

DIREITO DE PATENTE E A INVISIBILIDADE DO CONHECIMENTO

TRADICIONAL: o caso da *Bauhinia sp.*¹ // Marcos Vinício Chein Feres¹ e João Vitor de Freitas Moreira²

Palavras-chave

conhecimento tradicional / direito de patente / *Bauhinia sp.*

////////////////////////////////////

Sumário

- 1 **Introdução**
- 2 **Desenvolvimento teórico-metodológico.**
- 3 **O tradicional a partir de princípios legais**
- 4 **Estudo empírico**
- 5 **Discussão de resultados e conclusão**
- 6 **Referências**

Resumo

O presente artigo visa a discutir o direito de patente e a problemática do conhecimento tradicional associado à biodiversidade a partir de uma abordagem empírico-qualitativa. Para tanto, parte-se de um viés crítico estruturante relacionado às concepções de Zenon Bankowski sobre Direito e amor, combinadas com as análises da construção da identidade moderna expostas por Charles Taylor. Trata-se de pesquisa empírica estruturada em coleta de dados na OMPI (Organização Mundial de Propriedade Intelectual) de patentes referentes à *Bauhinia sp.*, tradicionalmente conhecida como pata-de-vaca, para posterior tabelamento de modo a sistematizar os dados e, assim, viabilizar o processo inferencial do tipo descritivo e/ou causal. Por fim, será argumentado, baseando-se nas inferências traçadas e com fins de validar a hipótese inicial, uma necessária revisão e ressignificação do direito de patente, tendo em vista que a atual sistemática desconhece o tradicional e acaba incentivando a prática de biopirataria.

1 Este trabalho tem o apoio financeiro e institucional do CNPq e da FAPEMIG. Agradecemos ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) pelo financiamento do projeto: "Proteção jurídica da biodiversidade amazônica: direito de patente, recursos genéticos e conhecimento tradicional".

2 Mestre e Doutor em Direito Econômico pela UFMG, Professor Associado da Faculdade de Direito da UFJF, Pesquisador de Produtividade PQ2 do CNPq.

3 Graduando em Direito pela UFJF, bolsista de Iniciação Científica pelo CNPq.

PATENT LAW AND THE INVISIBILITY OF TRADITIONAL

KNOWLEDGE: the case of *Bauhinia sp.* // Marcos Vinício Chein Feres and João

Vitor de Freitas Moreira

Keywords

traditional knowledge / patent right / *Bauhinia sp.*

////////////////////////////////////

Abstract

This paper aims to discuss patent law and the issue of traditional knowledge associated with biodiversity through an empirical qualitative study. In this context, we resort to the critical approach developed by Zenon Bankowski on Law and love as well as Charles Taylor's analysis of modern identity. The study was composed of an analysis of international treaties and domestic laws as well as data collected at the WIPO (World Intellectual Property Organization) website regarding the plant *Bauhinia sp.* and its therapeutic use. In addition, by analyzing the data collected in the course of the empirical study, we drew descriptive and casual inferences about the research question and the hypothesis, emphasizing the indispensability of the protection of traditional knowledge associated with traditional people. Finally, supported by the data collected in the study, it is possible to state that international agreements should be reviewed and, specifically, the interpretation of what traditional knowledge is should be modified, in order to avoid biopiracy and the invisibility of traditional peoples.

1 Introdução

Quando a legislação de maior repercussão com relação à patente foi criada na Grã-Bretanha no final do século XIX, tinha-se como intuito o incentivo ao investimento e ao desenvolvimento da indústria têxtil a partir da atribuição do monopólio a inventores de produtos ou processos. Essa tática tinha duas medidas: em primeiro lugar, o intuito era o de trazer para a Grã-Bretanha inventores que ajudariam a alcançar as metas de desenvolvimento econômico e, em segundo lugar, era o de promover a industrialização local e a difusão de técnicas de produção.⁴ A despeito de mais de 100 anos terem se passado, essa ainda é a base na qual se funda o direito de patente. Isso significa dizer, como se tentará demonstrar, que os parâmetros sociopolíticos com relação à patente têm um caráter econômico, pautado na atribuição do monopólio sobre o produto ou processo que visa à aplicabilidade industrial, assim como devem esses produtos ou processos se estruturarem em um passo inventivo. A linguagem pouco *sutil* permanece a mesma até os dias atuais.

