623 e segs.).

correspondente *dever* de defender o direito e preservar-lhe o objeto é atribuído à coletividade e ao poder público. Não se explicita como o cumprirá a coletividade, mas, tratando-se de interesse difuso, uma das hipóteses é de que se o faça pela Justiça, ou mediante ação popular (CF, art. 5º, LXXIII) ou, em face da competência do Ministério Público (CF, art. 129, III), mediante *inquérito civil e ação civil pública para a proteção do meio ambiente*.

No que se refere ao poder público, *proteger o meio ambiente* é competência comum da União, dos estados, Distrito Federal e dos municípios (CF, art. 23, VI). Para o exercício dessa competência, o inciso II do § 1º do art. 225 fala em *assegurar a efetividade* do referido direito, portanto, dar-lhe eficácia como incumbência expressa do poder público. *Dar eficácia (assegurar a efetividade)* implica encontrar meios para um fim estabelecido: *preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético* (relação meio/fim). Trata-se de *responsabilidade do poder público pelo meio* desde que o *fim* seja assegurado, o que, na prática, tem o sentido *programático* de **desenvolvimento de políticas públicas** correspondentes; em termos eficaciais (eficácia da norma), trata-se, pois, de norma que visa à consecução de um objetivo, que funciona como um *telos* programático a exigir *meios adequados* (função programática). A norma constitucional será, assim, eficaz na medida em que a norma infraconstitucional *viabilize o encontro dos meios adequados*. Essa responsabilidade teleológica (exigência de que a norma infraconstitucional e sua correspondente regulamentação viabilizem *meios adequados* ao fim) obriga o legislador ordinário e a administração a encontrar adequadas políticas públicas e evitar políticas públicas inadequadas ao *fim*: preservação do *patrimônio genético do País*. Em todas as áreas, não importa sua natureza patrimonial.

Como se trata, porém, da tutela de um interesse difuso e direito de todos, a norma estabelece também a obrigação de *fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação do material genético*. Competência para fiscalizar é competência para o exercício do poder de polícia que, no contexto da mesma norma (inciso II), se submete à mesma estrutura efíca (responsabilidade pelos meios adequados ao fim estabelecido). Donde o padrão para examinar a norma infraconstitucional exigir, numa relação meio/fim, que os meios sejam adequados. Para isso, a norma infraconstitucional deve encontrar meios capazes de *resguardar* o interesse difuso; ou seja, ela própria será eficaz no efetivo *resguardo do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado/à sadia qualidade de vida*. Se a lei e sua regulamentação estabelecerem *meios inoperantes* (inadequados), elas serão ineficazes quanto ao resguardo, o que irá contrariar a responsabilidade teleológica firmada na Constituição.

2. Do perfil legislativo

A Medida Provisória 2.186-16, que está em vigor desde 23 de agosto de 2001, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e a transferência de tecnologia para a sua conservação. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea “j”, 10, alínea “c”, 15 e 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica. A referida Convenção, aberta à assinatura na Conferência do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, foi concebida, segundo o art. 1º, para promover

a conservação da biodiversidade, a utilização sustentada de seus componentes e a participação justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, entre outras coisas, o acesso adequado a tais recursos e a transferência apropriada das tecnologias pertinentes, tendo em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologia, bem como mediante financiamento apropriado.

A Convenção reúne, em uma unidade sistemática, temas econômicos e ambientais da 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. 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. Foi aceito o princípio da justa repartição dos benefícios no caso de pesquisas científicas ou da exploração para fins comerciais.

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.

No Brasil, foi aprovada, em 11 de setembro de 2001, a Emenda Constitucional n. 32, cujo art. 2º estabeleceu que “as medidas provisórias editadas

em data anterior à da publicação desta Emenda continuam em vigor até que Medida Provisória ulterior às revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional”. Não foi editada, após aquela data, nenhuma Medida Provisória posterior com a finalidade de revogar a Medida Provisória 2.186-16, nem o Congresso Nacional, por ato próprio, desejou revogá-la, prova inequívoca de que se encontra em pleno vigor. Pretendeu-se assegurar o intercâmbio e a difusão de componente do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado entre as comunidades indígenas locais, para seu benefício, e com base em prática costumeira, nos termos do art. 4º. Mereceram proibição expressa as práticas nocivas ao meio ambiente em virtude da necessidade de evitar a degradação da natureza e proteger a saúde humana.

O acesso aos recursos genéticos é coordenado pelo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, que atua no âmbito do Ministério do Meio Ambiente. Além do poder regulamentar sobre a matéria versada na Medida Provisória, cabe ao Conselho, entre outras atribuições, autorizar o acesso aos componentes do patrimônio genético, aprovar a negociação realizada pelas partes contratantes e efetuar o credenciamento de instituições públicas e privadas para as atividades de bioprospecção.

O art. 2º da MP 2.186-16 estipula que:

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

A MP 2.186-16 define a bioprospecção como “atividade exploratória que visa a identificar componente do patrimônio genético e informação sobre conhecimento tradicional associado, com potencial uso comercial” (art. 7º, inc. VII).

O acesso ao conhecimento tradicional é a

obtenção de informação sobre o conhecimento ou prática, individual ou coletiva, associada ao patrimônio genético, de comunidade indígena ou de comunidade local, para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, visando à sua aplicação industrial ou de outra natureza (art. 7º, inc. V).

