

Direitos Humanos e Propriedade Intelectual

Flávia Piovesan*¹

1. Introdução

Como compreender a propriedade intelectual à luz dos direitos humanos? Em que medida o sistema internacional de direitos humanos pode contribuir para a proteção do direito à propriedade intelectual sob uma perspectiva emancipatória? Qual há de ser o impacto dos regimes jurídicos de proteção da propriedade intelectual no campo dos direitos humanos? Qual é o alcance da função social da propriedade intelectual? Como tecer um adequado juízo de ponderação entre o direito à propriedade intelectual e os direitos sociais, econômicos e culturais? Quais os principais desafios e perspectivas da relação entre direitos humanos e propriedade intelectual?

Estas são as questões centrais que inspiram este artigo.

Inicialmente, será desenvolvida análise do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, sua gênese, seus delineamentos, sua lógica, sua estrutura e principiologia.

É a partir deste prisma que se avançará para o estudo da relação entre o sistema internacional de proteção dos direitos humanos e a propriedade intelectual.

¹ Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha); visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), procuradora do Estado de São Paulo, membro do CLADEM (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher), membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e membro da SUR – Human Rights University Network.

Por fim, serão destacados os principais desafios e perspectivas da relação entre direitos humanos e propriedade intelectual.

2. Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos

Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como realça Norberto Bobbio, os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas². Para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução³. Refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. No dizer de Joaquín Herrera Flores⁴, os direitos humanos compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam, neste sentido, uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana. Para Carlos Santiago

Niño, os direitos humanos são uma construção consciente vocacionada a assegurar a dignidade humana e a evitar sofrimentos, em face da persistente brutalidade humana⁵.

Considerando a historicidade dos direitos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

Esta concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Se a

² Norberto Bobbio, *Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.

³ Hannah Arendt, *As Origens do Totalitarismo*, trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979. A respeito, ver também Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, Cia das Letras, São Paulo, 1988, p.134. No mesmo sentido, afirma Ignacy Sachs: “Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos”. (Ignacy Sachs, Desenvolvimento, Direitos Humanos e Cidadania, In: *Direitos Humanos no Século XXI*, 1998, p.156). Para Allan Rosas: “O conceito de direitos humanos é sempre progressivo. (...) O debate a respeito do que são os direitos humanos e como devem ser definidos é parte e parcela de nossa história, de nosso passado e de nosso presente.” (Allan Rosas, So-Called Rights of the Third Generation, In: Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995, p. 243).

⁴ Joaquín Herrera Flores, *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*, mimeo, p.7.

⁵ Carlos Santiago Niño, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. Nas palavras de Thomas Buergenthal: “O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse”.⁶

Fortalece-se a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, esta concepção inovadora aponta a duas importantes conseqüências: 1a) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, transita-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania centrada no Estado para uma concepção “kantiana” de soberania centrada na cidadania universal⁷; e 2a) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito.

Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania. Para Andrew Hurrell: “O aumento significativo das ambições normativas da sociedade internacional é particularmente visível no campo dos direitos humanos e da democracia, com base na idéia de que as relações entre governantes e governados, Estados e cidadãos, passam a ser suscetíveis de legítima preocupação da comunidade internacional; de que os maus-tratos a cidadãos e a inexistência de regimes democráticos devem

⁶ Thomas Buergenthal, *International human rights*, op. cit., p. 17. Para Henkin: “Por mais de meio século, o sistema internacional tem demonstrado comprometimento com valores que transcendem os valores puramente “estatais”, notadamente os direitos humanos, e tem desenvolvido um impressionante sistema normativo de proteção desses direitos”. (*International law*, op. cit., p. 2). Ainda sobre o processo de internacionalização dos direitos humanos, observa Celso Lafer: “Configurou-se como a primeira resposta jurídica da comunidade internacional ao fato de que o direito *ex parte populi* de todo ser humano à hospitalidade universal só começaria a viabilizar-se se o “direito a ter direitos”, para falar com Hannah Arendt, tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade. Foi assim que começou efetivamente a ser delimitada a “razão de estado” e corroída a competência reservada da soberania dos governantes, em matéria de direitos humanos, encetando-se a sua vinculação aos temas da democracia e da paz”. (Prefácio ao livro *Os direitos humanos como tema global*, op. cit., p. XXVI).

⁷ Para Celso Lafer, de uma visão ex parte príncipe, fundada nos deveres dos súditos com relação ao Estado passa-se a uma visão ex parte populi, fundada na promoção da noção de direitos do cidadão. (*Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*, São Paulo, Paz e Terra, 1999, p.145).

demandar ação internacional; e que a legitimidade internacional de um Estado passa crescentemente a depender do modo pelo qual as sociedades domésticas são politicamente ordenadas”⁸.

Neste cenário, a Declaração de 1948 vem a inovar a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a este campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos - do “mínimo ético irreduzível”. Neste sentido, cabe destacar que, até novembro de 2006, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 156 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 153 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura contava com 141 Estados-partes; a

⁸ Andrew Hurrell, Power, principles and prudence: protecting human rights in a deeply divided world, In: Tim Dunne e Nicholas J. Wheeler, *Human Rights in Global Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p.277.

Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial contava com 170 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher contava com 183 Estados-partes e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 192 Estados-partes⁹.

Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global da ONU com instrumentos do sistema regional, por sua vez, integrado pelos sistemas interamericano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, somando-se ao sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Esta é inclusive a lógica e principiologia próprias do Direito dos Direitos Humanos.

Ressalte-se que a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, reitera a concepção da Declaração de 1948, quando, em seu parágrafo 5o, afirma: "Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase". A Declaração de Viena afirma ainda a interdependência entre os valores dos direitos humanos, democracia e desenvolvimento.

Não há direitos humanos sem democracia e nem tampouco democracia sem direitos humanos. Vale dizer, o regime mais compatível com a proteção dos direitos humanos é o regime democrático. Atualmente, 140 Estados, dos quase 200 Estados que integram a ordem internacional, realizam eleições periódicas. Contudo, apenas 82 Estados (o que representa 57% da população mundial) são considerados plenamente democráticos. Em

⁹ Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, *Status of Ratifications of the Principal International Human Rights Treaties*, <http://www.unhchr.ch/pdf/report.pdf>

1985, este percentual era de 38%, compreendendo 44 Estados¹⁰. Note-se que o pleno exercício dos direitos políticos é capaz de implicar o “empoderamento” das populações mais vulneráveis, o aumento de sua capacidade de pressão, articulação e mobilização políticas. Para Amartya Sen, os direitos políticos (incluindo a liberdade de expressão e de discussão) são não apenas fundamentais para demandar respostas políticas às necessidades econômicas, mas são centrais para a própria formulação destas necessidades econômicas¹¹.

Já o direito ao desenvolvimento demanda uma globalização ética e solidária. No entender de Mohammed Bedjaoui: “Na realidade, a dimensão internacional do direito ao desenvolvimento é nada mais que o direito a uma repartição equitativa concernente ao bem estar social e econômico mundial. Reflete uma demanda crucial de nosso tempo, na medida em que os quatro quintos da população mundial não mais aceitam o fato de um quinto da população mundial continuar a construir sua riqueza com base em sua pobreza”.¹² As assimetrias globais revelam que a renda dos 1% mais ricos supera a renda dos 57% mais pobres na esfera mundial¹³. Para a Organização Mundial de Saúde: “A pobreza é a maior *causa mortis* do mundo. A pobreza dissemina sua influência destrutiva desde os primeiros estágios da vida humana, do momento da concepção ao momento da morte.”¹⁴

¹⁰ Consultar UNDP, *Human Development Report 2002: Deepening democracy in a fragmented world*, New York/Oxford, Oxford University Press, 2002.