Essa mesma linguagem hoje é de fácil identificação nas normas que regulamentam a matéria em questão, pois são reproduzidas em âmbito internacional e nacional. As normas mais importantes são o *Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property* (TRIPS); *Convention on Biological Diversity* (CBD); a Lei nº 9.279 de 25 de julho de 1996; a Medida Provisória nº 2.186-16 de 23 de agosto de 2001.⁵ Assim sendo, em um contexto abrangendo Comunidades Tradicionais e Conhecimento Tradicional associado à biodiversidade, essa linguagem legal a ser discutida poderá não contribuir para o debate de novos elementos em torno da Propriedade Intelectual, pois se tem de questionar quais são as relações e as consequências que estão implícitas no processo de concessão de patentes.

4 Exemplo retirado de Arcanjo (2000).

5 Deve-se atentar para o fato de que aqui se está trabalhando com a Medida Provisória recentemente revogada pelo marco da biodiversidade instaurado pela Lei 13.123 de 20 de Maio de 2015. Contudo, as discussões traçadas não estão em si comprometidas na medida em que elas se voltam para uma discussão paradigmática do que é propriamente legal. Isto não significa dizer que os parâmetros legais estarão em segundo plano, pois eles reproduzem grande parte do que se questiona neste artigo, inclusive o recente marco da biodiversidade.

Nesse sentido, o presente artigo se propõe a discutir como essas normas poderão contribuir para a depreciação do conhecimento tradicional ou, mais detidamente, a erosão das condições de produção de conhecimento local associado à biodiversidade (Carneiro da Cunha, 1999), além de fomentarem o processo de biopirataria e pilhagem de conhecimento. Assim, apresenta-se como problema de pesquisa as patentes relacionadas à *Bauhinia forficata* e à *Bauhinia sp.*, a serem coletadas na OMPI, que demonstram falhas na efetividade do atual sistema jurídico de propriedade intelectual, considerando a necessidade de salvaguarda do conhecimento tradicional – haja vista as comunidades locais que trabalham com a planta. Apresentar-se-á, pois, um parâmetro teórico-metodológico que será combinado com análise empírico-qualitativa.

Especificamente, será traçada, na primeira parte, uma discussão teórica que intenta explorar a tensão entre Direito e amor expostas por Zenon Bankowski. Esse debate se insere em um contexto legalista que necessita de profundo comprometimento com o processo de interpretação e averiguação das narrativas postas. Ademais, importante se torna esclarecer que todas essas possibilidades jurídicas contemporâneas estão mergulhadas em um debate moral, que dá base para construção do que Charles Taylor chamará de Identidade Moderna. A partir deste ponto, Epstein e King (2013) fornecem os caminhos metodológicos necessários para que se possa traçar inferências causais e/ou descritivas a partir do norte hipotético objetivado.

Com vistas a fortalecer todas as conclusões possíveis, adiciona-se uma segunda parte que traz uma coleta de dados relacionada à *Bauhinia forficata*, popularmente conhecida como pata-de-vaca. O estudo empírico resume-se à apresentação de tabelas que demonstram 12 patentes referentes ora à espécie (*Bauhinia forficata*), ora ao gênero (*Bauhinia sp.*). Esta pesquisa empírico-qualitativa fomentará as discussões traçadas sobre os caminhos teórico-metodológicos e levará a conclusões que tangenciam a ilegalidade e a ilegitimidade das patentes apresentadas, e, até mesmo, a ineficácia das normas supracitadas.