O acesso ao patrimônio genético, por sua vez, é definido como “obtenção de amostra de componente do patrimônio genético para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, visando à sua aplicação industrial ou de outra natureza” (art. 7º, inc. IV).

A Medida Provisória distingue a atividade voltada a explorar, para fins científicos, o patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais a ele associados da atividade desenvolvida para fins comerciais, denominada de bioprospecção. O art. 7º regula o acesso e a remessa de componentes do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados em dois incisos, a saber:

X — Autorização de Acesso e de Remessa: documento que permite, sob condições específicas, o acesso a amostra de componente do patrimônio genético e sua remessa à instituição destinatária e o acesso a conhecimento tradicional associado;

XI — Autorização Especial de Acesso e de Remessa: documento que permite, sob condições específicas, o acesso a amostra de componente do patrimônio genético e sua remessa à instituição destinatária e o acesso a conhecimento tradicional associado, com prazo de duração de até dois anos, renovável por igual período.

3. Dos procedimentos administrativos

O procedimento administrativo para garantir o acesso e a remessa é objeto do capítulo V, arts. 16 a 20 da MP 2.186-16/01, regulamentado pelo Decreto nº 3.945/2001 e Resolução CGEN nºs 01/02; 03/02; 05/03; 06/03; 07/03; 09/03; 11/04; 12/04; 17/04 e 27/07. É denominado de *autorização* o documento que permite às instituições interessadas, que cumpram certas exigências, o acesso e a remessa do componente genético e do conhecimento tradicional associado. Vale lembrar que é emitida uma autorização especial de acesso e remessa de componente do patrimônio genético e conhecimento tradicional associado a instituições e universidades públicas ou privadas, que atendam condições particulares, com prazo de duração de até dois anos, renovável por igual período. São fixados requisitos para acesso e remessa no art. 16 que, diga-se de passagem, não consagra a possibilidade de que o CGEN, observadas as exigências legais, não forneça o documento que possibilite o acesso e a remessa. Do mesmo modo, não se cogitou da possibilidade de que, a qualquer momen-

to, o CGEN pudesse extinguir a validade da autorização concedida. Por esse motivo é necessário examinar se o ato do CGEN é, de fato, uma *autorização*, tal como proclama a Medida Provisória, ou uma *licença*.

A autorização administrativa não se confunde com a competência do Congresso Nacional, mencionada no art. 49, II e III da Constituição, para autorizar o presidente da República a declarar a guerra e fazer a paz, permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente e para autorizar o presidente e o vice-presidente a se ausentarem do país. Situação análoga ocorre em relação ao art. 52, V, que estabelece a competência do Senado para autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos estados, do Distrito Federal, dos territórios e dos municípios. O caso caracteriza um ato que se manifesta por intermédio de Decreto-Legislativo ou de uma Resolução. A autorização legislativa é aspecto do controle do Poder Legislativo sobre os atos do Executivo, ao passo que a autorização administrativa exprime o poder de polícia do Estado sobre a atividade privada.

A autorização administrativa designa, em sentido amplo, o ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a administração faculta ao particular o uso de bem público (autorização de uso) ou a prestação de serviço público (autorização de serviço público), ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seria legalmente proibido (autorização como ato de polícia). (Di Pietro, 2010:227)

A administração faculta ao particular, em certas hipóteses, o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem seu consentimento, seria juridicamente proibido. É o que sucede quando a Constituição Federal atribui à União competência para autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico (art. 21, VI) e para autorizar a pesquisa e a lavra de recursos naturais (art. 176). A autorização aparece também como instrumento para a exploração de serviços públicos, de competência direta da União (ou mediante *autorização*... art. 21, XII).

A prática de um ato ou o exercício de uma atividade são, algumas vezes, por motivos de interesse público, vedadas aos particulares, mas a administração, com base no poder de polícia do Estado, pode afastar a proibição imposta sempre que considerar que o ato ou atividade não são prejudiciais à coletividade. É evidente, por outro lado, que a autorização pode ser revogada, a qualquer momento, se o interesse público justificar esse procedimento por parte da administração.

Em suma, na tradição administrativa, a autorização é ato administrativo sem o qual o exercício de direitos para determinada conduta é vedado.

Os bens públicos, objeto de uma autorização, são tanto os de uso comum como os de uso especial e os dominicais.

Trata-se, tradicionalmente, de atos administrativos discricionários. A discricionariedade ocorre não só na apreciação dos motivos e condições (compatibilidade do uso permitido com os fins precípuos a que o bem está afetado e uso privativo para fins próprios), mas também quanto à deliberação do próprio ato (autorizar/não autorizar, permitir/não permitir). Isso traz para ela as características da unilateralidade e da precariedade (Di Pietro, 1983:75).

Unilateral, sua fonte é ato da autoridade, que pode depender, porém, de um pedido prévio ou de aceitação ulterior. Nem pedido nem aceitação, contudo, afetam a formação do próprio ato, mas apenas o instrumento utilizado (o termo). Ou seja, a autorização subsiste validamente por sua simples expressão no ato da autoridade, sendo apenas sua eficácia dependente de pedido ou aceitação ulterior.

A unilateralidade implica revogabilidade livre ou gratuita, isto é, exercício unilateral de desconstituição da validade do ato, cuja característica máxima está em sua precariedade. Tal precariedade tem, pois, um fundamento técnico: exercício de poder de polícia.

