

JUSTIÇA & CIDADANIA

ISSN 1807-279X
Edição 120 - Julho de 2010
R\$ 16,90

MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA

EXEMPLO DE GESTÃO E MODERNIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Editorial: ASSISTENCIALISMO EM DESFAVOR DO BRASIL

MANIPULAÇÃO DE PATRIMÔNIO GENÉTICO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA MP 2186-16/2001

Ives Gandra da Silva Martins

Professor emérito das universidades Mackenzie, UNIFMU, UNIFIEO, UNIP e CIEE
Membro do Conselho Editorial

Algumas considerações fazem-se necessárias antes de passar a ofertar minha breve opinião sobre o tema.

A primeira delas diz respeito aos princípios que regem a Ordem Econômica plasmada na lei suprema.

Pela primeira vez em um texto constitucional no Brasil, a economia de mercado foi consagrada de forma inequívoca. Após definir que dois são os alicerces da atividade econômica, a saber:

- 1) a valorização do trabalho humano; e
- 2) a livre iniciativa, o legislador supremo elenca nove princípios que regem a ordem econômica. Entre eles:
 - a) propriedade privada;
 - b) livre concorrência;
 - c) defesa do meio ambiente.

O princípio da livre concorrência, que perfila a economia de mercado, é aquele que surge pela primeira vez no texto constitucional, lembrando que as Constituições anteriores falavam apenas em livre iniciativa, mas não em livre concorrência.

Está o artigo 170 assim redigido:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos

produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
 - VIII - busca do pleno emprego;
 - IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)
- Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Tal dispositivo é complementado pelo artigo 174, que não permite que o planejamento econômico oficial seja imposto ao segmento privado, sendo, no máximo, indicativo.

Está o artigo 174 *caput* expresso da forma que se segue:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado 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**. (grifos meus).

Em outras palavras, em face da dualidade da iniciativa econômica, sempre que a iniciativa caiba ao Estado, o planejamento oficial é obrigatório, mas será facultativo para as empresas do segmento privado.

Não pode, pois, o Estado impor planejamento econômico, restrições indevidas que prejudiquem a livre iniciativa, pois a ordem suprema impede que o faça.



Entre os princípios, entretanto, encontra-se o disposto no inciso VI, cuja dicção repito:

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado, conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

O discurso constitucional é dividido em três partes, preconizando:

- a) defesa do meio ambiente;
- b) tratamento diferenciado, sempre que haja impacto ambiental de produtos e serviços;
- c) sujeição dos processos de elaboração e prestação de serviços, na hipótese de impacto ambiental, a um tratamento diferenciado.

A defesa do meio ambiente vinculada está à própria preservação da natureza, dos ecossistemas, da ecologia, ou seja, dos aspectos macroambientais, como florestas, fauna etc.

A preservação do denominado patrimônio genético, que apresenta aspectos macro e microambientais, apenas é referido, no artigo 170, inciso VI, no que diz respeito aos macroaspectos, visto que a defesa da natureza e a eliminação de impactos ambientais negativos sobre a fauna e a flora referem-se à visão de espectro mais amplo (macroambiental) e não microambiental. Os aspectos microambientais são cuidados no artigo 225 da Lei Suprema.

Compreende-se, portanto, que os dois outros elementos, consagrados no VI como princípios informadores da ordem econômica, digam respeito a produtos e serviços que IMPACTEM

o meio ambiente, ou processo de elaboração e prestação que possuam o mesmo poder e potencialidade de impactação.

Não vejo como se possa considerar que os microaspectos referentes ao patrimônio genético possam estar enquadrados no inciso VI; pois, se assim fosse, NÃO HAVERIA QUALQUER TIPO DE PRODUTO, SERVIÇO OU PROCESSO DE ELABORAÇÃO QUE NÃO FOSSE CONSIDERADO COMO DE IMPACTO AMBIENTAL. Em outras palavras, a mais intrasparente ação do homem implicaria, necessariamente, um impacto no meio ambiente, em face do denominado efeito borboleta.

Tais considerações eu as faço por entender que somente o que se refere ao macroimpacto ambiental justifica a preservação do meio ambiente, erigido em princípio geral da atividade econômica.

Em outras palavras: a defesa do meio ambiente e o exame do impacto que a atividade econômica pode ocasionar dizem respeito, à evidência, àquele tipo de ação cuja envergadura pode atingir de forma importante o ambiente, como, por exemplo, a instalação de uma usina elétrica, a utilização de produtos agrícolas capazes de afetar a flora e a fauna, a atividade de exploração de madeira, capaz de gerar desflorestamento, etc.

Não impactam o meio ambiente aquelas atividades cuja potencialidade de agressão é quase nenhuma ou nenhuma, como, por exemplo, o cultivo de flores para obtenção de óleos essenciais ou a pavimentação de uma rua antes de terra.