¹¹ Amartya Sen, prefácio ao livro *Pathologies of Power*, Paul Farmer, Berkeley, University of California Press, 2003.

¹² Mohammed Bedjaoui, The Right to Development, in M. Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, 1991, p. 1182. Para Joseph E. Stiglitz: “Desenvolvimento significa transformação social, com a melhoria das condições de vida das populações mais pobres, assegurando a todos uma oportunidade de sucesso e acesso à saúde e à educação”. (*Globalization and its Discontents*, New York/London, WW Norton Company, 2003, p.252).

¹³ A respeito, consultar *Human Development Report 2002*, UNDP, New York/Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 19.

¹⁴ A respeito ver Paul Farmer, *Pathologies of Power*, Berkeley, University of California Press, 2003, p.50. De acordo com dados do relatório Sinais Vitais, do Worldwatch Institute (2003), a desigualdade de renda se reflete nos indicadores de saúde: a mortalidade infantil nos países pobres é 13 vezes maior que nos países ricos; a mortalidade materna é 150 vezes maior nos países de menor desenvolvimento com relação aos países industrializados. A falta de água limpa e saneamento básico mata 1,7 milhão de pessoas por ano (90% crianças), ao passo que 1,6 milhão de pessoas morrem de doenças decorrentes da utilização de combustíveis fósseis para aquecimento e preparo de alimentos. O relatório ainda atenta para o fato de que a quase totalidade dos conflitos armados se concentram no mundo em desenvolvimento, que produziu 86% de refugiados na última década.

O desenvolvimento, por sua vez, há de ser concebido como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas podem usufruir, para adotar a concepção de Amartya Sen¹⁵. Acrescente-se ainda que a Declaração de Viena de 1993 consagra ser o direito ao desenvolvimento um direito universal e inalienável, parte integral dos direitos humanos fundamentais. Reitere-se que a Declaração de Viena reconhece a relação de interdependência entre a democracia, o desenvolvimento e os direitos humanos.

Feitas essas considerações a respeito da concepção contemporânea de direitos humanos, ressalta-se que não há direitos humanos sem que os direitos econômicos, sociais e culturais estejam garantidos.

Isto é, em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A idéia da não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica¹⁶. São eles autênticos e verdadeiros

¹⁵ Ao conceber o desenvolvimento como liberdade, sustenta Amartya Sen: “Neste sentido, a expansão das liberdades é vista concomitantemente como: 1) uma finalidade em si mesma; e 2) o principal significado do desenvolvimento. Tais finalidades podem ser chamadas, respectivamente, como a função constitutiva e a função instrumental da liberdade em relação ao desenvolvimento. A função constitutiva da liberdade relaciona-se com a importância da liberdade substantiva para o engrandecimento da vida humana. As liberdades substantivas incluem as capacidades elementares, como a de evitar privações como a fome, a subnutrição, a mortalidade evitável, a mortalidade prematura, bem como as liberdades associadas com a educação, a participação política, a proibição da censura... Nesta perspectiva constitutiva, o desenvolvimento envolve a expansão destas e de outras liberdades fundamentais. Desenvolvimento, nesta visão, é o processo de expansão das liberdades humanas.” (Amartya Sen, *Development as Freedom*, New York, Alfred A. Knopf, 1999, p.35-36 e p.297). Sobre o direito ao desenvolvimento, ver também Karel Vasak, *For Third Generation of Human Rights: The Rights fo Solidarity*, International Institute of Human Rights, 1979.

¹⁶ Como explica Jack Donnelly: “Diversos filósofos e um grande número de conservadores e liberais contemporâneos têm sustentado que os direitos econômicos e sociais não são verdadeiros direitos, sugerindo que a tradicional dicotomia reflete não apenas a gênese das normas contemporâneas de direitos humanos, mas também uma ordem de prioridade entre esses direitos. Maurice Cranston oferece a mais ampla citada versão do argumento filosófico contrário aos direitos econômicos e sociais. Ele afirma que os tradicionais direitos civis e políticos à vida, à liberdade e à propriedade são “direitos universais, supremos e morais”. Os direitos econômicos e sociais, contudo, não são universais, concretos e nem possuem suprema importância, “pertencendo a uma diferente categoria lógica” — isto é, não são verdadeiros direitos humanos. (...) Os impedimentos para a implementação da maior parte dos direitos econômicos e sociais, entretanto, são mais políticos que físicos. Por exemplo, há mais que suficiente alimento no mundo capaz de alimentar todas as pessoas; a fome e má nutrição generalizada existem não em razão de uma insuficiência física de alimentos, mas em virtude de decisões políticas sobre sua distribuição”. (*Universal human rights in theory and practice*. Ithaca: Cornell University Press, 1989. p. 31-32).

direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão.

Como aludem Asbjorn Eide e Alla Rosas: “Levar os direitos econômicos, sociais e culturais a sério implica, ao mesmo tempo, um compromisso com a integração social, a solidariedade e a igualdade, incluindo a questão da distribuição de renda. Os direitos sociais, econômicos e culturais incluem como preocupação central a proteção aos grupos vulneráveis. (...) As necessidades fundamentais não devem ficar condicionadas à caridade de programas e políticas estatais, mas devem ser definidas como direitos”.¹⁷

Considerando o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, transita-se à reflexão a respeito do modo pelo qual se relaciona com a propriedade intelectual.

3. Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos e Propriedade Intelectual

Ao afirmar a indivisibilidade dos direitos humanos, invocando uma visão integral destes direitos, enuncia a Declaração Universal de 1948, em seu artigo XXVII: “1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. 2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor”.

Este direito de alcance universal é reiterado pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que em seu artigo 15 adiciona: “Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de: a) participar da vida cultural; b) desfrutar do progresso científico e suas aplicações; c) beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor”.

Acrescenta o mesmo dispositivo do Pacto: “As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício deste direito

¹⁷ Asbjorn Eide e Alla Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge*. In: Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995, p.17-18.

incluirão aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura”. Adiciona, ainda, que “os Estados-partes reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura”.

Deste modo, assegura-se o direito de participar da vida cultural e do progresso científico, bem como o direito à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura. No que tange à produção científica, literária ou artística, ao mesmo tempo que a Declaração Universal e o Pacto estabelecem a proteção dos direitos do autor e de seus interesses materiais e morais, consagram o direito difuso ao desfrute dos progressos científicos, bem como a proteção aos direitos sociais à saúde, educação, alimentação, dentre outros. O Pacto enfatiza, ademais, a importância da cooperação internacional no domínio da ciência e da cultura.