Essa observação merece, no entanto, ser matizada. Isso porque, no plano da regulação de mercados, a autorização implica uma relação jurídica de trato sucessivo e permanente, que não se reduz ao mero exercício de poder de polícia por parte da administração.

Merece destaque, no entanto, o reconhecimento de que, quando passou para o terreno das atividades econômicas, o conceito ganhou um sentido de controle positivo, tornando-se instrumento de regulação de mercado, portanto de funcionamento de certa atividade, com a inclusão de objetivos programados e sujeitos a normas regulamentares. Deve-se anotar, porém, que, não obstante, guarda o sentido de instrumento de regulação de atividades privadas de interesse geral e/ou privativo, em oposição às concessões, destinadas ao serviço público.²

Com isso, a discricionariedade, conquanto não desapareça como elemento fundamental, sofre, entretanto, limitações. O uso do instrumento, quando implica políticas para a atração de capitais privados, faz da autorização um

² Sobre a evolução do conceito: Aragão (2006:244).

exercício de ato administrativo submetido à legislação de regência e aos imperativos da segurança jurídica.

Daí o caráter peculiar do alcance das normas regulamentares de autorização em face da livre-iniciativa.

Assim, em face do autorizado, a administração não tem poderes “domésticos”, apenas os próprios de sua supremacia geral. Nesse sentido, não pode a posição do autorizado ser confundida com a de um gestor indireto de serviços públicos. Por isso, os princípios de direito público não se aplicam na totalidade à atividade privada *autorizada*, nem podem ser exigidos em caráter vinculante de seus operadores.

Rejeita-se, assim, quanto à discricionariedade propiciadora de juízo de conveniência e oportunidade, a concepção da chamada discricionariedade técnica como uma atuação neutra, imune a valorações com base em juízos meramente objetivos, derivados imediatamente de conhecimento técnico-científico (Justen Filho, 2002:528). Ou seja, numa autorização, não se trata de delegação de serviço ou de atividade de interesse público (como se fosse uma concessão), posto que a autorização não exclui, ao contrário, inclui o desempenho da atividade no próprio interesse do autorizado.

A autorização de que fala a MP tem, no mínimo, esse sentido matizado, de discricionariedade menos ampla, própria do chamado *estado regulador*. No entanto, no caso específico, tem características ainda mais restritivas que a expressão vem tomando no âmbito regulatório, o que a aproxima, antes, de uma *licença*.

A autorização difere da *licença* — ato administrativo que permite o exercício de atividade desde que sejam preenchidas as exigências previstas por lei. Mesmo no sentido matizado do campo econômico, a autorização ainda tem características de ato discricionário. E nesse ponto ela difere da licença.

Na autorização, o Poder Público aprecia, discricionariamente, a pretensão do particular em face do interesse público, para outorgar ou não a autorização, como ocorre no caso de consentimento para porte de arma; na licença, cabe à autoridade tão somente verificar, em cada caso concreto, se foram preenchidos os requisitos legais exigidos para determinada outorga administrativa e, em caso afirmativo, expedir o ato sem possibilidade de recusa; é o que se verifica na licença para construir e para dirigir veículos automotores (Di Pietro, 2010:228).

Ora, o ato administrativo definido nos incisos X e XI do art. 7º da MP 2.186-16/01, com vistas a possibilitar a bioprospecção no território brasileiro,

não é discricionário, mas vinculado, pois a satisfação dos requisitos administrativos é suficiente para que se obtenha a autorização do CGEN. Acresce notar que as normas que disciplinam o processo administrativo para a produção do referido ato não conferem ao CGEN a possibilidade de negar (fundado em juízo de conveniência e oportunidade) o pedido formulado, desde que atendidos os pressupostos mencionados no art. 16.

O CGEN não dispõe, igualmente, da faculdade de revogar a “autorização” concedida durante seu prazo de validade. Isso ocorre nas “autorizações” especiais que possuem prazo de dois anos e quando o prazo for implícito nas “autorizações”, que equivalerá ao prazo de vigência do contrato de acesso e remessa de componente do patrimônio genético. Não se trata, dessa maneira, de ato precário, que pode ser revogado pela administração.

A atividade de acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados para a bioprospecção é permitida pela Constituição Federal que, no art. 225, determina ser o meio ambiente ecologicamente equilibrado um bem de uso comum de todos.

Importa reconhecer que as exigências legais para a bioprospecção apenas limitam o direito de uso do patrimônio genético, além de assegurar os direitos das comunidades tradicionais sobre os conhecimentos produzidos. É possível, pois, concluir que a “autorização” para a bioprospecção no Brasil, não obstante o termo utilizado, tem a natureza de uma *licença* concedida pela administração. Sua cassação pelo CGEN obrigará o poder público a indenizar os prejuízos causados ao particular. O CGEN não pode, como sublinhado, negar-se a fornecer a licença para bioprospecção se os pressupostos legais forem satisfeitos. Sua extinção somente ocorrerá por ação ou omissão que viole os dispositivos da MP 2.186-16 ou por interesse público superveniente, com o pagamento de indenização ao particular prejudicado.

