

Título da comunicação:

**As comunidades locais e a gestão sustentável dos recursos genéticos na
Convenção sobre a Diversidade Biológica e no Tratado Internacional sobre os
Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura**

EUGENIO CALICETI

Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università degli Studi di Trento
eugenio.caliceti.1@email.unitn.it



Colóquio Ibérico de Estudos Rurais
Cultura, Inovação e Território

Coloquio Ibérico de Estudios Rurales
Cultura, Innovación y Territorio

Coimbra, Portugal

Outubro / Octubre 23-25, 2008

Comunicação apresentada no VII CIER – Cultura, Inovação e Território

Resumo

Analisando a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CBD 1992 – 1993) e o Tratado Internacional sobre os Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura (TIRFGAA, 2001-2004), o presente contributo quer deduzir os possíveis modelos que definem a posição jurídica das comunidades locais sobre a biodiversidade.

A titularidade desse específico recurso territorial pode ser correctamente inferida, na minha opinião, a partir dos mecanismos que a CBD e o TIRFGAA prevêem para repartir os benefícios advindos do uso comercial dos Recursos Genéticos (RG) e dos Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura (RFGAA).

Comparando estes diferentes mecanismos é possível sublinhar dois diferentes modelos proprietários, que serão analisados à luz da evolução do regime jurídico dos RFGAA no sistema FAO e do conceito de soberania alimentar.

Palavras-chave: Regime internacional dos recursos genéticos – Modelos proprietários – Direitos dos Agricultores – Soberania Alimentar

1. O status jurídico dos Recursos Genéticos (RG) na Convenção sobre a Diversidade Biológica (CBD)

Adoptada em 1992 em Nairobi a CBD é uma das convenções globais ambientais (Cordini G. *et al.*, 2008: 23), cujo objectivo é garantir¹:

- a conservação da biodiversidade, ou seja da diversidade inter e intra-espécie e dos ecossistemas²;
- o uso sustentável dos RG, ou seja um uso de materiais que contém unidades funcionais hereditárias, de actual o potencial utilidade³, não lesiva no longo prazo da satisfação potencial das necessidades das gerações futuras⁴;
- a repartição dos benefícios derivados do uso dos RG⁵.

O uso sustentável dos RG e a protecção dos conhecimentos associados são instrumentos de uma estratégia global para alcançar a segurança alimentar⁶, ou seja a acessibilidade aos bens necessários a satisfazer as necessidades humanas básicas da população mundial⁷.

Em conformidade com o princípio de precaução⁸ e com os objectivos da convenção, cada estado contraente é responsável⁹ pela conservação e pelo uso sustentável da diversidade biológica¹⁰, definida no preâmbulo *a common concern of humankind*¹¹.

Esta responsabilidade é expressão da soberania estatal sobre os RG próprios, formalizada na CBD¹² e reconhecida no ordenamento internacional como um princípio de direito consuetudinário¹³.

A convenção, além de reconhecer o direito dos estados à exploração dos recursos territoriais próprios, indica alguns princípios que podem regular o seu exercício. Por esta razão cada estado, aderindo à convenção, decide de conformar o exercício da própria soberania com os objectivos nela indicados, comprometendo-se, em conformidade com as próprias políticas ambientais, à conservação dos RG submetidos ao controle próprio e à eliminação de qualquer restrição capaz de inibir sem justificação a utilização deles¹⁴.

¹ CBD, Artigo 1.

² CBD, Artigo 2.

³ CBD, Artigo 2.

⁴ CBD, Artigo 2.

⁵ Por uma crítica às definições legais contidas na CBD se veja Allem A. C. 2000.

⁶ Se veja a “Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar” adoptada em Roma em 1996.

⁷ CBD, Preâmbulo.

⁸ CBD, Preâmbulo.

⁹ CBD, Preâmbulo.

¹⁰ CBD, Preâmbulo.

¹¹ CBD, Preâmbulo.

¹² CBD, Artigo 3.

¹³ No ordenamento internacional esta soberania é limitada pela norma de direito consuetudinário que declara a responsabilidade dos estados pelos danos ambientais, de relevância intra-estatal (UN, *International Court of Justice, Trilateral Smelter*, 1941) ou global (Declaração de Rio de Janeiro, 1992, Princípio 13), causados por actividades submetidas ao próprio controlo ou jurisdição.

¹⁴ CBD, Artigo 15.

O acesso é autorizado pela autoridade estatal competente que outorga o *prior informed consens*¹⁵. A convenção, sugerindo o conteúdo da relação contratual que veicula o acesso¹⁶, considera a transferência de tecnologia – compatível com uma eficaz e adequada protecção dos direitos de propriedade intelectual¹⁷ – um importante instrumento de repartição equitativa e leal dos benefícios obtidos a partir dos RG¹⁸, no âmbito de uma cooperação bilateral entre os países provedores e usuários¹⁹.