Em novembro de 2005, o Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que é órgão de monitoramento do Pacto, adotou a Recomendação Geral n.17, a respeito do direito de qualquer autor a beneficiar-se da proteção dos interesses moral e material resultantes de suas produções científicas, literárias ou artísticas¹⁸. Esclareceu o Comitê que “any scientific, literary or artistic production”, within the meaning of article 15, paragraph 1 (c), refers to creations of the human mind, that is to “scientific productions”, such as scientific publications and innovations, including knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities, and “literary and artistic productions”, such as, inter alia, poems, novels, paintings, sculptures, musical compositions, theatrical and cinematographic works, performances and oral traditions”.

Ao delinear proteção dos direitos do autor, o Comitê ressaltou a necessidade de se alcançar um balanço adequado entre, de um lado, a proteção aos direitos do autor, e, por outro, a promoção e a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais assegurados no Pacto. Nesse sentido, observou: “In striking this balance, the private interests of authors should not be unduly favored and the public interest in enjoying broad access to their productions should be given due consideration. States parties should therefore ensure that their legal or other regimes for the protection of the moral and material interests resulting

¹⁸ <http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (acesso em 07/07/06)

from one's scientific, literary or artistic productions constitute no impediment to their ability to comply with their core obligations in relation to the rights to food, health and education, as well as to take part in cultural life and to enjoy the benefits of scientific progress and its applications, or any other right enshrined in the Covenant". Para o Comitê os interesses privados do autor não podem impedir que os Estados implementem as obrigações internacionais decorrentes do Pacto em relação aos direitos à alimentação, saúde e educação, bem como aos direitos à cultura e ao desfrute dos progressos científicos, compreendidos sob uma ótica coletivista e de interesse público.

A própria Unesco¹⁹ encoraja a remoção de barreiras ao sistema educacional e de pesquisa, considerando a possibilidade da ciência produzir avanços ao crescimento econômico, ao desenvolvimento humano sustentável e à redução da pobreza. Para a Unesco, o futuro da humanidade mostra-se cada vez mais condicionado à produção, à distribuição e ao uso equitativo do conhecimento, em uma sociedade global. Na ordem contemporânea, o bem estar social e o direito ao desenvolvimento estão condicionados à informação, ao conhecimento e à cultura. Neste contexto, o direito ao acesso à informação surge como um direito humano fundamental. Ressalte-se que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos consagram que o direito à informação compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza²⁰, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha (ver artigo 19 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e artigo 13 da Convenção Americana da Direitos Humanos). A jurisprudência da Corte Interamericana têm realçado que o direito à informação é pressuposto e condição para a existência de uma sociedade livre, enfatizando que “uma

¹⁹ A respeito, ver a Declaração sobre a ciência e o uso do conhecimento científico, versão adotada pela Conferência de Budapeste, em 01 de julho de 1999 – disponível em http://www.unesco.org.br/publicacoes/copy_of_pdf/decciencia.pdf (acesso em 24/06/06). Considerando a possibilidade da ciência de “produzir retornos significativos para o crescimento econômico, para o desenvolvimento humano sustentável, e para a redução da pobreza, e que o futuro da humanidade tornar-se-á mais dependente da produção, da distribuição, e do uso equitativo do conhecimento”, são necessários “esforços especiais também para assegurar a plena participação dos grupos em desvantagem na ciência e na tecnologia. Tais esforços incluem: Remover as barreiras do sistema educacional; remover as barreiras do sistema de pesquisa, dentre outros (artigo 91).

²⁰ Contudo, os tratados de direitos humanos demandam seja proibida qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência.

sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”²¹. A Corte ainda destaca que o direito à informação apresenta uma dimensão individual e coletiva²².

Prevê o Pacto que os direitos sociais, econômicos e culturais apresentam realização progressiva. Vale dizer, são direitos que estão condicionados à atuação do Estado, que deve adotar todas as medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais²³, principalmente nos planos econômicos e técnicos, até o máximo de seus

²¹ Para a Corte Interamericana de Derechos Humanos: “La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”. (Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de Noviembre de 1985, par. 70).

²² Entende a Corte Interamericana: “En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: “ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (nota al pie n°. 16: La colegiación obligatoria de periodistas (arts.13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30.). Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención.” (Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros) vs. Chile. Sentencia de 5 de Febrero de 2001, pars. 64 a 67).

²³ “O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais consagra três previsões que podem ser interpretadas no sentido de sustentar uma obrigação por parte dos Estados-partes ricos de prover assistência aos Estados-partes pobres, não dotados de recursos para satisfazer as obrigações decorrentes do Pacto. O artigo 2 (1) contempla a frase “individualmente ou através de assistência internacional e cooperação, especialmente econômica e técnica. A segunda é a previsão do artigo 11 (1), de acordo com a qual os Estados-partes concordam em adotar medidas apropriadas para assegurar a plena realização do direito à adequada condição de vida, reconhecendo para este efeito a importância da cooperação internacional baseada no livre consenso. Similarmente, no artigo 11 (2) os Estados-partes concordam em adotar “individualmente ou por meio de cooperação internacional medidas relevantes para assegurar o direito de estar livre da fome.” (Philip

recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização desses direitos (artigo 2º, parágrafo 1º do Pacto). O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em sua Recomendação Geral n.03²⁴, a respeito da natureza das obrigações estatais concernentes ao artigo 2o, parágrafo 1o do Pacto, afirmou que, se a expressão “realização progressiva” constitui um reconhecimento do fato de que a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais não pode ser alcançada em um curto período de tempo, esta expressão deve ser interpretada à luz de seu objetivo central, que é estabelecer claras obrigações aos Estados-partes, no sentido de adotarem medidas, tão rapidamente quanto possível, para a realização destes direitos. Essas medidas devem ser deliberadas, concretas e focadas o mais claramente possível em direção à satisfação das obrigações contidas no Pacto. Da aplicação progressiva dos econômicos, sociais e culturais resulta a cláusula de proibição do retrocesso social em matéria de direitos sociais.

Há um “minimum core obligation”²⁵ concernente aos direitos econômicos, sociais e culturais a ser implementado pelos Estados, na medida em que devem assegurar o núcleo essencial destes direitos.²⁶

Alston e Gerard Quinn, *The Nature and Scope of States Parties' obligations under the ICESCR*, 9 Human Rights Quarterly 156, 1987, p.186, apud Henry Steiner e Philip Alston, *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*, second edition, Oxford, Oxford University Press, 2000, p.1327).

²⁴ Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, General Comment n.3, UN doc. E/1991/23, 1990. No tocante aos meios que devem ser utilizados para a progressiva implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que se consubstanciam na “obrigação de comportamento”, a Recomendação Geral nº 3 enuncia que: “3. Os meios que devem ser usados para satisfazer a obrigação de adotar medidas estão estabelecidos no parágrafo 1º do artigo 2º que são “todos os meios apropriados, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”. O Comitê reconhece que muitas vezes a legislação é altamente desejável e em alguns casos pode ser até mesmo indispensável. Por exemplo, pode ser difícil combater com êxito a discriminação na ausência de uma base legislativa sólida para a adoção das medidas necessárias. Em áreas como saúde, a proteção da infância e maternidade, a educação, assim como em relação às questões contempladas nos artigos 6º a 9º, a legislação pode ser também indispensável para muitos propósitos. 4. (...) É importante enfatizar, entretanto, que a adoção de medidas legislativas, como previsto no Pacto, não exaure as obrigações dos Estados-partes. Ao contrário, à frase “por todos os meios apropriados” deve ser atribuído seu significado mais amplo. Enquanto cada Estado-parte deve decidir por si mesmo quais meios são os mais apropriados sob as circunstâncias com relação a cada um dos direitos, a “adequação” dos meios escolhidos não será sempre evidente. Assim é desejável que os relatórios dos Estados-partes indiquem não apenas as medidas adotadas mais também as razões pelas quais elas foram consideradas as mais “apropriadas” sob as circunstâncias. 5. Entre as medidas que podem ser consideradas apropriadas, em complementação à legislativa, está a previsão de remédios judiciais no que diz respeito a direitos que, de acordo com o sistema jurídico nacional, podem ser considerados justiciáveis. O Comitê observa, por exemplo, que o gozo dos direitos reconhecidos, sem discriminação, fomentar-se-á de maneira apropriada, em parte mediante a previsão de recursos judiciais e outros recursos efetivos.