A competência normativa do CGEN, regulada pelo art. 11, II, da MP 2.186-16, compreende o estabelecimento de normas técnicas, critérios para as autorizações de acesso e de remessa, diretrizes para elaboração do Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de repartição de benefícios, além de critérios para a criação de bases de dados para o registro de informação sobre conhecimento tradicional associado. Não pode o CGEN, no exercício da competência normativa que lhe foi outorgada, alterar as definições constantes da Medida Provisória ou limitar os direitos nela previstos. Essa conclusão decorre do art. 11, III, da MP 2.186-16 que fixa, isto é, vincula, de forma estrita, a competência normativa do CGEN a *certas matérias que não tenham sido anteriormente disciplinadas e que requeiram especificação por parte da autoridade administrativa*.

Por força do princípio hierárquico no qual se funda a segurança jurídica, a Medida Provisória prevalece, na hipótese de conflito, em relação às normas emanadas pelo CGEN que contrariem o seu conteúdo. Logo, o CGEN não poderá, sob pena de invalidade, editar normas que violem o disposto na Medida Provisória, razão de ser da competência por ele recebida.

De particular interesse é o dispositivo do art. 11 que atribui competência ao CGEN para, entre outras coisas,

deliberar sobre autorização de acesso (e remessa) de amostra, de conhecimento tradicional associado, autorizações especiais, credenciamento de instituição pública para autorizar outra instituição pública ou privada para acessar amostra, remetê-la, dar anuência aos Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios (art. 11, IV).

No art. 11, *caput*, vem explicitado que se trata de competência referente a ações de que trata a MP. O próprio art. 11, no que se refere a *acesso e remessa*, não estabelece requisitos ou condições para o exercício da competência que confere. Mas, tratando-se de *ações de que trata a MP*, é forçosa a remissão ao art. 16 que, inserido no Capítulo V, trata *do acesso e da remessa*. E em alguns casos (por exemplo, § 1º) fala-se em *listagem do material acessado na forma do regulamento*. Do mesmo modo, a regulamentação é mencionada no § 3º, para a deliberação do CGEN sobre credenciamento de instituição pública nacional para ser fiel depositária de amostra de componente do patrimônio genético. De resto, o art. 35 previa a regulamentação da MP em geral pelo Poder Executivo.

No entanto, o Decreto nº 3.945/2001, em seu art. 8º, conforme redação dada pelo Decreto nº 4.946/2003, ao regulamentar a obtenção de autorizações de que trata o art. 11, IV, *a* e *b* (autorização de acesso e remessa de amostra de componente do patrimônio genético mediante anuência prévia de seu titular e autorização e acesso de conhecimento tradicional associado, mediante anuência prévia de seus titular), **estende e altera a competência do CGEN**. E o faz ao determinar que poderá obter as autorizações correspondentes às mencionadas alíneas “a instituição que atenda aos seguintes requisitos, entre outros, que **poderão** ser exigidos pelo Conselho de Gestão” (grifei). Ou seja, não só acrescenta requisitos aos determinados no art. 16 da MP, como torna sua enumeração **exemplificativa**, e tais requisitos serão aplicáveis ao critério discricionário do CGEN, o qual, ao que parece, ainda poderia criar outros, dada a natureza exemplificativa da enumeração. Ora, essa extensão da com-

petência fere o princípio da legalidade, mormente em razão da competência estabelecida, em termos estritos e vinculados, no art. 11 da MP, em contraste com a discricionariedade conferida ao órgão no exercício da exigência dos requisitos; ademais, uma lista já exemplificativa e que ele, aparentemente, ainda poderia aumentar.

Em síntese: nos termos do art. 2º da MP 2.186-16/2001, o **acesso ao patrimônio genético** existente no país somente será feito mediante *autorização* da União e terá seu uso, comercialização e aproveitamento para quaisquer fins submetidos à fiscalização, restrições e repartição de benefícios nos termos e nas condições estabelecidos na Medida Provisória e em seu regulamento.

Aqui cabe a limitação no caso de pesquisa relativa a Organismos Geneticamente Modificados (OGM), conforme a hipótese de norma expressa no art. 225, § 1º, II da CF. A função eficaz preponderante, nesse caso, é a de *resguardo*. A lei traça as políticas setoriais, decidindo sobre as macroalternativas, e indica os meios gerais, **responsabilizando-se o órgão competente por fiscalizar, num tempo razoável, o encontro do meio correto para a alocação de fins tecnicamente apropriados**. Nesse sentido, nos termos do § 1º, inciso II do art. 225 da CF, a função de fiscalizar reporta-se **às entidades**.

É o exercício de poder de polícia. *Entidades* é expressão que aponta para organizações da sociedade civil que se valem quer de meios privados (empresas, fundações), quer de meios públicos (por exemplo, universidades oficiais, subsídios públicos à pesquisa etc.). Tais entidades são qualificadas por sua dedicação à *pesquisa* e à *manipulação* de material genético. Embora juntas na dicção normativa, *pesquisa* não se confunde com *manipulação* nem conduz a ela, necessariamente. Ou seja, a *pesquisa* tem a ver com atividade voltada para a ciência e, destarte, para a liberdade de conhecer e divulgar conhecimento; já a *manipulação* aponta para uma atividade instrumental, com intervenção sobre o objeto pesquisado de modo a dele “arrancar” uma utilidade. Como mera pesquisa, a atividade é inapropriável. Não, porém, como utilidade.