Resumindo o *status* e o regime do acesso aos RG na CBD, se podem sugerir três considerações:

- na CBD o acesso não é um direito garantido pelas obrigações que os estados assumem aderindo à convenção, mas é uma oportunidade oferecida no âmbito de um espaço negocial, onde o país usuário contrata com o país provedor as condições para obter o *prior informed consens*²⁰. A convenção não impõe prescrições positivas mas define limites negativos (externos) para que o exercício da soberania estatal não imponha restrições ao acesso aos RG incompatíveis com os objectivos da convenção;
- o regime previsto na CBD, atribuindo aos estados a soberania sobre os RG próprios, constitui uma estrutura jurídica que tutela a biodiversidade pelo valor económico que assume no mercado. A progressiva *commodification* dos RG (Chiarolla C., 2006: 44), induzido pela CBD, implica a introdução de um parâmetro de sustentabilidade indicado pelo mercado e pelos incentivos que oferece a conservação *in situ* (áreas protegidas) e *ex situ* (bancos genéticos) de recursos economicamente valoráveis²¹;
- a ausência de padrões internacionais que conformam o exercício da soberania estatal e a ausência de disposições específicas no que diz respeito à destinação dos montantes gerados pela utilização e pela comercialização dos RG (Jeffery, M., 2002: 784; French D. A., 2007: 226), legitimam uma análise do regime previsto pela CBD que reconhece uma posição dominical (*ownership*, French D. A., 2007: 225) das autoridades estatais sobre os RG submetidos à própria jurisdição. Se no preâmbulo é reconhecida a forte relação entre os RG e as populações que incarnam estilos de vida tradicionais²², a CBD não reconhece explicitamente uma relação jurídica entre tais comunidades e os RG por elas detidos²³; ao mesmo tempo a convenção não contém nenhum direito a participar dos benefícios advindos do uso comercial da biodiversidade. A descentralização da administração e da gestão dos RG, auspiciada pela doutrina, permanece até hoje uma exortação política sem relevância jurídica no âmbito da CBD (French D. A., 2007). A convenção reconhece potencialmente às comunidades locais uma titularidade dos conhecimentos tradicionais associados a biodiversidade²⁴, que o estado deve tutelar através de específicas normas nacionais no momento em que se demonstrem ambientalmente compatíveis²⁵.

2. O *status* jurídico dos Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura (RFGAA) no Tratado Internacional sobre os Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura (TIRFGAA)

O Tratado Internacional sobre os Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura (TIRFGAA), adoptado no 2001 e em vigor desde o 2004 (Mekouar M. A., 2002), constitui um recente e importante instrumento de direito internacional orientado pelos princípios do desenvolvimento sustentável e da segurança alimentar²⁶.

¹⁵ Para uma análise de três contratos que garantiram o acesso aos RG em aplicação da CBD se veja Trommetter M., 2005: 579-580.

¹⁶ As condições de entrega do *prior informed consens*, foram formalizadas nas *Bonn guidelines on access to genetic resources and fair and equitable sharing of the benefits arising out of their utilization*, documento de natureza jurídica não vinculativa adoptado no âmbito da CBD em 2002. O documento é avaliável à página <http://www.cbd.int/doc/publications/cbd-bonn-gdls-en.pdf>.

¹⁷ CBD, Artigo 16.

¹⁸ CBD, Artigo 16.3; CBD, Artigo 16.5.

¹⁹ Uma crítica ao esquema contratual predisposto pela CBD é criticável também pelos altos custos de transacção (Chiarolla C., 2008: 3).

²⁰ CBD, Artigo 15.5

²¹ Este postura deve ser criticada para não considerar o valor em se que a biodiversidade possui além de um valor economicamente valorável (Krutilla J. V., 1967).

²² CBD, Preâmbulo.

²³ A questão nem foi resolvida pelas *Bonn Guidelines* (French D. A., 2007: 255).

²⁴ O reconhecimento de um direito de propriedade intelectual colectivo, especificamente pensado por os conhecimentos tradicionais é hoje uma das possíveis soluções a questão da biopirataria (Queen Mary Intellectual Property Reserch Institute, 2004: 47).

²⁵ CBD, Artigo 8.

²⁶ TIRFGAA, Preâmbulo.

O tratado, declarando a conservação e a utilização dos RFGAA a *common concern of humankind*²⁷, tem como próprio objectivo:

- a conservação e o uso sustentável dos recursos fitogenéticos de actual ou potencial valor para a alimentação e a agricultura²⁸;
- a repartição dos benefícios obtidos a partir desse uso²⁹.

Para atingir estes objectivos o TIRFGAA sublinha a importância de um sistema agrícola diversificado, onde a luta contra à erosão da diversidade genética pode ser actuada através de políticas que suportem boas praticas agrícolas e a conservação e valorização *on the farm* dos recursos fitogenéticos locais ou subutilizados³⁰.

O TIRFGAA, reconhecendo analogamente à CBD a soberania estatal sobre os RFGAA³¹, institui um Sistema Multilateral (SML), cujo objectivo è facilitar o acesso ao material genético de algumas variedades vegetais e garantir a repartição dos benefícios derivados desse uso³². Noutras palavras aderindo a convenção as partes contraentes comprometem-se em exercer a própria soberania compativelmente com os objectivos do TIRFGAA, e conformando a própria legislação à disciplina prescrita ao nível internacional pelos recursos incluídos no SML³³.

Esta disciplina prescreve:

- um direito de acesso³⁴;
- as condições que permitem exercerem este direito;
- o mecanismo de repartição dos benefícios obtidos a partir desse acesso.

O TIRFGAA atribui a qualquer pessoa física ou jurídica, sujeita a jurisdição de um dos estados partes³⁵, o direito de acesso aos recursos por eles detidos *ex situ* e submetidos ao seu controle ou em domínio publico³⁶. O direito de acesso deve ser garantido rapidamente e, quando não seja gratuito, pode ser subordinado ao pagamento dos custos sustentidos.