²⁵ Acerca da obrigação de assegurar ao menos os níveis essenciais de cada direito previsto no Pacto, a Recomendação Geral nº 3 enuncia que: “10. (...) o Comitê entende que corresponde a cada Estado-parte uma

O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em sua Recomendação Geral n.12, realça as obrigações do Estado no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais: respeitar, proteger e implementar. Quanto à obrigação de respeitar, obsta ao Estado que viole tais direitos. No que tange à obrigação de proteger, cabe ao Estado evitar e impedir que terceiros (atores não-estatais) violem estes direitos.

Finalmente, a obrigação de implementar demanda do Estado a adoção de medidas voltadas à realização destes direitos.

Deste modo, a proteção ao direito à propriedade intelectual não pode inviabilizar e comprometer o dever dos Estados-partes de respeitar, proteger e implementar os direitos econômicos, sociais e culturais assegurados pelo mesmo Pacto.

Além dos Estados-partes buscarem o balanço adequado destes direitos, com o razoável equilíbrio entre a proteção do interesse privado do autor e do interesse público concernente à proteção dos direitos sociais, frisa o Comitê que a propriedade intelectual é um produto social, apresentando uma função social. Deve, portanto, ser avaliado o impacto

obrigação mínima [“minimum core obligation”] de assegurar a satisfação de, pelo menos, níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos. Assim, por exemplo, um Estado-parte no qual um número significativo de indivíduos esteja privado de uma alimentação adequada, de cuidados médicos essenciais, de abrigo e moradia, ou das mais básicas formas de educação está, *prima facie*, descumprindo as obrigações contidas no Pacto. Se o Pacto fosse lido de um modo a não estabelecer obrigações mínimas, seria ele completamente privado de *raison d’ être* [razão de ser]. Analogamente, há de se advertir que toda avaliação de um Estado estar cumprindo sua obrigação mínima deve levar em conta também as limitações de recursos que se aplicam ao país de que se trata. O parágrafo 1º do artigo 2º obriga cada Estado-parte a adotar as medidas necessárias “até o máximo de seus recursos disponíveis”. Para que um Estado-parte seja capaz de atribuir a sua incapacidade de assegurar ao menos obrigações mínimas à inexistência de recursos disponíveis, deve demonstrar que todos os esforços foram feitos para usar todos os recursos que estão à sua disposição para satisfazer, com prioridade, aquelas obrigações mínimas.

²⁶ Para Antônio Augusto Cançado Trindade: “Não há qualquer impossibilidade lógica ou jurídica para que assim se proceda. Há que garantir a justiciabilidade dos direitos econômicos e sociais, a começar pelo princípio da não-discriminação. Por que motivo em relação aos direitos políticos são há muito condenadas práticas discriminatórias, as quais, em relação aos direitos econômicos e sociais, persistem e parecem ser toleradas como supostas realidades lamentáveis e inevitáveis? Há que se submeter à justiciabilidade decisões governamentais e de organismos financeiros internacionais que, à guisa de resolver “problemas econômicos”, condenam ao empobrecimento, ao desemprego e à fome, se não a médio ou longo prazo à miséria e à morte, milhares de seres humanos. Se é certo que a vigência de muitos direitos econômicos e sociais é de “realização progressiva”, também é certo que tal vigência requer medidas imediatas por parte dos Estados, certas obrigações mínimas em relação a um núcleo de direitos de subsistência (direitos à alimentação, à moradia, à saúde, à educação, somados ao direito ao trabalho), quanto pouco para neutralizar os efeitos devastadores de políticas recessivas, particularmente sobre os segmentos mais carentes ou vulneráveis da população”. Antônio Augusto Cançado Trindade, *Direitos econômicos e sociais*, p. 710-711.

no campo dos direitos humanos dos regimes jurídicos de proteção da propriedade intelectual.

Afirma o Comitê: “Ultimately, intellectual property is a social product and has a social function. States parties thus have a duty to prevent unreasonably high costs for access to essential medicines, plant seeds or other means of food production, or for schoolbooks and learning materials, from undermining the rights of large segments of the population to health, food and education. Moreover, States parties should prevent the use of scientific and technical progress for purposes contrary to human rights and dignity, including the rights to life, health and privacy, e.g. by excluding inventions from patentability whenever their commercialization would jeopardize the full realization of these rights. States parties should, in particular, consider to what extent the patenting of the human body and its parts would affect their obligations under the Covenant or under other relevant international human rights instruments. States parties should also consider undertaking human rights impact assessments prior to the adoption and after a period of implementation of legislation for the protection of the moral and material interests resulting from one’s scientific, literary or artistic productions”.

Conclui o Comitê: “In conformity with other human rights instruments, as well as international agreements on the protection of the moral and material interests resulting from one’s scientific, literary or artistic productions, the Committee considers that article 15, paragraph 1 (c), of the Covenant entails at least the following core

obligations, which are of immediate effect: (...) (e) To strike an adequate balance between the effective protection of the moral and material interests of authors and States parties’ obligations in relation to the rights to food, health and education, as well as the rights to take part in cultural life and to enjoy the benefits of scientific progress and its applications, or any other right recognized in the Covenant.”

Na visão do Comitê os próprios delineamentos conceituais do direito à propriedade intelectual não de ser redefinidos considerando a necessária proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais. Isto é, à luz dos direitos humanos, o direito à propriedade intelectual cumpre uma função social, que não pode ser obstada em virtude de uma concepção privatista deste direito que eleja a preponderância incondicional dos direitos do autor em detrimento da implementação dos direitos sociais, como o são, por exemplo, à

saúde, à educação e à alimentação. Observe-se ainda que, via de regra, o conflito não envolve os direitos do autor *versus* os direitos sociais de toda uma coletividade; mas, sim, o conflito entre os direitos de exploração comercial (por vezes abusiva) e os direitos sociais da coletividade.

Nesse sentido, o Comitê demanda seja considerado o impacto no campo dos direitos humanos de legislação protetiva dos interesses morais e materiais do autor decorrentes de sua produção científica, literária ou artística. Reitere-se que, muitas vezes, quem exerce esse direito não é propriamente o autor/inventor, mas as grandes empresas a preços abusivos ou como reserva de mercado via estratégias de patenteamento. Adiciona que o impacto no que tange aos direitos humanos deve ser avaliado anteriormente à adoção do regime jurídico e após um período de implementação da legislação. Atenta que o regime de patentes não pode comprometer a plena realização dos direitos humanos enunciados no Pacto e nos demais tratados internacionais de proteção²⁷.