É de se lembrar que o Direito Constitucional, interpreta-se com regras próprias, como bem o explica Carlos Maximiliano, ao dizer:

A técnica da interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em

“ **À evidência, as palavras e a intenção do constituinte têm particular relevância na exegese do direito supremo. Se, no plano da legislação infraconstitucional, a lei é mais inteligente que o legislador — pois a norma é interpretada à luz do antecedente constitucional —, a Constituição não é mais inteligente que o constituinte, pois o antecedente da norma constitucional é a vontade dele.** ”

virtude do objeto colimado redigidas de modo sintético, em termos gerais.

Deve o estatuto supremo condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, a fim de se não tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável a épocas e circunstâncias diversas, destinado, como é, à longevidade excepcional. Quanto mais resumida é uma lei, mais geral deve ser a sua linguagem e maior, portanto, a necessidade, e também a dificuldade, de interpretação do respectivo texto.

À evidência, as palavras e a intenção do constituinte têm particular relevância na exegese do direito supremo. Se, no plano da legislação infraconstitucional, a lei é mais inteligente que o legislador — pois a norma é interpretada à luz do antecedente constitucional —, a Constituição não é mais inteligente que o constituinte, pois o antecedente da norma constitucional é a vontade dele.

Ora, na expressão “meio ambiente”, como macrovisão do “habitat” em que vivemos, não é razoável considerar — nos termos expostos na Constituição — aquelas atividades que não **impactem** o meio ambiente, embora todas as ações do homem perante a natureza (fumar, pisar na terra ao andar pelo campo, dirigir um carro) tenham um impacto, ainda que reduzido. Desse impacto não cuidou o constituinte.

Por esta razão é que, além dos princípios da livre concorrência, da livre iniciativa e da preservação da natureza contra o macroimpacto ambiental, a atividade econômica segue a opção do constituinte pela impossibilidade de impor o planejamento econômico oficial à atividade privada. Numa palavra: ao regular a atividade econômica, não pode o Estado impor condutas de atuação ao setor privado, em nível de definição do que pode ou não fazer.

Repito, o artigo 174 *caput* está assim redigido:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado 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.

Uma terceira breve consideração faz-se necessária, antes de passar a responder as questões formuladas.

Pelo princípio da eficiência e pelo da celeridade do processo (administrativo ou judicial), não podem, as repartições encarregadas de fiscalização, autorização ou licenciamento, dificultar, colocar obstáculos às ações da sociedade, visto que sua função limita-se a examinar e deferir os procedimentos adotados, quando compatíveis com a Constituição Federal.

Reza o *caput* do artigo 37 que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) ...

Cinco são os princípios que regem a administração pública, todos eles essenciais. A meu ver, mesmo que a Constituição Federal não os contemplasse de maneira expressa, eles estariam implícitos, pois decorrentes da própria natureza da Administração Pública.

Dizer que a moralidade é essencial para a confiança que o cidadão deve nutrir em relação ao Estado; que a impessoalidade é fundamental para prevenir preferências e personalizações seletivas; que a publicidade é necessária para que se saiba o que o administrador público está fazendo ensejando o controle pela sociedade; que a legalidade assegura o Estado de Direito na medida em que impõe que os atos administrativos se atenham aos termos da lei; e que todos os administradores devem ser eficientes é dizer que a Administração Pública, no Brasil e no mundo, deve observar obrigatoriamente tudo isso, POIS, A SERVIÇO DA COLETIVIDADE E NÃO ESSA A SERVIÇO DA ADMINISTRAÇÃO.

Ora, atrasos, sem justificativa, na apreciação dos procedimentos para concessão de autorizações ou licenças, pleiteados de forma compatível com as exigências da Constituição, ferem os direitos do cidadão de obter a prestação de serviços públicos,

nos termos da lei suprema, acarretando responsabilidade das autoridades que se esquivam da obrigação de atender a sociedade, omitindo-se de decidir, conceder ou licenciar procedimentos necessários para o desenvolvimento científico, tecnológico, empresarial, cultural etc. do País. O princípio da eficiência realça a segurança jurídica.

É o que determina o § 6º do artigo 37, assim redigido:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Sempre que tal procedimento implique prejuízos patrimoniais ou morais à sociedade e que o Estado tenha de responder por eles, por força de sua responsabilidade objetiva, torna-se imprescritível a ação de regresso e ressarcimento contra os agentes que os provocaram agindo com dolo, má-fé ou culpa, nos termos do art. 37, § 5º da Carta Magna:

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.** (grifos meus).

Uma quarta consideração, também breve e que se faz necessária, diz respeito ao § 1º, inciso II, do artigo 225 da CF:

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

.....

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;.....