O exercício deste direito è permitido só se finalizado a actividades de conservação, pesquisa e selecção relevante nos sectores agrícola ou alimentar, sendo excluídos os químico, farmacêutico e industrial³⁷. Quem tinha recebido material genético através do sistema multilateral não pode reivindicar direitos de propriedade intelectual que limitem o acesso ao mesmo material, na forma em que ele foi recebido³⁸.

Para que os benefícios gerados pela utilização dos recursos incluídos no sistema multilateral sejam repartidos equitativamente, o tratado prevê um mecanismo vinculativo que destina aos agricultores de tudo mundo os montantes derivados da comercialização de um produto que incorpora material recebido através do sistema multilateral³⁹.

Por esta razão o operador económico, que comercialize um produto que inclui material genéticos obtido a partir do SML, deve destinar parte dos benefícios comerciais gerados a um fundo administrado em conformidade com os objectivos do tratado. Esta obrigação não è exigível se os produtos derivados são acessíveis para fins de pesquisa e selecção⁴⁰.

A proibição de instituir direitos de propriedade intelectual sobre material obtidos a partir do SML, e a obrigação de partilhar os benefícios derivantes da utilização comercial do RFGAA submetidos ao acesso facilitado, são cláusulas do *Standard Material Transfer Agreement* (STMA), contrato que permite a transferência do material entre o *provider* e o *recipient*, e cujos conteúdos, sendo determinados ao nível internacional, são juridicamente vinculativos (Chiarolla C., 2008)⁴¹.

²⁷ TIRFGAA, Preâmbulo.

²⁸ TIRFGAA, Artigo 2.

²⁹ TIRFGAA, Artigo 1.1.

³⁰ TIRFGAA, Artigo 6.2.

³¹ TIRFGAA, Artigo 10.1.

³² TIRFGAA, Artigo 10.2.

³³ TIRFGAA, Artigo 4.

³⁴ TIRFGAA, Artigo 11.1.

³⁵ TIRFGAA, Artigo 12.2.

³⁶ TIRFGAA, Artigo 11.2.

³⁷ TIRFGAA, Artigo 12.3.

³⁸ TIRFGAA, Artigo 12.3. Esta formulação constitui uno dos elementos mais problemáticos, cuja interpretação será muito importante na resolução dos conflitos entre o sistema de tutela internacional da propriedade intelectual e o TIRFGAA (Fowler C., 2004).

³⁹ TIRFGAA, Artigo 13.3.

⁴⁰ TIRFGAA, Artigo 13.2.

⁴¹ TIRFGAA, Artigo 12.4.

O regime e o *status* dos recursos não incluído no SML (como por exemplo os recursos detidos *in situ*) são disciplinados, em conformidade com o princípio de soberania estatal, pela legislação nacional sem que o tratado defina específicos padrões⁴².

A participação a uma repartição equitativa dos benefícios resultantes pela utilização dos RFGAA (sejam ou não incluídos no SML) é ao mesmo tempo um dos elementos que constituem o conteúdo de um direito dos agricultores, que prevê, juntamente, o direito de conservar, utilizar, trocar e vender materiais de multiplicação (sementes) e de participar a adopção de decisões inerentes ao uso dos RFGAA⁴³. O fundamento que justifica este direito é individualizado na contribuição que as comunidades rurais locais aportaram a conservação e a valorização dos recursos fitogenéticos⁴⁴.

Além de definir um conteúdo mínimo do direito dos agricultores o tratado atribui aos estados contraentes uma ampla discricionariedade política, em conformidade com o princípio de soberania estatal, em definir as modalidades de exercício deste direito⁴⁵. O balanceamento entre os direitos dos agricultores e os direitos de propriedade intelectual constitui um dos perfis mais problemáticos da TIRFGAA, que deve ser resolvidos ao nível nacional para evitar possíveis conflitos de normas (Gerstetter C. *et al.*, 2007: 271).

3. A Convenção sobre a Diversidade Biológica (CBD) e o Tratado Internacional sobre os Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura (TIRFGAA)

Comparando a CBD e o TIRFGAA é possível evidenciar como a afirmação do mesmo princípio seja compatível com diferentes regimes.

Se a CBD reconhece às autoridades estatais uma soberania não condicionada por padrões internacionais, mas concretamente exercida num âmbito contratual que define materialmente a alocação dos recursos e dos benefícios, o TIRFGAA introduz, ao nível internacional, critérios que esvaziam a soberania estatal dos próprios possíveis conteúdos. Se no primeiro caso pode se falar de soberania limitada, no segundo pode se falar de soberania conformada.