Extraí-se, assim, o dever dos Estados de alcançar um balanço adequado entre a proteção efetiva dos direitos do autor/inventor (lembrando que, via de regra, quem acaba por prejudicar os interesses sociais e os direitos humanos são os detentores dos direitos de exploração comercial de determinada obra ou invento) e a proteção dos direitos sociais à educação, alimentação e saúde, bem como aos direitos culturais e de desfrute dos

²⁷ A respeito, merece destaque o artigo 27 do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), ao estabelecer que:

“1. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2 e 3 abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4 do Artigo 65, no parágrafo 8 do Artigo 70 e no parágrafo 3 deste Artigo, as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente.

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

3. Os Membros também podem considerar como não patenteáveis:

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

progressos científicos. Nesta ponderação de bens²⁸, o direito à proteção da propriedade intelectual não deve ser considerado ilimitado ou absoluto, na medida em que a propriedade intelectual tem uma função social. Os regimes jurídicos de proteção da propriedade intelectual devem ser analisados sob a perspectiva de seu impacto no campo dos direitos humanos.

O próprio acordo TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) endossa este necessário juízo de ponderação, ao estabelecer como objetivo “contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e disseminação de tecnologia, para a vantagem mútua dos produtores e usuários do conhecimento tecnológico, e de tal maneira que possa levar ao bem estar econômico e social e ao balanço de direitos e obrigações” (artigo 7o). Nos termos do artigo 8o, cabe aos Estados membros reformar suas legislações de propriedade intelectual, no sentido de adotarem medidas necessárias para proteger a saúde pública e nutrição e para promover o interesse público em setores de vital importância para o desenvolvimento socioeconômico e tecnológico, desde que compatíveis com o acordo.

A Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública, adotada na Quarta Conferência Ministerial da OMC, de 09 a 14 de novembro de 2001, representou uma mudança de paradigma nas relações comerciais internacionais, ao reconhecer que os direitos de propriedade intelectual não são absolutos, nem superiores, aos outros direitos fundamentais. Reconheceu, ainda, a gravidade dos problemas de saúde pública que afligem países pouco desenvolvidos e em desenvolvimento (como Aids, tuberculose, malária e outras epidemias), refletindo as preocupações desses países sobre as implicações do acordo TRIPS em relação à saúde pública em geral.

Importa ainda acrescer que, em se tratando de direitos de povos indígenas ou de minorias culturais, este juízo de ponderação há de considerar as vulnerabilidades e as especificidades dos direitos dos grupos envolvidos, conferindo-lhes especial proteção, bem como o direito à informação e à participação destes grupos nos processos decisórios afetos

²⁸ Tal ponderação de bens deve guiar-se pelo princípio da proporcionalidade, em sua tripla dimensão – adequação, necessidade e proporcionalidade estrita. O princípio da proporcionalidade requer adequação entre o fim perseguido e o meio empregado, havendo a proibição de excesso.

ao regime de proteção da propriedade intelectual, considerando ainda a ótica coletivista dos direitos dos povos indígenas.

Com efeito, no que se refere especificamente ao conhecimento tradicional dos povos indígenas, realça o Comitê: “(...) In adopting measures to protect scientific, literary and artistic productions of indigenous peoples, States parties should take into account their preferences. Such protection might include the adoption of measures to recognize, register and protect the individual or collective authorship of indigenous peoples under national intellectual property rights regimes and should prevent the unauthorized use of scientific, literary and artistic productions of indigenous peoples by third parties. In implementing these protection measures, States parties should respect the principle of free, prior and informed consent of the indigenous authors concerned and the oral or other customary forms of transmission of scientific, literary or artistic production; where appropriate, they should provide for the collective administration by indigenous peoples of the benefits derived from their productions.”²⁹

²⁹ A título de exemplo, note-se que o IDCID (Instituto do Direito ao Comércio Internacional) promoveu ação de cancelamento da marca CUPUAÇU, nº 4126269, depositada em nome da empresa japonesa ASAHI Foods Co. Ltd., junto ao escritório de marcas do Japão. Em razão do sucesso obtido, a decisão pode ser tida como *leading case* na defesa dos recursos biológicos e dos conhecimentos tradicionais apropriados indevidamente por entidades privadas. (de acordo com <http://www.idcid.org.br/default.asp?sec=2>). Recomendações sobre conhecimento tradicional de povos indígenas constam de documento preparado pela Secretaria do Fórum Permanente sobre Populações Indígenas, da Comissão de Direitos Humanos da ONU – Review of developments pertaining to the promotion and protection of the rights of indigenous peoples, including their HR and fundamental freedoms (E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/CRP.4) – disponível em: <http://www.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/wgip23/crp4.doc> (acesso em: 7/07/06): “36. The Forum encourages the World Intellectual Property Organization (WIPO) and its member States to take practical steps to ensure that the inappropriate and unauthorized documentation and publication of traditional knowledge and traditional cultural expressions/folklore does not occur, and to reinforce the capacity of indigenous peoples and local communities to make informed decisions in their own interests concerning whether and how documentation should be issued, including through the development of practical toolkits and guides which should have this as their aim. 37. Recognizing the important partnership of WIPO and the Forum, the Forum makes the following recommendations to further this working relationship: (a) The Forum strongly encourages representatives of indigenous peoples and local communities to participate actively in the work of WIPO in relation to genetic resources, traditional knowledge and traditional cultural expressions/ folklore, in particular through the submission of comments, case studies and position papers, including on the new WIPO web page established for this purpose; (b) The Forum calls upon WIPO and member States, funds, foundations and other donors to provide funding to facilitate the participation of indigenous peoples, local communities and the Forum in sessions of the WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore and in related consultations, caucuses, briefings and workshops; (d) The Forum confirms its readiness and willingness to provide expert input to the work of WIPO on intellectual property, traditional knowledge and folklore, such as its work on studying how customary and indigenous laws and protocols could be recognized and applied within national, regional and international systems for the protection of traditional knowledge and cultural expressions.”

Na mesma direção, a fim de proteger os direitos das minorias nos campos cultural e científico, acrescenta o Comitê: “States parties in which ethnic, religious or linguistic minorities exist are under an obligation to protect the moral and material interests of authors belonging to these minorities through special measures to preserve the distinctive character of minority cultures”.

Portanto, com relação à produção literária, científica e artística dos povos indígenas e das minorias étnicas, religiosas e lingüísticas, o Comitê encoraja os Estados-partes a adotarem medidas protetivas especiais e um regime jurídico peculiar, que considere as especificidades, vulnerabilidades e o protagonismo destes grupos, visando à proteção especial de seus direitos coletivos. Isto é, propõe-se aos Estados-partes a adoção de um regime jurídico específico em matéria de propriedade intelectual para a proteção de conhecimentos tradicionais. O respeito e proteção aos direitos dos povos indígenas devem ser observados, ainda, pelos demais tratados de natureza comercial (como o TRIPs, dentre outros) .