A hipótese prevê, para assegurar a integridade do patrimônio genético e biodiversidade, que a fiscalização se dará em relação às entidades dedicadas a

- a) pesquisas e
- b) manipulação do material genético.

Em outras palavras, cuida apenas das instituições dedicadas a pesquisas com estas finalidades ou daquelas empresas que **MANIPULAM TAIS COMPONENTES PARA MODIFICÁ-LOS**. Manipular é alterar alguns de seus componentes, como ocorre com produtos alimentares, que, modificados, podem gerar espécies pouco diferenciadas de produtos, porém mais resistentes.

Não se pode falar de manipulação de patrimônio genético relativamente a flores destinadas à fabricação de perfumes. Tal ação assemelha-se à colheita de frutas, verduras ou legumes para serem transformados em alimentos nas casas ou restaurantes, algo que pode ser feito por qualquer miniagricultor em qualquer parte do mundo.

Em 1953 estudei perfumaria em Grasse, no sul da França. Era o negócio de meu pai e deveria sucedê-lo, o que não ocorreu, por ter-me dedicado à advocacia. Nos meses de Abril e Maio, impressionava-me a colheita das flores de laranjeira e as rosas de madrugada, que chegavam ao pátio da fábrica onde eu estudava, em filas de caminhões, para serem transformadas em óleos essenciais puros, através do calor e

- Direito Tributário
- Direito Previdenciário
- Direito das Relações de Consumo
- Direito Civil
- Direito do Trabalho
- Direito Penal Empresarial
- Direito Administrativo
- Direito Internacional
- Mediação e Arbitragem
- Petróleo, Energia e Gás
- Direito das Telecomunicações



Av. Paulista, 1765 -13º andar
TEL: +55 (11) 3266-6611 - São Paulo

Rio de Janeiro - Brasília - Campinas
Belo Horizonte

da pressão das grandes chapas com orifícios, colocadas em enormes cilindros, para separar a essência que se desejava das próprias flores.

Tal transformação, mais sofisticada, mas não diferente de um trabalho de culinária envolvendo alimentos, está a demonstrar que tanto a colheita de frutas, verduras ou legumes, como a das flores para a produção de perfumes, não representam manipulação do patrimônio genético, como no caso de milho ou de outros produtos transgênicos, que são alterados na sua composição para torná-los mais fortes.

Dessa última cuidou o constituinte, e não da colheita de produtos da flora para utilização imediata nos produtos deles derivados. Dos transgênicos tratou o constituinte, não do resto; pois, caso contrário, cada miniagricultor teria que pedir autorização ou licença para colher os produtos que plantasse.

Uma última consideração. Os artigos 218 (pesquisa científica) e 225 (defesa do meio ambiente) estão no capítulo da ordem social e devem ser interpretados em conjunto e harmonia com os demais capítulos do Título 8º da Lei Maior, como Educação, Cultura etc.

Não são artigos, todavia, que se atritam; mas, ao contrário, são complementares uns aos outros. A pesquisa a que faz referência o artigo 218 não pode alterar a defesa do meio ambiente, a que se refere o artigo 225. NEM ESTE PODE ELIMINAR PESQUISAS que objetivam o desenvolvimento e o progresso do País.

No caso em questão, à luz da Constituição, tudo aquilo que foi posto na MP 2186-16/2001, afetando a atuação das empresas, inclusive em nível de pesquisas, assim como tudo o que transcende a Carta Magna — para criar obrigações inexistentes na lei suprema, com o intuito não de fiscalizar, mas de criar dificuldades e exigências desmedidas, descomunais e não previstas na norma maior — à evidência, fere princípios constitucionais.

Os dois artigos, 218 e 225, podem ser examinados complementarmente. Um não tem o poder de inviabilizar as disposições contidas no outro, risco de gerarem uma *contradictio in terminis*, inadmissível na exegese da lei maior.

Desta forma, parece-me que as pesquisas a que se refere o artigo 218 são fundamentais para o desenvolvimento, a preservação do meio ambiente e o direito de fiscalizar a manipulação genética de transgênicos, por exemplo. Seria, entretanto, inconstitucional, sobre ser desnecessário, considerar qualquer produto da flora para alimento ou adorno como produto manipulado, sujeito à licença ou autorização. Nem disse isso o constituinte, nem tem o legislador infraconstitucional o direito de criar exigências contra lei máxima.

Isto posto, passo a ofertar minha opinião sobre o tema.

A Medida Provisória nº 2186-16/2001 alicerça-se na Carta Máxima, objetivando regulamentar o artigo 225, § 1º, inciso II e § 4º, sendo estes os dois balizamentos para sua edição.

Está assim redigida, em sua introdução:

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, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõem 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 transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências, (grifos meus), tendo sido desnecessária a sua reedição, após o advento da EC nº 32/2001.