Na CBD o reconhecimento da soberania nacional é premissa para uma alocação do recurso actuada com base negocial numa perspectiva económica (Fowler C., 2004). Este regime, que prevê um direito de gozo em condições de exclusividade e rivalidade, contribui á progressiva *commodification* dos RG, auspiciada em nome duma gestão eficiente, racional, e sustentável no mercado (Lesser W., 1998). A literatura científica tem evidenciado o efeito restritivo que a aplicação da CBD produz na circulação do material genéticos necessário ao progresso biotecnológico (Chiarolla C., 2006: 27). Sobretudo no sector agrícola, a proibição de conservar, trocar e utilizar as sementes protegidas pelos direitos de propriedade intelectual é criticada pelas consequências sócio-ambientais que esta tutela produz (Mascarenhas M. - Busch L., 2006: 124). A sempre mais forte concentração no mercado das sementes (Eaton D. van Tongeren F., 2004; Rubenstein K.D. *et al.*, 2005), a sempre mais profunda integração e dependência dos agricultores da indústria biotecnológica (Mascarenhas M. - Busch L., 2006: 133-134), evidencia a fragilidade do sistema agrícola e a sua incapacidade de garantir a soberania e a segurança alimentar (Chiarolla C., 2006: 42-43).

A restrição atribuída à CBD se contrapõe a facilitação ao acesso aos recursos necessários para a selecção e o melhoramento das variedades vegetais hoje disponíveis garantida pelo TIRFGAA (Zakir T., 2005)⁴⁶.

Por esta razão não pode ser subavaliadas a diferencia que distingue a CBD e o TIRFGAA, não obstante a aplicação de um critério de especialidade permite integra-los num complexo mas único sistema internacional (Raustiala K. - Victor D. G., 2004: 279).

O regime indicado pelo TIRFGAA deve ser compreendido à luz da evolução que interessou o *status* dos recursos fitogenéticos no sistema FAO.

Em 1983, em anexo a Resolução 8/83 da Conferencia FAO, foi adoptada a *International Undertaking on Plant Genetic Resources* (IUPGR), ou seja uma “declaração de princípios fundamentados na promessa de cumprimento em boa fé” (Marchisio S. - Di Blase A., 1991: 104). Os recursos fitogenéticos foram declarados a *common heritage of humankind*, e por esta razão objecto de um direito de acesso sem restrições, tendo por fins o exercício de selecção e pesquisa em benefício das presentes e futuras gerações. A IUPGR garantia a livre utilização e circulação dos recursos fitogenéticos negando a possibilidade de uma apropriação em

⁴² TIRFGAA, Artigo 12.3.h.

⁴³ TIRFGAA, Preâmbulo.

⁴⁴ TIRFGAA, Artigo 9.1.

⁴⁵ TIRFGAA, Artigo 9.2.

⁴⁶ A facilitação promovida pelo TIRFGAA se contrapõe também ao sistema de propriedade intelectual (Gerstetter C. *et al.*, 2007: 261).

termos de gozo exclusivo e rival. A introdução do princípio que declarou os RFGAA a *common heritage of humankind* pode ser interpretada em dois diferentes leituras:

- como limite negativo: indica a inexistência de um direito de soberania estatal, sem competência para regular e impedir ao nível estatal a livre apropriação privada;
- como limite positivo: indica um específico modelo jurídico instituído por os recursos não biológicos (*not-living resources*) do alto-mar na U.N. *Convention on the law of the sea* (UNCLOS), adoptada em Montego Bay (1982 - 1994).

Esta convenção é de relevante interesse porque delinea dois diferentes modelos que disciplinam os recursos não submetidos a soberania estatal.

Por um lado há os recursos vivos do alto-mar, que, a partir da convenção de Génova (1958) foram considerados bens comuns (Vogler J., 2000) e sujeitos a um regime de livre acesso e livre apropriação. A introdução dum limite externo a esta liberdade, segundo critérios de racionalidade económica, foi antes actuada pela jurisprudência da Corte de Justiça da ONU⁴⁷ e mais tarde formalizada pela UNCLOS.

A convenção confere às partes um direito de pesca⁴⁸, em conformidade com as normas nacionais, e nos limites em que o seu exercício não integra um abuso do direito, ou seja quando o exercício da própria liberdade não imponha uma ilegítima restrição a liberdade dos outros⁴⁹. Ao nível internacional este modelo predica o reconhecimento de um direito cujo exercício é limitado externamente para alcançar uma exploração económica e racional dos recursos e tutelar uma posição igualitária entre os operadores no exercício das próprias liberdades económicas.

Os recursos não vivos do alto-mar, invés, são declarados pela UNCLOS a *common heritage of humankind*. Por esta razão “nenhum Estado ou pessoa física ou jurídica pode apropriar-se de uma qualquer parte da Área o dos recursos nela existentes. Não pode ser reconhecida alguma reivindicação ao exercício da soberania ou de direitos soberanos, nem algum ato de apropriação”.⁵⁰ “Todos os direitos sobre os recursos da Área são conferidos a toda humanidade, que é representada pela Autoridade. Estes recursos são inalienáveis. Os minerais extraídos da Área podem ser alienados só em conformidade com a presente parte e com as normas, regulamentos e procedimentos predispostos pela Autoridade”⁵¹. O exercício das actividades económicas, em conformidade com o regime previsto, é conduzido “em benefício de toda a humanidade, independentemente da situação geográfica dos Estados, possuam o não um litoral, tendo em consideração os interesses e as necessidades dos países em desenvolvimento e dos povos reconhecidos pelas Nações Unidas que ainda não conseguiram a cheia independência e o outro regime de auto-governo”⁵². Através da jurisdição de uma autoridade internacional a UNCLOS “assegura a equitativa repartição, de maneira não discriminatória, [...] dos benefícios económicos derivados das actividades exercidas na Área, mediante um mecanismo adequado,”⁵³.