Posto isso, uma pergunta essencial de pesquisa deve ser exposta, uma vez que, como expõem Epstein e King (2013), a pesquisa científica exige um compro-

metimento do pesquisador com a confiabilidade do processo pelo qual os dados foram observados, tendo em vista que o trabalho científico deve ser *replicável* e que a pesquisa científica é um *empreendimento social*, além de que todo o conhecimento e toda a inferência na pesquisa é em si mesma *incerta* (Epstein e King, 2013). Nesse sentido, questiona-se: o sistema jurídico de propriedade intelectual nacional e internacional (a saber, CBD, TRIPs etc.) é efetivo (ou seja, cumpre os objetivos traçados e aos mesmos não se contrapõe) na garantia e na proteção do conhecimento tradicional? A partir daí, uma maior confiabilidade para realizar as inferências causais e descritivas sobre os dados tratados é possibilitada, levando em consideração que essas se inserem na perspectiva teórica delineada.

2 Desenvolvimento teórico-metodológico

A metodologia aplicada a esta pesquisa espelhou-se nas considerações feitas por Epstein e King (2013) sobre os parâmetros da pesquisa empírica em Direito, especialmente com relação às possibilidades inferenciais ligadas à empiria. O foco da investigação é o de analisar, avaliar e criticar os resultados das aplicações estritamente legalistas do direito de patente a partir de inferências a serem realizadas sobre o estudo da *Bauhinia sp.* ou pata-de-vaca.

Sendo assim, expor as regras da inferência que norteiam as conclusões sobre o caso empírico se torna necessário, uma vez que o grande objetivo dos trabalhos empíricos é o de realizar *inferências – obtidas pelo processo de utilizar os fatos que conhecemos para aprender sobre os fatos que desconhecemos* (Epstein e King, 2013). Segundo esses autores, as possíveis inferências se desenvolvem sobre dois eixos: as inferências descritivas e as inferências causais. As inferências descritivas podem ser entendidas como uma busca pela compreensão de um problema de pesquisa, mas também buscam expandir essa compreensão para outros contextos, isto é, a busca pela compreensão de um determinado fato proverá possibilidade de compreender sobre a relação de pesquisa em outro contexto. Decerto, com os dados/fatos que se conhece, quer se traçar uma característica sobre os dados/fatos que não se conhece. A inferência causal, por sua vez, leva em consideração o que os dados

coletados podem dizer sobre o objeto que se analisa. Como exemplo, pode-se adotar o objeto empírico a ser discutido nesse trabalho – análise de patentes da *Bauhinia sp.* – e levantar a seguinte pergunta: o que a legislação referente ao conhecimento tradicional acarretou? A partir dessa pergunta, assumimos as patentes coletadas (dados) como variantes causais, e então os resultados alcançados pela análise sobre as patentes serão as inferências causais traçadas sobre o objeto da pesquisa, a partir do qual se poderá responder à pergunta levantada.

Essas distinções nos processos inferenciais são indispensáveis para se alcançarem resultados e conclusões confiáveis e reproduzíveis por outros sujeitos científicos. Nessa perspectiva, considerando a dinâmica da *unobtrusive research*, descrita por Earl Babbie (Babbie, 2000), primeiramente, a análise de dados traçada estará limitada a informações públicas disponíveis no banco de dados do World Intellectual Property Organization (WIPO). Em segundo lugar, uma análise qualitativa dos dados relacionados a regulamentações específicas somadas a patentes de produtos naturais e nativos do Sudeste do Brasil é conduzida em sentido de confirmar ou descartar a hipótese inicial, sem desconsiderar as referências teóricas elaboradas. Por tal motivo, seguir os caminhos da pesquisa empírica é crucial, entretanto delimitar esse caminho se torna necessário. Fato que levou à escolha de um gênero vegetal específico da região Sudeste brasileira, mas de ocorrência nas áreas montanhosas da região Nordeste (Lorenzi, 2008), que é *Bauhinia forficata* (e seu gênero), tradicionalmente conhecida como pata-de-vaca. A escolha desse gênero se deu devido à continuação de um processo de pesquisa iniciado com o caso da *Phyllomedusa bicolor* – denunciado pelo site Amazonlink⁶ como biopirataria realizada sobre uma espécie nativa da Amazônia –, a partir do qual foi possível tomar conhecimento do gênero *Bauhinia sp.* em uma viagem institucional ao Instituto Brasileiro de Pesquisas Amazônicas. Nessa viagem institucional, foi elaborado diário de campo a partir do qual se extrai o gênero vegetal em questão para aprofundar o estudo sobre

6 O caso da Rã *Phyllomedusa bicolor* – Vacina do sapo. Disponível em: <<http://www.amazonlink.org/biopirataria/kampu.htm>>. Acesso em: 18 de mai. 2015.

a apropriação do conhecimento tradicional pelo conhecimento científico convencional.