Esse duplo caráter, de *criação* ou *produto intelectual*, com uma *utilidade prática* bem definida (*pesquisa tecnológica*, CF, art. 218, § 2º), de um lado, e de *conhecimento* (*pesquisa científica básica*, CF, art. 218, § 1º), de outro, está na base da distinção de sentido entre fiscalizar entidades de pesquisa e manipulação e liberdade de pesquisa e incentivo à capacitação tecnológica.

Nesses termos deve ser entendida a função de fiscalizar o **acesso ao patrimônio genético**. A *pesquisa científica básica* submete-se a um regime constitucional de liberdade (CF, art. 5º, IX). Já o regime da *pesquisa tecnológica* conhece uma limitação teleológica (*solução de problemas brasileiros e desenvolvimento do*

sistema produtivo nacional e regional). Por isso se submete a um objetivo de *utilização sustentável*, isto é, sem diminuição da diversidade biológica no que se refere a Organismos Geneticamente Modificados (OGM). Nesses termos, as *atividades* estão sujeitas à *fiscalização*. Mas, por poderem estar imbricadas uma na outra (ciência e tecnologia), isso não pode significar, indiscriminadamente, **controle prévio** do *acesso físico a uma área* em termos de *acesso a uma propriedade qualquer*, ressalvadas as áreas de propriedade da União, para pesquisa não comprometida com OMG.

Correto, nesse sentido, o estabelecido na Medida Provisória, como requisitos a serem atendidos para obtenção de autorização. São os dispostos em seu art. 16:

- a) a solicitante deve estar presente no território brasileiro;
- b) o acesso ser feito por empresa nacional pública ou privada, que tenha como objeto social a pesquisa e desenvolvimento de atividades nas áreas biológica e afins;
- c) ter prévia autorização das pessoas elencadas no § 9º do art. 16 para realização do acesso; e
- d) quando houver perspectiva de uso comercial, o acesso deverá ocorrer após assinatura de contrato de utilização do patrimônio genético e de repartição de benefícios.

Ora, quando mediante Decreto (inciso IV, artigo 8º do Decreto nº 3.945/2001) se estipula como requisito para obtenção de autorização a apresentação de “projeto de pesquisa que descreva a atividade de coleta de amostra de componente do Patrimônio Genético ou de acesso a conhecimento tradicional associado, incluindo informação sobre o uso pretendido”, o dispositivo extrapola a norma legal regulamentada, além de não poder ser interpretado para controlar, mediante autorização, a mera proposição de projeto científico. Se faz sentido a regulamentação do *acesso*, não faz sentido a regulamentação do *acesso ao acesso*, sob pena de ferir-se o art. 5º, IX da CF.

Assim, a exigência de apresentação de projeto de pesquisa que já contenha o *uso pretendido* ou é inócua (o uso sempre será para *fins de pesquisa*) ou é uma violação da liberdade de pesquisa científica (como se toda pesquisa científica visasse a um objetivo tecnológico, o que não é verdade nem no plano dos fatos nem das intenções), ou oculta uma presunção inconstitucional: não há pesquisa científica sem objetivo econômico (transformação em tecnologia aproveitável).

4. O dever de emitir o ato administrativo solicitado

Cabe indagar, a esta altura, se a demora ou omissão de julgamento do processo administrativo fere o direito constitucional à razoável duração do processo (Constituição Federal, art. 5º, inc. LXXVIII), o princípio da eficiência (Constituição Federal, art. 37, *caput*) e o dever de decidir, nos termos dos arts. 48 e 49 da lei do processo administrativo federal (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999). Importa salientar, no que concerne à Lei Federal nº 9.784/1999, que os arts. 48 e 49 obrigam a administração a decidir as questões que lhes são submetidas e impõem o dever de motivar a decisão a ser proferida. O art. 48, a esse respeito, dispõe que: “A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência”.

A lei não determinou, entretanto, qual é a sanção para o descumprimento do referido dever nem apontou as consequências jurídicas que advirão ao particular em virtude da ausência de decisão administrativa pertinente. O art. 49 afirma, simplesmente, que a administração, uma vez concluído o processo administrativo, terá o prazo de 30 dias para decidir, podendo esse prazo ser prorrogado por igual período em decisão motivada. Tudo gira em torno de enfrentar o problema do silêncio administrativo, que impede o exercício pleno de direitos pelos particulares. A lei brasileira, como se sabe, falhou na tarefa de oferecer resposta adequada às questões propostas pelo silêncio administrativo.

Na atual conjuntura, duas conclusões se impõem: em primeiro lugar, o silêncio não configura a recusa da pretensão formulada, pois se isso viesse a ocorrer a administração burlaria o princípio constitucional da motivação. Não se pode, em segundo lugar, deduzir que a pretensão foi acolhida todas as vezes em que a administração expressamente não se manifestar sobre o que foi pleiteado.

O silêncio não caracteriza ato administrativo, que exige declaração de vontade emitida pelo agente público competente para instituí-lo (Mello, 2010:414). O particular pode, no caso de omissão administrativa, postular a tutela jurisdicional para obrigar a administração a decidir motivadamente o pedido que lhe foi formulado. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, se o ato omitido tem natureza discricionária, o particular tem de exigir uma decisão motivada da administração, que acolha ou rejeite sua pretensão; se, contudo, o ato tiver natureza vinculada, o administrado pode, de imediato, preten-

der que o Poder Judiciário supra a omissão deferindo-lhe o direito pleiteado. Lembra aquele autor que a omissão administrativa pode ensejar a responsabilização pessoal do agente a quem ela possa ser atribuída, conforme o art. 116, I da Lei nº 8.212, de 11 de dezembro de 1990, ou a responsabilização patrimonial do Estado, se dela decorreu dano ao particular (CF, art. 37, § 6º) (Mello, 2010:415).