Em síntese, o modelo proprietário indicado pela UNCLOS explicitando o conceito de *common heritage of humankind*, se compõe:

- duma comunidade titular de uma posição sobre os recursos que podemos definir dominical que legitima a repartição, de maneira equitativa e não discriminatória, das utilidades derivadas do exercício de actividade económica;
- duma autoridade que gere em nome da comunidade titular dos recursos sujeitos a um regime público (inalienabilidade) com vínculo de destinação;
- de operadores económicos que em conformidade com as indicações oferecidas pela autoridade, exercem temporariamente a actividade económica com base num título derivado, nunca originário.

É possível sublinhar uma relação directa entre o mecanismo de repartição dos benefícios e a titularidade de uma posição dominical.

⁴⁷ ICJ *Fisheries Jurisdiction Case, (Federal Republic of Germany vs. Iceland)* 1974 par. 64: “both States have an obligation to take full account of each other's rights and of any fishery conservation measures.[...] the former *laissez-faire* treatment of the living resources of the sea in the high seas has been replaced [for intensification of fishing] by a recognition of a duty to have due regard to the rights of other States and the needs of conservation for the benefit of all [...]. Parties have the obligation to keep under review the fishery resources in the disputed waters and to examine together, [...] the measures required for the conservation and development, and equitable exploitation, of those resources [...]”.

⁴⁸ UNCLOS, Artigo 116.

⁴⁹ UNCLOS, Artigo 117.

⁵⁰ UNCLOS, Artigo 137.

⁵¹ UNCLOS, Artigo 137.

⁵² UNCLOS, Artigo 140.1.

⁵³ UNCLOS, Artigo 140.2.

O regime aplicado aos recursos não biológicos do alto-mar demonstra como a introdução no IUPGR do *status* de *common heritage of humankind* tivesse um específico modelo de referência. Como é demonstrado pela génese do documento devem se consideradas erradas as interpretações que assimilaram o *status* jurídico dos recursos declarados *common heritage of humankind* ao regime jurídico de livre acesso que caracteriza os bens comuns. A introdução do *status* de *common heritage of humankind* foi o resultado de uma política do país em desenvolvimento por travar, através da instituição de uma gestão supranacional orientada a critérios de políticos redistributivos, a progressiva privatização dos recursos que o desenvolvimento biotecnológico (Demsetz H., 1967) já estava promovendo (Raustiala K. - Victor D. G., 2004).

A intensificação desta dinâmica, juntamente com uma errada interpretação do conceito de *common heritage of humankind* - que transformou bens colectivos (acesso regulamentado e orientado por critérios políticos e redistributivos) em bens comuns (livre acesso, Kloppenburg J., 1988) – provocou uma mudança de estratégia dos países em desenvolvimento, que encontraram na soberania estatal sobre os recursos fitogenéticos o único instrumento para compartilhar dos benefícios derivados da utilização biotecnológica dos próprios recursos naturais (Raustiala K. - Victor D. G., 2004: 290).

Esta mudança na acção estratégica dos países em desenvolvimento, os que detinham a maioria dos recursos fitogenéticos é demonstrada pela evolução que interessou a IUPGR (Mekouar Mohamed Ali, 2002). Com a Resolução FAO 4/89 se interpretou autenticamente o conceito de livre acesso, especificando como “sem cargos” não significasse “sem custos”⁵⁴. Analogamente a Resolução 3/91 da Conferencia FAO esclareceu que “o conceito de *common heritage of humankind*, como expressado pela IUPGR, é sujeito a soberania dos estados sobre os próprios recursos fitogenéticos”⁵⁵.

4. CONCLUSÕES

A afirmação da soberania estatal sobre os próprios recursos fitogenéticos no sistema FAO não deve ocultar as diferenças sistemáticas releváveis respectivamente na CBD e no TIRFGAA. Neste ultimo o reconhecimento da soberania estatal convive com a regulação do seu exercício, que introduziu um regime análogo ao *status* de *common heritage of humankind* para os recursos incluídos no SML (Trommetter M., 2005: 579; Le Buanec B., 2005: 4). Como foi sugerido o TIRFGAA inverte por alguns recursos o processo de *commodification* que os esta envolvendo (Fowler C. 2004: 618).

Não foi por acaso que quando se passou no sistema FAO de um modelo publicista (*common heritage of humankind*) a um modelo privatístico (soberania estatal – *property right approach*, Raustiala K. - Victor D. G., 2004: 282), foi reconhecido, com a Resolução 5/89 o contributo que as gerações de agricultores ofereceram ao melhoramento e à selecção dos recursos fitogenéticos hoje existentes⁵⁶. A Resolução 5/89, não obstante evitou de definir os conteúdos deste direito, declarou os agricultores presentes e futuros os titulares dos benefícios gerados pela conservação, pelo melhoramento e selecção dos recursos fitogenéticos. Deste modo se introduziu um princípio de limitação à apropriação privada dos RFGAA actuadas através dos órgãos estatais.

A partir dos direitos dos agricultores, como elemento marcante do TIRFGAA (Mekouar M. A., 2002: 21) é possível avançar uma tese que interpreta o regime contido no TIRFGAA como exemplo de um modelo proprietário colectivo. Em outras palavras se a CBD através do princípio de soberania estatal constitui as premissas para a constituição de direitos proprietários (cuja alocação é objecto de plena discricionariedade estatal) sobre os RG, o TIRFGAA através de uma conformação da soberania estatal aos princípios públicos relacionado ao conceito de *common heritage of humankind*, institui um regime proprietário colectivo.