Não obstante as anteriores explanações empíricas, é essencial delinear o referencial teórico que guiará todos os processos inferenciais no sentido qualitativo. Como ponto de partida, considerar-se-á o que significa *viver plenamente o direito*, que pode ter suas bases constituídas a partir da metáfora do caixa eletrônico empregada por Zenon Bankowski. A partir desta, o amor e o direito se articulam de tal forma que será possível chamar isso de legalidade (Bankowski, 2007). A metáfora do caixa eletrônico consiste em uma determinada situação na qual qualquer sujeito que tenha relações com um determinado banco possua um cartão magnético para realizar suas movimentações diante de um caixa eletrônico. Hipoteticamente, esse caixa eletrônico reage aos comandos que tenham correspondência, isto é, insiro meu cartão no caixa para retirar uma determinada quantia em dinheiro. Nesse sentido, o caixa eletrônico reagirá de acordo com duas situações: dar-lhe-á o dinheiro se houver correspondente e/ou se o limite diário não tiver sido excedido. Entretanto, Bankowski problematiza o fato, imaginando que um determinado sujeito encontra-se em uma situação extremamente difícil na qual necessita que o caixa eletrônico lhe dê dinheiro para uma urgência médica, mas extrapola os parâmetros das duas situações descritas. A resposta dada pelo caixa eletrônico é, obviamente, a negação do saque pretendido. Aqui não caberá qualquer gênero argumentativo: se não for possível a situação, o caixa eletrônico não concederá o dinheiro. “Começo a argumentar com a máquina, tendo em vista que minha necessidade é urgente. Imploro para a máquina me dar, por compaixão, o dinheiro necessário para minha necessidade, mas não tenho sucesso” (Bankowski, 2007, p. 119).

Essa metáfora exemplifica quais são as consequências de um comportamento típico do legalismo (Shklar, 1967), isto é, a reprodução de uma determinada disposição normativa geral e abstrata; a aplicação de uma norma de forma geral e abstrata a um caso concreto. Nessa situação emerge o que Judith Shklar denomina de *ethos* legalístico (Shklar, 1967) e Zenon Bankowski dela faz uso para teorizar os processos de invisibilidade dos indivíduos frente a um sistema ju-

rídico, o qual, transcrito para a Propriedade Intelectual e para as fronteiras do direito de patentes, funcionam como chave para a compreensão de alguns problemas que serão elencados. Mas, voltando agora para o problema do caixa eletrônico como elemento metafórico, o direito nas suas abstrações normativas tem o mesmo comportamento do caixa eletrônico que reifica os sujeitos de direito inseridos em qualquer sistema normativo. No caso do caixa eletrônico, o meio utilizado para a transação acaba por representar aquele ser humano por trás, isto é, “você se tornou o cartão. O cartão não mais representa você, é você. Você desapareceu e se tornou invisível” (Bankowski, 1996-1997, tradução nossa).

A partir do argumento levantado, tem-se que a relação do direito do ponto de vista de sua generalidade acaba não sendo a melhor das situações para alguns casos. Assim, o que se tem na contrapartida seria uma consideração constante do particular, lembrando certa lógica consuetudinária. Certamente isso poderia acarretar graves consequências ao sistema jurídico, ou até mesmo, sua extinção. O argumento de Bankowski derivado da metáfora pode aparentar ser um argumento contra o próprio direito.⁷ Isso porque o direito na sua forma universal:

(...) remove a mágica do mundo social produzindo previsibilidade e racionalidade. Isso é o que o caixa eletrônico revela. Isso é importante, mas o caixa eletrônico deve saber quando a mágica deve retornar. Quando é necessário parar o computador de meramente se repetir. Quando nós deveríamos tratar algo como problemático ou difícil. (Bankowski, 1996-1997, p. 40, tradução livre).⁸

7 Se ainda considerarmos como faz Pachukanis (1988), identificaremos uma estreita ligação com Bankowski, que o usa durante seu texto. O direito em Pachukanis seria um parte da superestrutura que se assenta sobre a base e a lógica da produção capitalista. Pachukanis cria uma argumentação contra o mercado e contra o próprio direito, identificando nesse um dualidade: determinado, pois é fruto da lógica de produção, mas também determinante, uma vez que dita padrões da própria lógica de produção.