Note-se que, relativamente à diversidade biológica, os Estados têm sido encorajados ao “disclosure of relevant traditional knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity in applications for intellectual property rights, where an invention concerns or makes use of such knowledge in its development”³⁰.

Quanto aos direitos dos povos indígenas, destaca-se também relevante decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, proferida em 2001, no caso da comunidade indígena Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua³¹. Neste caso, Corte Interamericana reconheceu os direitos dos povos indígenas à propriedade coletiva da terra, como uma tradição comunitária, e como um direito fundamental e básico à sua cultura, à sua vida espiritual, à sua integridade e à sua sobrevivência econômica. Acrescentou que para os povos indígenas a relação com a terra não é somente uma questão de posse e produção,

³⁰ Ver The “State of the Debate” on Traditional Knowledge, background note prepared by the UNCTAD secretariat, International Seminar on Systems for the protection and commercialization of traditional knowledge, in particular traditional medicines, New Delhi, 3-5 abril, 2002.

³¹ Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Inter-American Court, 2001, Ser. C, n.79.

mas um elemento material e espiritual de que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras.

Em outro caso – comunidade indígena Yakye Axa contra o Paraguai³² – a Corte Interamericana, em decisão proferida em 2005, sustentou que os povos indígenas têm direito a medidas específicas que garantam o acesso aos serviços de saúde, que devem ser apropriados sob a perspectiva cultural, incluindo cuidados preventivos, práticas curativas e medicinas tradicionais. Adicionou que para os povos indígenas a saúde apresenta uma dimensão coletiva, sendo que a ruptura de sua relação simbiótica com a terra exerce um efeito prejudicial sobre a saúde destas populações. Entendeu a Corte que o Estado do Paraguai não havia garantido o direito à propriedade ancestral da comunidade indígena Yakye Axa e seus membros, o que os manteve em estado de vulnerabilidade alimentícia, médica e sanitária, que ameaçam de forma contínua a sobrevivência dos membros da comunidade e sua integridade.

Por fim, reitere-se que o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais realça o desenvolvimento da cooperação internacional e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura, com destaque ao acesso ao conhecimento e à transferência de tecnologia, como um fator essencial para a promoção de benefícios científicos e culturais. No que se refere à propriedade intelectual, com ênfase em sua dimensão social, há que ser reinventada a relação entre os hemisférios Norte/Sul, Sul/Sul e Sul/organismos internacionais, considerando a dimensão internacional do direito ao desenvolvimento.

Em 1986, foi adotada pela ONU a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento por 146 Estados, com um voto contrário (EUA) e 8 abstenções. Para Allan Rosas: “A respeito do conteúdo do direito ao desenvolvimento, três aspectos devem ser mencionados. Em primeiro lugar, a Declaração de 1986 endossa a importância da participação. (...) Em segundo lugar, a Declaração deve ser concebida no contexto das necessidades básicas de justiça social. (...) Em terceiro lugar, a Declaração enfatiza tanto a necessidade de adoção de programas e políticas nacionais, como da cooperação internacional. (...)”³³

³² Comunidad Yakye Axa vs. Paraguai, Inter-American Court, 2005, Ser. C, n.125.

³³ Allan Rosas, The Right to Development, In: Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995, p. 254-255.

Deste modo, o direito ao desenvolvimento compreende três dimensões:

a) a importância da participação, com realce ao componente democrático a orientar a formulação de políticas públicas, dotando-lhes maior transparência e accountability;

b) a proteção às necessidades básicas de justiça social, enunciando a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento que: “A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deve ser ativa participante e beneficiária do direito ao desenvolvimento.”;

c) a necessidade de adoção de programas e políticas nacionais, como de cooperação internacional – já que a efetiva cooperação internacional é essencial para prover aos países mais pobres meios que encorajem o direito ao desenvolvimento. A respeito, adiciona o artigo 4o da Declaração que os Estados têm o dever de adotar medidas, individualmente ou coletivamente, voltadas a formular políticas de desenvolvimento internacional, com vistas a facilitar a plena realização de direitos.

Ainda a respeito do direito ao desenvolvimento, cabe menção às metas do milênio (millennium development goals), adotadas por unanimidade pelos Estados membros da ONU, em setembro de 2000. Destacam-se oito metas: 1) erradicar a extrema pobreza e a fome; 2) alcançar a educação primária no âmbito universal; 3) promover a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres; 4) reduzir a mortalidade infantil; 5) melhorar a saúde materna; 6) combater o HIV/Aids, a malária e outras enfermidades; 7) assegurar a sustentabilidade ambiental; e 8) desenvolver uma parceria global voltada ao desenvolvimento. Com relação a esta última meta, a ONU acrescenta os objetivos de: a) prover o acesso a medicamentos essenciais aos países em desenvolvimento, em cooperação com a indústria farmacêutica; e b) viabilizar o acesso aos benefícios das novas tecnologias, especialmente no campo da informação e da comunicação, em cooperação com o setor privado³⁴. Às metas do milênio, soma-se o Consenso de Monterrey, adotado em março de 2002, na Conferência internacional sobre financiamento para o desenvolvimento,

³⁴ Disponível em <http://ddp-ext.worldbank.org/ext/GMIS>

que, de igual modo, realçou a demanda por “new partnership between developed and developing countries”, bem como a necessidade de fortalecer a cooperação técnica em prol do desenvolvimento.

Em uma arena global não mais marcada pela bipolaridade Leste/Oeste, mas sim pela bipolaridade Norte/Sul, abrangendo os países desenvolvidos e em desenvolvimento (sobretudo as regiões da América Latina, Ásia e África), é que se demanda uma globalização mais ética e solidária³⁵.

Se, tradicionalmente, a agenda de direitos humanos centrou-se na tutela de direitos civis e políticos, sob o forte impacto da “voz do Norte”, testemunha-se, atualmente, a ampliação desta agenda tradicional, que passa a incorporar novos direitos, com ênfase nos direitos econômicos, sociais e culturais e no direito ao desenvolvimento. Este processo permite ecoar a “voz própria do Sul”, capaz de revelar as preocupações, demandas e prioridades desta região.

Neste contexto, é fundamental consolidar e fortalecer o processo de afirmação dos direitos humanos, sob esta perspectiva integral, indivisível e interdependente. É sob esta perspectiva que há de ser revisitado o direito à propriedade intelectual.