5. Da natureza jurídica da repartição dos benefícios resultantes da exploração econômica de amostra e da indenização correspondente

Indaga-se, então, qual é a natureza jurídica do art. 24 da Medida Provisória 2.186-16, assim redigido:

Os benefícios resultantes da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de amostra de componente do patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado, obtidos por instituição nacional ou instituição sediada no exterior, serão repartidos, de forma justa e equitativa, entre as partes contratantes, conforme dispuser o regulamento e a legislação pertinente.

A repartição de benefícios constante do art. 24 tem natureza contratual. A instituição nacional ou a instituição sediada no exterior e o provedor privado de recursos genéticos definirão, por meio de um contrato, de forma justa e equitativa, a repartição dos benefícios resultantes da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de amostra de componente do patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado. As partes são livres para ajustarem, de comum acordo, a repartição de tais benefícios. O contrato celebrado será submetido à anuência do Conselho de Gestão do Patrimônio de Genética, nos termos do art. 7º, X, do Decreto nº 3.945, de 28 de setembro de 2001.

O art. 26 da MP 2.186-16 prevê o pagamento de indenização em decorrência da exploração econômica de produto ou processo a partir de amostra de componente de patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado, acessada em desacordo com as disposições desta Medida Provisória, sem prejuízo das sanções administrativas e penais cabíveis. O art. 30 preconiza, nessa linha de ideias, que: “Considera-se infração administrativa contra o

patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado toda ação ou omissão que viole as normas desta Medida Provisória e demais disposições legais pertinentes”.

A expressão “*acessada em desacordo com as disposições desta Medida Provisória*” (grifei), inscrita no art. 26, compreende, em princípio, todas as condutas que, direta ou indiretamente, violarem aquele diploma legal. Aí se inclui a ação promovida sem a obtenção de licença administrativa e a ausência de contrato que promova a justa repartição dos benefícios resultantes da exploração econômica de produto ou processo, desenvolvido a partir de amostra do patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado.

É preciso, no entanto, interpretar a expressão em causa de forma mais restrita. A indenização não será devida quando o interessado não obtiver a licença emitida pelo CGEN, fato que, consoante o art. 30, tipifica infração administrativa, regulamentado pelo Decreto nº 5.459, de 7 de junho de 2005. Tal indenização visa, essencialmente, a compensar o provedor de recursos genéticos ou de conhecimento tradicional associado pelo dano que sofreu motivado pela não celebração do contrato, previsto no art. 24. Verifica-se, assim, uma íntima conexão entre os arts. 24 e 26, pois enquanto o primeiro determina a repartição de benefícios, de forma justa e equitativa, estabelecida mediante contrato, o segundo prevê o pagamento de indenização, por parte do infrator, se dita indenização não tiver sido ajustada. É possível compreender, desse modo, por uma interpretação sistemática da Medida Provisória 2.186-16 a função da indenização contemplada pelo art. 26.

A indenização não pressupõe dano ao meio ambiente, mas um prejuízo experimentado pelo provedor do patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado, devido à exploração econômica de produto ou processo que venha a utilizá-lo. Ela competirá ao provedor de recursos genéticos, seja ele público ou privado, cujos direitos foram desrespeitados. O art. 26 indica que a indenização corresponde a, no mínimo, 20% do faturamento bruto obtido na comercialização de produto ou de *royalties* obtidos de terceiros pelo infrator, em decorrência de licenciamento de produto ou processo ou do uso da tecnologia protegidos ou não por propriedade intelectual. É óbvio que a indenização será aplicada se houver faturamento resultante da comercialização de produtos ou de *royalties*, que abrange os benefícios econômicos que o infrator logrou alcançar. Se não houver receita decorrente da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido com fundamento em amostra de componente genético ou de conhecimento tradicional associado, com violação à Medida Provisória 2.186-16, a indenização não poderá ser cobrada. O direito

à indenização é indisponível para o provedor público de recursos genéticos e disponível para o provedor privado. No primeiro caso, em razão da indisponibilidade do interesse público, não lhe cabe renunciar à indenização do art. 26. No segundo, ao contrário, o provedor privado pode dele dispor, conforme seus interesses. É plausível deduzir que, mesmo não tendo havido repartição de benefícios antes da exploração econômica de processos e produtos, a contratação posterior entre provedor e interessado pode ser considerada como renúncia do direito à indenização, pelo simples fato de que deixa de existir a hipótese de incidência do art. 26.

A questão, no entanto, não é pacífica, pois, embora o art. 30, inserido no Capítulo VIII, que trata das *sanções administrativas*, nada fale de *indenização*, o art. 33 parece colocar num mesmo conjunto *multas e indenizações*, destinando-as aos Fundos que menciona. Por isso, no que diz respeito ao art. 26, discute-se a natureza da *indenização* ali prevista em termos de uma verdadeira *sanção*.