Como já evidenciado, podemos encontrar um modelo de referência no regime jurídico dos recursos não biológicos do UNCLOS e caracterizado:

- pela individualização de uma comunidade titular da posição dominical sobre os recursos;
- pela instituição de uma autoridade com poderes de gestão e de administração dos recursos cuja administração é orientada por princípios públicos (subtraindo-os ao âmbito do direito privado e aos actos de livre disposição);
- pela exploração com base em títulos temporários, com repartição universal e redistributiva dos benefícios derivados do exercício de actividade económica (elemento sublinhado por Mekouar M. A., 2002: 22).

⁵⁴ FAO, Resolução da Conferencia, 4/89, pt. 5.

⁵⁵ FAO, Resolução da Conferencia, 3/1991.

⁵⁶ FAO, Resolução da Conferencia, 5/1989.

Há duas possíveis leituras do TIRFGAA. Considerando a promoção da pesquisa e da selecção das variedades vegetais hoje existentes (bem publico não perseguido optimamente através do mercado) o objectivo prevalente do TIRFGAA (Zakir T., 2005: 246), pode se dizer, numa primeira leitura, que è a comunidade científica internacional a titular de uma posição dominical (“diritto di uso civico”) sobre os RFGAA incluídas no SML. Os agricultores seriam beneficiários deste sistema enquanto seleccionadores tradicionais ou informais (Mekouar M. A., 2002: 21).

Esta primeira leitura parece ser criticável por três razões. O direito dos agricultores sendo constituído pelas faculdades de utilizar, trocar, vender, para fins comerciais também, o material que detêm tem um conteúdo mais amplo respeito à excepção dos seleccionadores (*breeders' exemption*⁵⁷). Em segundo lugar os direitos dos agricultores não se limitam aos recursos incluídos no SML, mas a todos os recursos para alimentação e agricultura. Em terceiro lugar não se compreende porque o mecanismo de repartição dos benefícios destine às comunidades locais rurais invés que à comunidade científica internacional os montantes gerados.

Pode-se resolver às incongruências agora evidenciadas a partir do dado normativo que define a alocação dos recursos gerados pelo acesso a pela utilização dos recursos em questão. Por esta razão pode se sustentar que sejam as comunidades rurais as titulares dos RFGAA, título que incorpora um direito de acesso não em qualidade de seleccionadores mas de agricultores.

Esta tese pode encontrar uma legítima fundamentação na relação especial sobre o direito à alimentação que foi apresentada ao *Human Right Council* no Janeiro do 2008 por Ziegler⁵⁸. Baseada num *human rights approach*, a relação evidencia a ineficácia do actual sistema internacional onde os conteúdos dos direitos fundamentais são garantidos através das oportunidades oferecidas no mercado. Como afirma Ziegler: “Some Governments and intergovernmental organizations support the neoliberal theory, which does not recognize the existence of economic, social and cultural rights and claims that only political and civil rights are human rights. According to this theory, only a totally liberalized and privatized, unified world market can gradually eliminate hunger and malnutrition in the world. The evidence shows the contrary - liberalization and privatization have progressed rapidly in most countries during the last 10 years. At the same time, the figures show that worldwide, more people than ever before suffer today from grave, permanent undernourishment. Consequently, the *Special Rapporteur* maintains that only the normative approach can gradually eliminate hunger and grave permanent malnutrition in the world. The human right to food has to be implemented by all States, by all intergovernmental organizations and by all non-State actors, including multinational corporations” (Ziegler J., 2008: par. 76).

Em frente de tal derrota o Relator sugere a elaboração de uma estratégia de desenvolvimento baseada nos direitos fundamentais, na própria dimensão civil, económica, social e cultural. O relator, com base no Comentário Geral número 12 do *Committee on Economic, Social, and Cultural Rights*, define o direito a alimentação como: “the right to have regular, permanent and unrestricted access, either directly or by means of financial purchases, to quantitatively and qualitatively adequate and sufficient food corresponding to the cultural traditions of the people to which the consumer belongs, and which ensures a physical and mental, individual and collective, fulfilling and dignified life free of fear” (Ziegler J., 2008: par. 17).

O conteúdo de um *right to the food* estende-se ao direito de produzir o cibo destinado a própria alimentação e ao direito de acesso aos recursos naturais precisos para exercer a actividade agrícola, como a terra e as sementes, em conformidade com as próprias práticas culturais⁵⁹.

Muda o título que permite a apropriação de recursos necessários para o exercício de direitos fundamentais, que não è mais um título privado adquirido no âmbito do mercado, mas um título que descende da cidadania, ou seja do um status subjectivos de vocação universal, em concreto exercido no âmbito territorial duma instituição pública, global como particular. O TIRFGAA, se interpretado nesta perspectiva, pode ser instrumento para promover a autonomia dos agricultores (capacidade de controle e de escolha, Chiarolla C., 2006: 41) e o fortalecimento das comunidades rurais (*empowering*, French D. A., 2007: 234) não garantidos

⁵⁷ O artigo 15 do Ato do 1991 da *International Convention for the Protection of New Varieties of Plants*, elaborada no âmbito da *International Union for Protection of the New Varieties of Plants* (UPOV), reconhece uma limitação aos direitos do constituidor de uma nova variedade vegetal. Para finalidades não comerciais, de pesquisa e de selecção, è possível utilizar o material tutelado pela UPOV sem a sua autorização (Chiarolla C., 2006: 31).