8 No original: “takes the magic away from the social world by producing predictability and rationality. This is what the computer teller does. This is important, but the computer teller must know when the magic has to come back. When it is necessary to stop the “computer” merely repeating itself. When we should treat something as problematic or hard.”

Essas proposições, contudo, se tornam incoerentes nos seus próprios termos, pois o direito não pode permear todas as ilhas da particularidade. Entretanto, Bankowski se propõe a ir além em suas metáforas. Bankowski problematiza a situação, afirmando que se o indivíduo, reificado e invisível para o caixa eletrônico, encontrasse um atendente que o escutasse atento para necessidade daquele, a solução seria diversa. Nesse instante está acontecendo o fato que o autor descreve como ir além do cartão bancário, o atendente está tentando ver a pessoa real por trás do cartão, a voz que clama por compaixão em uma situação de emergência. “O caixa vai além do cartão bancário, porque a decisão que ele tomou é particular, tomada em um momento particular e em circunstâncias concretas” (Bankowski, 2007, p. 119, tradução livre). Se esse atendente se comovesse pela situação e fornecesse o dinheiro ao sujeito como expressão de sua compaixão, estaria o problema resolvido? Para aquela particularidade, sim. Todavia, se esse mesmo atendente se perdesse na expressão de seu amor para com o próximo, em seus julgamentos particulares, fornecendo dinheiro a todos que estivessem na situação hipotética? De onde viria o dinheiro? O banco não entraria em colapso? Portanto, a situação não se resolve, mas o problema apenas encontra novos elementos constitutivos.

Ao fim e ao cabo, corre-se o risco de ficar preso em um (objetividade) ou outro lado (subjetividade). Mas ao se articularem as esferas do legalismo e do amor, poder-se-á encontrar uma resposta naquilo que Bankowski denomina meio-termo. Há de se ressaltar que a expressão “amor” empregada não é a da lógica sensual ou sentimentalóide, isto é, o amor em Bankowski é uma palavra que conduz a significados como compaixão, ou atenção e consideração pelo outro, ou solidariedade. Mas o que isso significa? Como se pode entender o amor e o direito como complementares, se aquele representa, aos moldes aristotélicos, as paixões que desvirtuam o homem, e esse, a racionalidade e a correção? Decerto, o que Bankowski está nos proporcionando é uma razão prática, que foge aos ideais consequencialistas ou categóricos e, portanto, é extremamente inovador num contexto de um sistema fechado do direito.

O amor não exclui a legalidade (ou o direito). A bem da verdade, o *viver plenamente o direito* se encontra em um contexto legal, em que o geral e o abstrato se fazem necessários, mas não devem ser simplesmente reproduzidos, sem o devido processo de reconstrução crítica. O que fornece essa tomada de consciência é a percepção das narrativas que são postas⁹ para os diferentes encontros do direito com o particular. São nesses pontos que o amor se insere, considerando as adversidades do caso, para, de fato, refletir e transcender as fronteiras da lei e as interpretações puramente semânticas. Isso possibilita que a própria lei se reestruture, que o direito, assumindo o risco do amor, encontre-se em tensão construtiva constantemente.

Interessante se torna atentar para o fato de que essa visão está inserida em um campo de significação moral, que sustenta essas possibilidades reinterpretativas proporcionadas pelo caminhar sobre a ponte traçada pelo amor entre o universal e o particular, entre a autonomia e a heteronomia. Mas a questão é: se é confortável estar em algum dos lados, como o da objetividade, por que assumir o risco do amor?