No art. 26, o sujeito passivo é o *infrator*, ou seja, aquele que infringiu as disposições da MP, ao explorar economicamente o produto ou processo desenvolvido a partir de amostra de componente do patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado. Como a indenização ocorre sem prejuízo das *sanções administrativas e penais cabíveis*, ela teria de possuir, em tese, a natureza de um ressarcimento que tornasse *indene* o prejudicado. Nesses termos, 20% no mínimo é presunção legal de um valor capaz de satisfazer o prejudicado, podendo ser mais se comprovado prejuízo maior. Esse caráter presuntivo, no entanto, cria uma desproporção entre a ação e o prejuízo, pois levanta a hipótese de uma exploração contra os dispositivos cujo prejuízo apurado não atinja aquele valor ou, no limite, nem mesmo caracterize prejuízo ou dano. Isso faz da *indenização* uma verdadeira **pena administrativa**, que, então, se acumula a outras (art. 30, II e §§ 4º, 5º e 6º), inclusive às penais.

Ora, como explicitado anteriormente, nas palavras de Miguel Marienhoff, apesar de a administração poder impor restrições à propriedade privada em prol do interesse público, elas têm a sua lógica limitação: a medida imposta não pode exceder o que, do ponto de vista técnico-jurídico, seja especificamente uma “restrição”; se os limites conceituais desta forem excedidos, a medida será írrita.

Nesse sentido devem ser entendidas as regras a serem observadas pela polícia administrativa, com o fim de não eliminar os direitos individuais: a da **necessidade**, a da **proporcionalidade** e a da **eficácia**.

Por isso mesmo, os meios diretos de coação só devem ser utilizados quando não haja outro meio eficaz para alcançar-se o mesmo objetivo, não sendo

válidos quando desproporcionais ou excessivos em relação ao interesse tutelado pela lei.

Ora, admitido que o art. 26, *sub nomine* de indenização, estabelece uma verdadeira sanção dimensionada com ostensiva incerteza, isso pode levar a absurdas desproporções: o pagamento de indenização correspondente a, **no mínimo**, 20% do faturamento bruto obtido na comercialização de produto ou de *royalties* obtidos de terceiros pelo infrator. A impropriedade do texto sublinhado salta aos olhos. Uma sanção administrativa de caráter penal não pode, primeiramente, deixar à discricionariedade da administração a determinação de um valor que, em segundo lugar, não tem um teto definido. Fere a regra da proporcionalidade e atenta contra a necessária tipicidade da sanção de natureza penal. A lei deve definir a dosagem da pena em seu mínimo e em seu máximo quando quer deixar ao aplicador um espaço de discricionariedade sob risco de se tornar sanção *sine previa lege*. Discricionariedade é competência nos **limites** da lei, não um aval à legitimidade de uma escolha arbitrária entre um mínimo e um incomensurável.

Afinal, nenhuma sanção patrimonial pode ser estabelecida sem limite máximo, por conduzir a uma degradação da cidadania. Mormente quando, no caso, ainda vem acompanhada, com certa desfaçatez, da expressão “sem prejuízo das sanções administrativas e penais cabíveis”...

Conclusão

Em suma, são, pois, as seguintes as conclusões a que chegamos.

O art. 15, 5, da Convenção sobre Diversidade Biológica prescreve que o acesso aos recursos genéticos deva estar *sujeito ao consentimento prévio fundamentado* da Parte Contratante provedora dos recursos, salvo se essa Parte determinar de outro modo. Ou seja, como diz o art. 15, 1, a *autoridade para determinar o acesso a recursos genéticos* pertence aos governos nacionais e *está sujeita à legislação nacional*.

Assim, a interpretação conforme à Constituição dos dispositivos da mencionada medida provisória deve obedecer às seguintes premissas:

- a) Pelo art. 174 da CF, a competência normativa e reguladora do Estado vem informada pelo *dever de racionalidade*, que, imposto ao legislador (*na forma da lei*), combina a atividade (do *agente*) normativa com a reguladora. Pela primeira, cabe ao Estado, mediante *lei*, fixar diretrizes para a economia.

Pela segunda, realizar o que os economistas chamam de *intervenção conforme*, isto é, orientar e influenciar os agentes econômicos por meio de políticas globais que equilibrem níveis de demanda, condições de repartição, eficiência na alocação e distribuição de recursos, **sem lhes eliminar a livre determinação**.

- b) Nesses termos, o poder de dispor sobre as ações de *preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação do material genético* (CF, art. 225, § 1º, II) encontra seus limites.
- c) A competência instrumental do Estado, em termos do princípio da *eficiência*, no que diz respeito à preservação da biodiversidade tem a ver com os casos de eficácia limitada da lei, em que preponderam as funções programáticas e de resguardo. Trata-se de situações em que, por questões de complexidade setorial e de correspondente exigência de especialização técnica, a lei autoriza decisões de mérito, **responsabilizando-se o órgão competente pela alocação de fins tecnicamente apropriados e pelo encontro do meio correto num tempo razoável**.
- d) Os meios diretos de coação só devem ser utilizados quando não haja outro meio eficaz para alcançar-se o mesmo objetivo, não sendo válidos quando desproporcionais ou excessivos em relação ao interesse tutelado pela lei.
- e) O duplo caráter, de *criação* ou *produto intelectual*, com uma *utilidade prática* bem definida (*pesquisa tecnológica*, CF, art. 218, § 2º), de um lado, e de *conhecimento* (*pesquisa científica básica*, CF, art. 218, § 1º), de outro, está na base da distinção de sentido entre fiscalizar entidades de pesquisa e manipulação e liberdade de pesquisa e incentivo à capacitação tecnológica.
- f) A defesa da concorrência, em face de um tipo de abuso em que o fator tempo é fundamental, preocupa-se seriamente com a dinâmica concorrencial, capaz de produzir efeitos irreversíveis em pouquíssimo tempo, donde a necessidade da atuação pronta e decidida da autoridade administrativa: o mercado não espera e um desvio estrutural muitas vezes se torna irreparável.
- g) Da livre concorrência decorre, assim, a exigência de imparcialidade dos atos impositivos (soberanos) do Estado em face dos concorrentes. Nesses termos, fala-nos Eros Grau (1997:226) da “neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública”, como um dos caracteres que conferem sentido ao princípio da livre concorrência. Esse princípio define-se pela atuação imparcial do interesse comum em face dos agentes concorrentes com seus in-