⁵⁸ O texto do documento è disponível à pagina <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/7session/reports.htm>.

⁵⁹ “The right to food is, above all, the right to be able to feed oneself in dignity. The right to food includes the right to have access to the resources and to the means to ensure and produce one’s own subsistence, including land, small-scale irrigation and seeds, credit, technology and local and regional markets, especially in rural areas and for vulnerable and discriminated groups, traditional fishing areas, a sufficient income to enable one to live in dignity, including for rural and industrial workers, and access to social security and social assistance for the most deprived. The right to food also includes the right to have access to safe drinking water” (Ziegler J., 2008: par. 18).

pela aplicação da CBD (Trommetter M., 2005: 582). Na mesma perspectiva deve ser criticáveis uma política de conservação *on the farm*, que, fixando territorialmente o património genético detidos pelas comunidades rurais, proíbe, em nome do conservacionismo, as práticas tradicionais de conservação dinâmicas. (Louette D. *et al.*, 1997). Nesta hipótese o paradigma ambiental do instrumento de responsabilização e de acção local transforma-se em instrumento de controlo e de integração global (Mgbeoji I., 2007: 118; Louette D. *et al.*, 1997: 36).

O direito fundamental à alimentação é relacionado ao conceito de soberania alimentar, que o relator especial Ziegler define a partir de documentos elaborados em 2002 no “Forum on Food Sovereignty” por parte de mais de 400 organizações de agricultores⁶⁰. “Food sovereignty is the right of peoples, communities, and countries to define their own agricultural, labour, fishing, food and land policies which are ecologically, socially, economically and culturally appropriate to their unique circumstances. It includes the true right to food and to produce food, which means that all people have the right to safe, nutritious and culturally appropriate food and to food-producing resources and the ability to sustain themselves and their societies. Food sovereignty means the primacy of people’s and community’s rights to food and food production, over trade concerns.” (Ziegler J., 2008: par. 72).

No conceito de direito à alimentação, como de soberania alimentar joga um papel muito importante a concretização do direito cultural a manter a própria tradição alimentar e os métodos de cultivo tradicionais.

O direito à terra e as próprias práticas culturais já foram reconhecidos ao nível internacional como direitos de algumas minorias, como as populações indígenas e tribais⁶¹. Este reconhecimento opera como instrumento de resolução política de conflitos sócio-ambientais específicos, que assumem um particular valor em função da diversidade étnica, cultural e histórica que caracteriza estas populações. As terras tradicionais e os seus recursos naturais são normalmente sujeitos a um regime de natureza pública (inalienabilidade e título colectivo).

Através do conceito de direito à alimentação como fundamental se tenta aplicar universalmente os instrumentos das políticas públicas alternativas ou substitutivas ao mercado em garantir o exercício dos direitos fundamentais⁶².

Paralelamente a progressiva “etnicização” do conflito social, sobretudo em contextos periféricos do *world-system* (Wallerstein I., 2000), conseguiu reivindicar direitos e mecanismo de redistribuição dos recursos alternativos e paralelos ao mercado, introduzindo um conceito não mais museográfico de minoria indígena, tribal e étnico-cultural.

Estamos assistindo a um processo de diálogo entre o direito das minorias, como direitos territoriais outorgados casuisticamente e o sistema dos direitos humanos. Este diálogo concretiza-se hoje nos direitos dos agricultores, que podem ser justificados seja à luz do sistema universal dos direitos humanos culturalmente orientado, seja à luz dos direitos territoriais particulares reconhecidos as minorias étnico-culturais.

Ainda não se pode saber se na própria evolução os direitos dos agricultores serão compreendidos como direitos particulares de uma minoria ou como direitos universais exercitáveis por quem é agricultor. Certo é que estão no centro de um percurso que privilegia o modelo proprietário colectivo enquanto veicula um direito de acesso às bens necessários para o exercício de direitos num contexto institucional externo ao mercado. Os direitos dos agricultores, como direitos subjectivos ao acesso que derivam do um título colectivo sobre os RFGAA, definem assim os limites negativos, subjectivos e territoriais da ordem jurídico do mercado, indicando as soluções institucionais alternativas ao paradigma moderno. Aprofundar e desenvolver estas argumentações constituem um desafio para as ciências jurídicas e sociais, comprometidas na construção de percursos viáveis de emancipação e de autonomia colectiva e subjectiva, num contexto onde o conflito social é instrumento de participação e de progresso democrático.

Referências Bibliográficas

⁶⁰ O documento é disponível à página www.foodfirst.org/progs/global/food/finaldeclaration.html.

⁶¹ *International Labour Organization, Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries n. 169*, disponível à página <http://www.ilo.org/public/english/indigenous/standard/index.htm>; *United Nation Declaration of Rights of Indigenous People (A/RES/61/295, 13 September 2007)*, disponível à página <http://www.un-documents.net/a61r295.htm>.