Termino com uma fábula. Se todas as referências para o mundo exterior é interrompida pelo cartão inteligente [...], então você que eu vejo é algo construído por meu sistema. Moralmente isso significa que eu não o trato como nada além de meu instrumento – eu faço o que quero de você. Sou um tirano. Por que eu deveria fazer o contrário? Considere o Deus todo poderoso e todo amoroso. Ele nos cria à sua imagem e semelhança. Mas nós não somos só suas criaturas. Ele nos permite autonomia, corre o risco da introdução do capricho e da vontade no seu confortável mundo. Por que? Por causa de seu amor. (Bankowski, 1996, p. 19, tradução nossa)

Essa mesma estratégia que Bankowski aplica pode ser, ainda, combinada com a construção da identidade moderna a partir da afirmação da vida cotidiana em Charles Taylor (1994). O autor possibilita uma interpretação cultural dos fatos, o que significa não

9 Bankowski discute mais a fundo os significados da narrativa dentro do Direito em: BANKOWSKI, Zenon. The value of truth: fact scepticism revisited. Legal study, Edinburgh, Vol. 257, 1981.

atentar para um simples elemento histórico como motor das transformações sociais, quer dizer, um determinado fato como gerador de mudanças em uma determinada sociedade.¹⁰ Taylor está preocupado em colocar o foco nas relações morais que se desenvolvem durante a modernidade e, precisamente, a mudança de uma fonte moral naturalista para um processo de interiorização dessas fontes.

A partir daí, ele consegue identificar mudanças relacionadas ao *ethos* social devidas às interpretações fortes que os sujeitos têm dos fatos históricos. Isso porque ele está considerando a construção de um *self* dialógico, pois “só sou um *self* em relação a certo interlocutor: de um lado, em relação aos parceiros que foram essenciais para eu alcançar minha autoterminação; de outro aos que hoje são cruciais para a minha apreensão de linguagens de autoconhecimento.” (Taylor, 1994, p. 37)

Nesse sentido, o que Taylor está demonstrando é como a afirmação de uma vida pautada no bem-viver está inserida dentro de um contexto moral onde podemos encontrar também o *amor* como essencial para a determinação de uma comunidade de indivíduos comprometidos com uma orientação moral que é julgada certa, porque “é uma forma de autoengano pensar que não falamos a partir de uma orientação moral que consideramos certa. Essa é uma condição para se ser um *self* operante, e não uma visão metafísica que podemos ligar e desligar” (Taylor, 1994, p. 135). Pode-se perceber como aquela tensão bankowskiana está, assim, inserida em um contexto de avaliação moral sobre como é certo se viver, tendo, antes, uma avaliação sobre os bens que nos cercam. Pode aparentar que a afirmação de que o “(...) bem tem sempre prioridade sobre o certo. Não que ele ofereça uma razão mais básica (...), mas no sentido de que é aquilo que, em sua articulação, dá o sentido às regras que definem o certo” (Taylor, 1994, p. 123) aponte para uma interpretação subjetivista dos bens que nos constituem. Todavia isso significa parar o esforço cognitivo e não perceber como o risco de se viver uma vida sobre a orientação do amor pode apontar para uma avaliação objetiva dos bens que

nos circundam. E, portanto, consegue-se eleger novos padrões interpretativos os quais se inserem nesse contexto moral de avaliação onde ser um *self* se torna possível.

Como o autor afirma, “(...) Nossas vidas também existem nesse espaço de indagação que só uma narrativa coerente pode responder. Para ter um sentido de quem somos, temos de dispor de uma noção de como viemos a ser e de para onde estamos indo.” (Taylor, 1994). Essa narrativa, a qual é concebida no relacionamento com os outros, em um processo dialógico, é essencial no entendimento da formação da identidade humana e na experimentação do amor em todos os aspectos da vida humana, tendo em vista que a vida cotidiana significa aspectos do humano referentes à produção e reprodução.