Ao tratar da dicotomia Norte/Sul, no que tange à propriedade intelectual, afirma a Commission on Intellectual Property Rights: “On the one side, the developed world side, there exists a powerful lobby of those who believe that all IPRs are good for business, benefit the public at large and act as catalysts for technical progress. They believe and argue that, if IPRs are good, more IPRs must be better. On the other side, the developing

³⁵ A respeito dos ajustes econômicos estruturais, estabelece a Recomendação Geral n.2 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “Um aspecto que tem preocupado particularmente o Comitê ao examinar os relatórios apresentados pelos Estados-partes tem sido o efeito negativo da carga de dívida e das medidas conseqüentes de ajuste sobre o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais em muitos países. O Comitê reconhece que os programas de ajustes são muitas vezes inevitáveis e que são baseados em um elemento importante de austeridade. Entretanto, em tais circunstâncias, os esforços para proteger os direitos econômicos, sociais e culturais mais fundamentais adquirem uma urgência maior, não menor. Os Estados-partes no Pacto, assim como os organismos pertinentes das Nações Unidas, deveriam, pois, fazer particulares esforços para incorporar, o máximo possível, essa proteção nas políticas econômicas e nos programas destinados a levar a cabo o ajuste. Esta abordagem, que às vezes recebe o nome de “ajuste com rosto humano” ou promovendo “a dimensão humana do desenvolvimento” exige que a meta da proteção dos direitos dos pobres e carentes deveria ser um objetivo do ajuste econômico. Da mesma forma, nas medidas internacionais que sejam adotadas para solucionar a crise da dívida deveria ser levado plenamente em conta a necessidade de proteger os direitos econômicos, sociais e culturais mediante, entre outras coisas, a cooperação internacional. Em muitas situações, isso justificaria a necessidade de tomar iniciativas de grande magnitude para aliviar a dívida”.

world side, there exists a vociferous lobby of those who believe that IPRs are likely to cripple the development of local industry and technology, will harm the local population and benefit none but the developed world. They believe and argue that, if IPRs are bad, the fewer the better”³⁶.

Além de reinventar a relação Norte/Sul, há que se romper com os paradoxos que decorrem das tensões entre a tônica incluyente voltada para a promoção dos direitos humanos, consagrada nos relevantes tratados de proteção dos direitos humanos da ONU (com destaque ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) e, por outro lado, a tônica excluyente ditada pela atuação especialmente do Fundo Monetário Internacional, na medida em que a sua política, orientada pela chamada “condicionalidade”, submete países em desenvolvimento a modelos de ajuste estrutural incompatíveis com os direitos humanos³⁷. Há que se fortalecer ainda a democratização, a transparência e a *accountability* destas instituições³⁸. Note-se que 48% do poder de voto no FMI concentra-

³⁶ Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy, Report of the Commission on Intellectual Property Rights, Executive Summary, London, September, 2002.

³⁷ Afirma Jeffrey Sachs: “Aproximadamente 700 milhões de pessoas – as mais empobrecidas – estão em débito perante os países ricos. Os chamados “Highly Indebted Poor Countries” (países pobres altamente endividados) compõem um grupo de quarenta e duas economias financeiramente falidas e largamente desestruturadas. Eles devem mais de \$100 milhões em dívida não paga ao Banco Mundial, ao Fundo Monetário Internacional, a demais Bancos de desenvolvimento e governos (...). Muitos deste empréstimos foram feitos em regimes tirânicos para responder aos propósitos da Guerra Fria. Muitos refletem idéias equivocadas do passado. (...) O Jubileu 2000, uma organização que tem o apoio de pessoas tão diversas como o Papa João Paulo II, Jesse Jackson e Bono, o cantor de rock, tem defendido a eliminação da dívida externa dos países mais pobres do mundo. A idéia é frequentemente vista como irrealista, mas são os realistas que fracassam ao compreender as oportunidades econômicas da ordem contemporânea. (...) Em 1996 o FMI e o Banco Mundial anunciaram um programa de grande impacto, mas sem prover um diálogo verdadeiro com os países afetados. Três anos depois, estes planos fracassaram. Apenas 2 países, Bolívia e Uganda, receberam \$200 milhões, enquanto que 40 países aguardam na fila. No mesmo período, a bolsa de valores dos países ricos cresceu mais de \$5 trilhões, mais que 50 vezes que o débito dos quarenta e dois países pobres. Assim, é um jogo cruel dos países mais ricos do mundo protestar que eles não teriam como cancelar as dívidas.” (Jeffrey Sachs, *Release the Poorest Countries for Debt Bondage*, International Herald Tribune, 12 e 13 de junho de 1999, p.8, apud Henry Steiner e Philip Alston, *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*, second edition, Oxford, Oxford University Press, 2000, p.1329-1330).

³⁸ A respeito, consultar Joseph E. Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, New York/London, WW Norton Company, 2003. Para o autor: “Quando as crises avançam, o FMI prescreve medidas inapropriadas, soluções padronizadas, sem considerar os efeitos que tais medidas possam ter nas populações dos países que seguem tais políticas. Raramente há previsões acerca do impacto destas políticas na pobreza. Raramente assisti a discussões e análises aprofundadas acerca das consequências de políticas alternativas. Há uma prescrição única. Opiniões alternativas não são buscadas. Uma discussão aberta e franca é desencorajada – não há espaço para isto. Ideologias guiam as prescrições de políticas e há a expectativa de que países sigam as orientações do FMI sem contestação. (...) Estas atitudes não apenas produzem resultados precários; mas são ainda anti-

nas mãos de 7 Estados (EUA, Japão, França, Inglaterra, Arábia Saudita, China e Rússia), enquanto que no Banco Mundial 46% do poder de voto concentra-se nas mãos também destes mesmos Estados³⁹. Na percepção crítica de Joseph E. Stiglitz: “(...) temos um sistema que poderia ser chamado de governança global sem, contudo, um governo global; um sistema no qual poucas instituições – o Banco Mundial, o FMI e a OMC – e poucos atores – os Ministros das Finanças e do Comércio, intimamente ligados a certos interesses financeiros e comerciais – dominam o cenário; um sistema em que muitos daqueles afetados por suas decisões são deixados praticamente sem voz. É tempo de transformar algumas das regras que governam a ordem econômica internacional (...)”⁴⁰.

No que se refere ao setor privado, há também a necessidade de acentuar sua responsabilidade social, especialmente das empresas multinacionais, na medida em que constituem as grandes beneficiárias do processo de globalização, bastando citar que das 100 (cem) maiores economias mundiais, 51 (cinquenta e uma) são empresas multinacionais e 49 (quarenta e nove) são Estados nacionais. Por exemplo, importa encorajar sejam condicionados empréstimos internacionais a compromissos em direitos humanos; sejam elaborados por empresas códigos de direitos humanos relativos à atividade de comércio; sejam impostas sanções comerciais a empresas violadoras dos direitos sociais, dentre outras medidas⁴¹. A estas propostas, adiciona-se a necessidade de adoção de políticas de inovação

democráticas.”(op.cit. p.XIV). 39 A respeito, consultar *Human Development Report 2002*, UNDP, New York/Oxford, Oxford University Press, 2002.

³⁹ A respeito, consultar *Human Development Report 2002*, UNDP, New York/Oxford, Oxford University Press, 2002.

⁴⁰ Joseph E. Stiglitz, op.cit.p.21-22.

⁴¹ Ver Stephen Livingstone, *Economic Strategies for the Enforcement of Human Rights*, In: Angela Hegarty e Siobhan Leonard (org.), *Human Rights: An Agenda for the 21st Century*, London/Sidney, Cavendish Publishing Limited, 1999, p.187. Afirma o mesmo autor: “Tanto os Estados Unidos, como a União Européia, os maiores doadores mundiais, têm previsões legais relativas a empréstimos estrangeiros, que levam em consideração questões de direitos humanos”. (op. cit. p.187). Acrescenta ainda que: “Em média, 10% das empresas norte-americanas adotaram alguma forma de cláusula de responsabilidade social” (op. cit. p.194). A respeito, observa Jack Scheinkman: “Quando Portugal e Espanha desejaram integrar a União Européia, após a queda dos respectivos regimes ditatoriais, a União Européia impôs determinadas condições. Elas incluíam não apenas direitos como a liberdade de associação, mas a observância de parâmetros trabalhistas. Nos EUA, algo semelhante tem sido feito, em certa medida, por meio da USAID, que não concede empréstimo econômico a nenhum país que não respeitar os direitos trabalhistas.” (In: Human Rights Program/Harvard Law School e Lawyers Committee for Human Rights, *Business and Human Rights – An Interdisciplinary discussion held at Harvard Law School in December 1997*, Harvard Law School Human Rights Program, 1999, p.87). Adiciona Jack Scheinkman: “As pesquisas demonstram que nos EUA e na Europa Ocidental a maioria dos consumidores não quer comprar produtos fabricados mediante trabalho infantil; por isso, as empresas têm

e de controle da concorrência, que permitam o equilíbrio entre os objetivos da propriedade intelectual e os direitos humanos.