Não cuidarei da análise da Convenção sobre Diversidade Biológica, que, embora tenha sido aprovada por Decreto Legislativo nº 2 de 1994, tem eficácia apenas de lei ordinária, conforme inteligência da Suprema Corte.

Os fundamentos constitucionais são aqueles do § 1º, inciso II e § 4º, cuja dicção repito:

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

.....

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

Determina o inciso II dois objetivos de responsabilidade do Poder Público, ou seja:

preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético e

fiscalização de entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

Por material genético entende-se, conforme o artigo 7º, inciso I, da MP 2186-16/2001:

Patrimônio genético (PG): informação de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições ‘in situ’, inclusive domesticados, ou mantidos em coleções ‘ex situ’, desde que coletados em condições ‘in situ’ no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva,

Sendo função do Poder Público preservar a sua integridade.

É de se compreender, na definição legal de patrimônio genético, que toda a fauna e flora do país o integra, pois tudo constitui a biodiversidade. Toda a agricultura e a pecuária brasileira constituem patrimônio genético, mesmo os espécimes consumidos para alimentação e outras finalidades.

A expressão usada pelo constituinte é clara (preservação e integridade), o que se percebe, por exemplo, no controle dos desmatamentos para consumo da madeira como combustível ou para a fabricação de móveis, cabendo à União delimitar áreas e vedar exploração indevida. Não, porém, atuar na sua preservação, senão para manter o nível de biodiversidade existente. No plano da preservação do patrimônio genético, não tem função fiscalizatória sobre a produção decorrencial,

de alimentos ou produtos de tocador, enquanto tal ação não implicar modificação da própria contextura.

A Constituição outorga ao Poder Público o poder de polícia, ou seja, a forma direta de fiscalização própria dos diversos departamentos, para examinar a qualidade da produção industrial de uma empresa fabril ou o nível de poluição que possa causar, normalmente *a posteriori*, ao detectar-se alguma irregularidade. Os controles para que um estabelecimento fabril funcione, são muito mais burocráticos que técnicos.

No que diz respeito ao segundo aspecto, em que impõe o constituinte a fiscalização de estudos dedicados à pesquisa e manipulação de material genético, a questão é diferente, pois tal pesquisa pode importar manipulação genética, como ocorre com determinados alimentos estruturalmente modificados, ou seja, os transgênicos.

Na busca de obter maior rendimento nas plantações e maior qualidade nutricional de determinados alimentos, por exemplo, pode o patrimônio genético justificar a fiscalização das entidades encarregadas desta manipulação.

E, neste particular, o constituinte foi bem claro. Apenas neste caso de pesquisa e manipulação utiliza-se da expressão “fiscalizar”, visto que na fiscalização preventiva — que implica processo de análise prévia das pesquisas e manipulações desejáveis — encontra-se a razão de ser da preservação, ante propostas de modificações genéticas a serem realizadas.

Em outras palavras, apenas em relação às entidades dedicadas a pesquisas e manipulação genética cabe a fiscalização especial, a que se refere a Constituição. Não cuidou o constituinte, neste inciso, da utilização dos demais seres da fauna e flora para variada finalidade, apesar de todos eles constituírem-se em patrimônio genético, segundo a definição retrocitada.

Ora, o artigo 218 da CF é aquele que define o tratamento a ser dispensado à pesquisa científica, que repito uma vez mais:

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1º – A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

§ 2º – A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º – O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º – A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5º – É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas

“No que diz respeito ao segundo aspecto, em que impõe o constituinte a fiscalização de estudos dedicados à pesquisa e manipulação de material genético, a questão é diferente, pois tal pesquisa pode importar manipulação genética, como ocorre com determinados alimentos estruturalmente modificados, ou seja, os transgênicos.”

de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica, Não podendo, como já disse atrás, haver um conflito entre as duas disposições. Vale dizer que as pesquisas científicas sobre organismos genéticos a serem modificados dizem respeito ao patrimônio genético a que se refere o constituinte, para que haja a compatibilização entre os artigos 218 e 225, § 1º, inciso II.

Nenhuma outra limitação impôs a Constituição à exploração que não envolva a necessidade de manipulação genética na utilização de patrimônio genético, que corresponde a todos os seres vivos da fauna e da flora, menos o homem.

Repito, a expressão “pesquisa e manipulação”, para obtenção de uma espécie nova, com modificação genética, é que deve ser fiscalizada. Não pode a medida provisória mencionada ultrapassar os limites impostos pela Constituição, gerando entraves ou impedimentos à pesquisa em que não há MANIPULAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO. O artigo 218, pois, cria disposições estimuladoras da pesquisa, não estando em conflito com o 225, § 1º, inc. II. Entendo, portanto, que limitação possível ocorre apenas em relação à pesquisa científica de organismo geneticamente modificável, cujas fronteiras estão expressas na lei suprema.