3 O tradicional a partir de princípios legais

Com os parâmetros metodológicos traçados, o objeto principal aqui não está diretamente ligado à prática tradicional e o conhecimento do nativo em si,¹¹ até porque o intuito é o de discutir o direito, o que não exclui o uso da transdisciplinariedade como ferramenta elucidativa. Contudo, aponta-se a propriedade intelectual em uma lógica distinta do comum, tendo em vista o delineamento teórico-metodológico aqui enunciado. Essa lógica está inserida em uma percepção do dual, isto é, do universal *versus* o particular que parece não encontrar espaço, em nenhum dos lados, para o conhecimento tradicional associado à biodiversidade. Mas, por óbvio, o direito considerado numa perspectiva equiparada ao positivismo não pode assumir essas lacunas e, portanto, imediatamente trata de dar respostas a essa problemática, que acabam sendo transcritas em tratados e convenções internacionais.

Uma dessas respostas se trata da *Convention on Bio-*

11 E outros trabalhos a prática tradicional e a propriedade intelectual foi objeto principal, ver FERES, Marcos Vinício Chein; MOREIRA, João Vitor de Freitas. Direito como Identidade e as biopatentes: o caso da *Phyllomedusa sp.* In. Congresso Nacional do CONPEDI, 2014, João Pessoa. Anais do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f9a72a09b50fed7>>. Acesso em: 26 de jan. 2015.

10 Ver TAYLOR, Charles. Two Theories of Modernity. The Hastings Center Report, Vol. 25, No. 2 (Mar. - Apr., 1995), pp. 24-33.

logical Diversity, que estabelece um dos principais institutos que é o compartilhamento de benefícios, trazido pela revogada Medida Provisória 2.186-16 de 2001 e amplamente aceito. Entre outros objetivos, a Convenção estabelece no Artigo 1:

*Os objetivos desta Convenção, a serem cumpridos de acordo com as disposições pertinentes, são a **conservação da diversidade biológica**, a utilização sustentável de seus componentes e a **repartição justa e equitativa dos benefícios** derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado* (Brasil, 1994, grifo acrescentado)

O primeiro princípio que é elencado nos objetivos é a conservação da diversidade biológica (conservation of biological diversity), comumente colocado como um dos objetivos do século e universalmente pretendido pela comunidade internacional. No entanto, justificar os comportamentos dos Estados-nação, soberanos na exploração da biodiversidade, sob a ótica da conservação da diversidade biológica, se tornou uma ótima ferramenta para resguardar os processos de biopirataria. É interessante, ainda, que a pretensão de universalidade do princípio é, se assim se interpretar, aplicado aos nativos, ou populações tradicionais, que também devem coexistir tendo em vista a conservação da biodiversidade. Dois equívocos são transcritos nesse princípio: o primeiro que demonstra uma visão de mundo sobre o nativo e, o segundo, um aparelhamento dessa visão de mundo com o objetivo/universal do direito. A crítica a esses dois pontos supracitados deriva da matriz teórica de Bankowski, a saber, a lógica do legalismo como predominância do objetivo sobre o particular e a essencialidade do particular para se compreender a visão do mundo do nativo.

Afirmar a pretensão de universalidade da conservação da diversidade biológica é, no mínimo, tautológico com relação às populações tradicionais (Carneiro da Cunha e Almeida, 2000). Isso porque esse conceito¹² não é compartilhado pelo nativo, talvez pelo

simples fato de o “conservar a diversidade biológica” não ser aplicado ao modo como o nativo vive, não se podendo falar em “conservar” algo sem o qual as populações tradicionais não existiriam. Poderia se entender que existe aqui um “choque cultural” como é descrito por muito teóricos, mas isso seria ainda extremamente errôneo e, até mesmo, afirmaria uma lógica do “ingênuo” sobre as populações tradicionais. Na contramão, Manuela Carneiro da Cunha demonstra em seus estudos que os povos tradicionais são grupos que criaram ou estão lutando para criar, através de meios simbólicos ou práticos, uma certa identidade pública, que contenha características como “uso de técnica de baixo impacto ambiental; formas justas de organização social; instituições com o poder impositivo legítimo e traços culturais seletivamente reafirmados e reforçados.” (Carneiro da Cunha e Almeida, 2000, p. 333). A partir desses argumentos, a afirmação comumente colocada de universalidade da conservação da diversidade biológica assume a mesma característica do caixa eletrônico em Bankowski (2007), se portando como geral e objetiva.