4. Direitos Humanos e Propriedade Intelectual: Desafios e Perspectivas

Em face do sistema internacional de proteção dos direitos humanos emerge o processo de redefinição do alcance e do sentido do direito à propriedade intelectual. Neste processo de redefinição, destacam-se sete conclusões:

1) os contornos conceituais do direito à propriedade intelectual devem considerar sua função social, transitando, assim, de um paradigma liberal individualista exclusivamente protetivo dos direitos do autor relativamente à sua produção artística, científica e literária para um paradigma coletivista que contemple as dimensões sociais do direito à propriedade intelectual, bem como do direito à propriedade industrial, que tem dentre seus objetivos principais o incentivo à inovação⁴².

2) à luz deste novo paradigma, há que se buscar um adequado equilíbrio entre a proteção dos direitos do autor relativamente à sua produção artística, científica e literária e os direitos sociais à saúde, à educação e à alimentação assegurados pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e pelos demais tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Ressalte-se que os Estados-partes assumem o dever jurídico de respeitar, proteger e implementar tais direitos, garantindo um “minimum core obligation” afeto aos direitos sociais, bem como o dever de promover a aplicação progressiva destes direitos, vedado retrocesso social. Daí a necessidade de compatibilizar os tratados de natureza comercial à luz dos parâmetros protetivos mínimos consagrados

adotado standards. (...) Muitas empresas têm adotado standards exclusivamente em razão da opinião pública.” (op. cit. p. 20). Para Mary Robinson: “As grandes multinacionais têm o poder de trazer grandes benefícios para as comunidades carentes, mas também têm o poder de causar profundos malefícios, como a degradação ambiental, a exploração das comunidades economicamente fracas e o uso do trabalho infantil. Nos últimos anos tem crescido a consciência do setor privado de que é necessário assumir responsabilidades no campo dos direitos humanos. (...) O setor privado tem incorporado os direitos humanos mediante códigos éticos internos, códigos de conduta, acordos setoriais a respeito do trabalho infantil, ou mesmo, códigos mais amplos como o Social Accountability 8000, o International Code of Ethics for Canadian Business e o new Sullivan principles.” (Mary Robinson, Constructing an International Financial, Trade and Development Architecture: The Human Rights Dimension, Zurich, 1 July 1999, www.unhchr.org)

⁴² Se, de um lado, argumenta-se ser necessário conferir proteção ao investimento realizado, o exercício abusivo do direito à propriedade industrial que leve a um protecionismo exacerbado e injustificável (possibilitado pela flexibilização dos requisitos de patenteamento) acaba por ser contrário ao próprio investimento realizado, considerando as barreiras criadas ao mercado a médio e longo prazo.

pelos tratados de direitos humanos, observando-se que, gradativamente, as dimensões e preocupações relacionadas à proteção dos direitos humanos têm sido incorporadas pelos tratados comerciais. Note-se, ainda, que, via de regra, o conflito não envolve os direitos do autor *versus* os direitos sociais de toda uma coletividade; mas, sim, o conflito entre os direitos de exploração comercial (por vezes abusiva) e os direitos sociais da coletividade.

3) os regimes jurídicos de proteção ao direito à propriedade intelectual devem ser avaliados no que concerne ao impacto que produzem no campo dos direitos humanos, anteriormente à sua implementação e após determinado período temporal;

4) medidas protetivas especiais devem ser adotadas em prol da proteção da produção científica, artística e literária de povos indígenas e de minorias étnicas, religiosas e linguísticas, considerando as peculiaridades, singularidades e vulnerabilidades destes grupos, bem como a proteção de seus direitos coletivos, assegurado o seu direito à informação e à participação nos processos decisórios afetos ao regime de proteção da propriedade intelectual;

5) a cooperação internacional e uma nova relação entre os hemisférios Norte/Sul, Sul/Sul e Sul/organismos internacionais são essenciais para avanços no campo cultural e científico, com destaque ao acesso ao conhecimento e à efetiva transferência de tecnologia, sob a inspiração do direito ao desenvolvimento. Deve ser encorajada a remoção de

barreiras ao sistema educacional e de pesquisa, considerando a possibilidade da ciência

produzir avanços ao crescimento econômico, ao desenvolvimento humano sustentável e à

redução da pobreza⁴³.

⁴³ Como observa a Commission on Intellectual Property Rights: “Intellectual property systems may, if we are not careful, introduce distortions that are detrimental to the interests of developing countries. Developed countries should pay more attention to reconciling their commercial self-interests with the need to reduce poverty in developing countries, which is in everyone’s interest. Higher IP standards should not be pressed on developing countries without a serious and objective assessment of their impact on development and poor people. We need to ensure that the global IP system evolves so that the needs of developing countries are incorporated and, most importantly, so that it contributes to the reduction of poverty in developing countries by stimulating innovation and technology transfer to them, while also making available the products of technology at the most competitive prices possible.” (Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy, Report of the Commission on Intellectual Property Rights, Executive Summary, London, September, 2002, p. 03).

6) o direito ao acesso à informação surge como um direito humano fundamental em uma sociedade global em que o bem estar e o desenvolvimento estão condicionados, cada vez mais, pela produção, distribuição e uso equitativo da informação, do conhecimento e da cultura. Destacam-se, nesta direção, importantes iniciativas de um “emerging countermovement”,⁴⁴, cabendo menção, a título exemplificativo, à Wikipedia; ao Creative Commons; à FLOSS, dentre outras, que objetivam transformar o paradigma tradicional vigente acerca da propriedade intelectual, tornando-a mais acessível, democrática e plural, eliminando, assim, barreiras ao acesso à informação;

7) há desafio de redefinir do direito à propriedade intelectual à luz da concepção contemporânea dos direitos humanos, da indivisibilidade, interdependência e integralidade destes direitos, com especial destaque aos direitos econômicos, sociais e culturais e ao direito ao desenvolvimento, na construção de uma sociedade de aberta, justa, livre e plural, pautada por uma democracia cultural emancipatória.

*Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha); visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), procuradora do Estado de São Paulo, membro do CLADEM (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher), membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e membro da SUR – Human Rights University Network.

⁴⁴ A respeito ver Yochai Benkler, Access to Knowledge, Ford Foundation, 21 de setembro de 2006.

Disponível em:

http://www.culturalivre.org.br/index.php?option=com_content&task=blogsection&id=9&Itemid=47

Acesso: 18 de maio de 2007