⁶² Esta perspectiva muda a relação entre os direitos de propriedade intelectual e os direitos dos agricultores. No balanceamento dos diferentes interesses, não são os direitos dos agricultores a limitar os direitos de propriedade intelectual adquiridos originariamente, mas são os direitos de propriedade intelectual que limitam temporariamente os direitos dos agricultores, enquanto os últimos expressam uma posição originária dominical que é prevalente até quando veicula o exercício de direitos humanos fundamentais.

- Allem, A. C. (2000). The terms genetic resource, biological resource, and biodiversity examined. *The Environmentalist* 20: 335 – 341.
- Chiarolla, C. (2006). Commodifying Agricultural Biodiversity and Development-Related Issues. *The Journal of World Intellectual Property* 9, 1: 25–60.
- Chiarolla, C. (2008). Plant Patenting, Benefit Sharing and the Law Applicable to the Food and Agriculture Organisation Standard Material Transfer Agreement. *The Journal of World Intellectual Property* 11, 1: 1–28.
- Cordini, G., Fois, P., Marchisio, S. (2008). *Diritto ambientale, profili internazionali europei e comparati*. Torino: Giapichelli.
- Demsetz, H. (1967). Toward a Theory of Property Rights. *American Economic Review* 57, 2:347–359.
- Eaton, D., van Tongeren, F. (2004). Patents versus Plant Varietal Protection. 8th ICABR International Conference on Agricultural Biotechnology: International Trade and Domestic Production. Italy: Ravello.
- Fowler, C. (2004). Accessing genetic resources: international law establishes multilateral system. *Genetic Resources and Crop Evolution* 51: 609–620.
- French, D. A. (2007). Managing global change for sustainable development: technology, community and multilateral environmental agreements. *International Environment Agreements* 7: 209–235.
- Gerstetter, C., Görlach, B., Neumann, K., Schaffrin, D. (2007). The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture within the Current Legal Regime Complex on Plant Genetic Resources. *The Journal of World Intellectual Property* 10, 3/4: 259–283.
- Jeffery, M. (2002). Bioprospecting: Access to genetic resources and benefit-sharing under the convention on biodiversity and the Bonn guidelines. *Singapore Journal of International and Comparative Law* 6, 2: 747–808.
- Kloppenburger, J. Jr., Kleinman, D. L. (1988). Seeds of controversy: National property versus common heritage. In Kloppenburger, J. Jr. (ed.), *Seeds and Sovereignty: The Use and Control of Plant Genetic Resources*, Durham, N. Carolina: Duke University Press, 173–203.
- Krutilla, J. (1967). Conservation Reconsidered. *The American Economic Review* 57: 777–786.
- Le Buanec, B. (2005). Plant genetic resources and freedom to operate. *Euphytica* 146: 1–8.
- Lerch, A. (1998). Property Rights and Biodiversity. *European Journal of Law and Economics* 6: 285–304.
- Lesser, W. (1998). *Sustainable Use of Genetic Resources under the Convention on Biological Diversity. Exploring Access and Benefit Sharing Issues*. Oxford: CAB International.
- Louette, D., Charrier, A., Berthaud, J. (1997). In situ conservation of maize in Mexico: genetic diversity and maize seed management in a traditional community. *Economic Botany* 51, 1: 20–38.
- Marchisio, S., Di Blase, A. (1991). *The Food and Agriculture Organization (FAO)*. Dordrecht: Martinus Nijhoff.
- Mascarenhas, M., Busch, L. (2006). Seeds of Change: Intellectual Property Rights, Genetically Modified Soybeans and Seed Saving in the United States. *Sociologia Ruralis* 46, 2: 123–138.
- Mekouar, M. A. (2002). Treaty Agreed on Agrobiodiversity: The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture. *Environmental policy and law* 32, 1: 20–25.
- Mgbeoji, I. (2007). Lost in translation? the rhetoric of protecting indigenous peoples' knowledge in international law and the omnipresent reality of biopiracy. In Phillips, P. W. B, Onwuekwe, C. B. (eds.), *Accessing and Sharing the Benefits of the Genomics Revolution*. Dordrecht: Springer, 111–142.
- Queen Mary Intellectual Property Research Institute, 2004, *The relationship between Intellectual Property Rights (TRIPS) and Food Security*, Directorate General Trade, European Commission.
- Raustiala, K., Victor D. G. (2004). The Regime Complex for Plant Genetic Resources. *International Organization* 58: 277–309.
- Rubenstein, K. D., Heisey, J. P., Shoemaker, R., Sullivan, J., Frisvold G. (2005). *Crop Genetic Resources: An Economic Appraisal, Economic Information Bulletin Number 2*. Washington DC: USDA.
- Trommetter M. (2005). Biodiversity and international stakes: a question of access. *Ecological Economics* 53: 573–583.
- Tved, M. W. (2005). How Will a Substantive Patent Law Treaty Affect the Public Domain for Genetic Resources and Biological Material. *Journal of World Intellectual Property* 8, 3: 311–344.
- Vogler, J. 2000. *The global commons*. Chichester: Wiley.
- Wallerstein, I. (2004). *World-systems analysis: an introduction*. London: Duke University Press.
- Zakir, T. (2005). Common heritage to common concern, preserving a heritage and sharing knowledge. *Journal of World Intellectual Property* 8, 3: 241–270.
- Ziegler, J. (2008). *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, Report of the Special Rapporteur on the right to food*,

A/HCR/7/5. [Acedido em 29 de Setembro de 2008].
<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/7session/reports.htm>