teresses privados num mercado livre ou pela não interferência estatal, no sentido de que não deve ser criadora de privilégios na concorrência entre participantes de um mercado relevante.

Por força desse princípio, somado à exigência posta pelo princípio da eficiência, não deixa de ser um acinte à soberania do país, justamente em face da Convenção sobre Diversidade Biológica, que, de fato, possa ocorrer que as exportações de produtos da biodiversidade brasileira *in natura* a empresas no exterior que não possuem atuação/representação no Brasil escapem, tranquilamente, à legislação brasileira. O que tem a ver com seu alcance para o chamado *trader* brasileiro, em completa desarmonia a exigência constitucional não só de isonomia (princípio da concorrência), mas de igual oportunidade de chances para concorrer (princípio da neutralidade concorrencial).

A denúncia merece ser feita, pois, enquanto uma empresa nacional ou mesmo estrangeira com representação no Brasil precisa solicitar autorização de acesso junto ao CGEN, cumprindo todos os requisitos expostos vistos, a empresa estrangeira que não possui sede no país simplesmente solicita a uma *trader* nacional que faça a exportação de determinada quantidade da espécie *X in natura*. Nessa hipótese, o estrangeiro recebe no exterior o espécime da biodiversidade nacional e, portanto, não está sujeito à norma brasileira. O *trader* brasileiro não se enquadra como entidade que realiza acesso e tampouco precisa obter autorização de acesso ou cumprir as exigências legais, previstas na legislação nacional.

Ora, bem a propósito é de se salientar que a função eficaz das normas, constitucionais e legais, com respeito ao acesso ao patrimônio genético, embora a impressão é de que se trate primariamente de um bloqueio (acesso proibido, salvo se), tem, como visto, primariamente, o sentido de resguardo (de interesses — difusos — e correspondentes direitos) e de programação (o *telos* do desenvolvimento tecnológico para o país). O sentido de resguardo implica o exercício da fiscalização. O sentido eficaz programático, o da indução de atividade para um fim orientado. Do equilíbrio entre essas funções decorre aquela medida em que o Estado regulador intervém na iniciativa privada.

Pode-se dizer que o núcleo desse equilíbrio se localiza no interesse público. Por esse meio se explica a “relação especial de sujeição” a que se submetem as entidades que pretendem o acesso ao patrimônio genético em face do poder público, no caso, a União. Trata-se do chamado *jus variandi*, que se reporta aos poderes de direção, inspeção e controle, aí no sentido de fiscalizar.

Ora, nesse sentido, em face das autorizações (atividades privadas de interesse público), mais fortemente deve ser enfatizado o núcleo essencial do direito à livre-iniciativa. É imperativa, nesses termos, a ponderação de interesses, sendo seu princípio a não sacrificialidade *a priori* de nenhum interesse (Medauar, 1992:183).

Nesses termos, uma autorizatária ao acesso ao patrimônio genético pode até ser obrigada a submeter-se à fiscalização, às restrições e à repartição de benefícios, no uso, comercialização e aproveitamento do componente ao qual teve acesso. Mas não pode ser obrigada *a priori* a abster-se de relações privadas entre entes privados.

Nesses termos, como já mencionado, deve ser entendida a função de fiscalizar o **acesso ao patrimônio genético**. A *pesquisa científica básica* submete-se a um regime constitucional de liberdade (CF, art. 5º, IX). Já o regime da *pesquisa tecnológica* conhece uma limitação teleológica (*solução de problemas brasileiros e desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional*). Por isso se submete a um objetivo de *utilização sustentável*, isto é, sem diminuição da diversidade biológica no que se refere a OGM. Nesses termos, a *atividade* está sujeita à *fiscalização*. Mas isso não significa *controle prévio* do *acesso físico a uma área* em termos de *acesso a uma propriedade*, ressalvadas as áreas de propriedade da União, para pesquisa não comprometida com OMG.

Do mesmo modo deve ser entendida a exigência de anuência prévia, prevista no § 9º do art. 16 da MP. Ressalvada a exigência quando referida a *órgão competente*, no caso de titular de área privada nada obsta que a anuência possa ocorrer mediante ratificação *a posteriori*.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades privadas regulamentadas. In: VVAA. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Intervenção do Estado no domínio econômico e breves considerações sobre as agências reguladoras. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 257-271, abr./jun. 2003.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966. v. II.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUVIRÓN MORENILLA, José Maria. *La actividad de la administración y el servicio público*. Granada: Comares, 1998.