Essa postura é levada ao extremo com o segundo princípio: compartilhamento de benefícios (equitable sharing). Quando os olhares se atêm ao ôntico desse princípio, a primeira consideração levantada é positiva. Isso porque considerar que as populações tradicionais devem deter parte dos benefícios advindos do uso de seus conhecimentos e práticas milenares é propriamente justo. O problema está na resposta que é dada pela existência do compartilhamento de benefícios e a maneira como esse “direito” é estabelecido.

dualidade, pode ser encontrada em VIVEIRO DE CASTRO, Eduardo. O nativo relativo. *Mana*, v. 8, n. 1, p. 113-148, 2002. Nesse artigo o autor descreve um relato interessante que expressa o núcleo do que se pretende tentar mostrar. “[...] A professora da missão [na aldeia de] Santa Clara estava tentando convencer uma mulher piro a preparar a comida de seu filho pequeno com água fervida. A mulher replicou: “Se bebemos água fervida, contraímos diarreia”. A professora, rindo com zombaria da resposta, explicou que a diarreia infantil comum é causada justamente pela ingestão de água não-fervida. Sem se abalar, a mulher piro respondeu: “Talvez para o povo de Lima isso seja verdade. Mas para nós, gente nativa daqui, a água fervida dá diarreia. Nossos corpos são diferentes dos corpos de vocês” (Gow, comunicação pessoal, 12 de set. de 2000 *apud* Viveiro de Castro, 2002, p. 137-138).

12 Uma interessante discussão sobre esses diferentes pontos, essa

A Medida Provisória (MP) nº 2.186-16 de 2001, revogada pela Lei nº 13.123 de 2015, que regulava o instituto do *benefit sharing*, dispunha que todo o acesso ao conhecimento tradicional associado deve passar por análise de um órgão administrativo (Conselho de Gestão do Patrimônio Genético - CGEN), também criado pela mesma MP, para se estabelecer um *contrato* de uso do conhecimento tradicional. Shiraishi Neto e Fernando Dantas (2008) problematizam essa relação de contrato que se estabelece a partir da MP nº 2.186-16/01, ressaltando que a articulação gerada por essa inserção do direito nesse “novo” campo – comunidade indígena e comunidade local, que não são tão novos assim – instaura novos “sujeitos de direitos”. O problema é que essa inserção é uma tentativa de integrar esses “novos” fenômenos sociais às velhas categorias jurídicas. Sob a perspectiva metodológica, essa relação de universalidade/objetividade apresentada pela convenção e pela MP precisam, também, de sujeitos universais para sanarem o vácuo jurídico que se tem e, assim, as populações tradicionais são descaracterizadas e elevadas a uma categoria hipotética (Grossi, 2004) do direito que é a de “sujeitos de direito”.

No caso do “sujeito de direito”, é possível afirmar que se trata de um indivíduo completamente deslocado da sua própria existência, pois quando o direito se porta simplesmente como o caixa eletrônico (Bankowski, 2007), geral e abstrato, preocupa-se em transformar o diferente em igual, isto é, em transformar a diversidade em “sujeitos de direito” para que esse possa operar as trocas mercantis, as quais advêm do uso do conhecimento tradicional. Na linguagem metodológica, as populações tradicionais são invisibilizadas quando elevadas à generalidade da categoria “sujeitos de direito” e reduzidas a um receptáculo de mandamentos de otimização e imperativos categóricos que acabam transmitindo a perspectiva do que é “certo se fazer sobre o que é bom ser.” (Taylor, 1994, p. 15)

A partir do exposto uma conclusão inferencial aqui pode ser levada a cabo: uma determinada visão sobre o nativo e as populações tradicionais é instrumentalizada por via da legislação estabelecida. Por essa inferência descritiva, torna-se relevante estabelecer aqui um marco que evidencie uma percepção diferenciada, apontando para novos horizontes den-

tro da propriedade intelectual. O entendimento não poderia, assim, vir de um sistema já preconcebido e fechado em si mesmo, que é o direito. Por isso Viveiro de Castro ensina:

Não acho que os índios americanos ‘cognizem’ diferentemente de nós, isto é, que seus processos ou categorias ‘mentais’ sejam diferentes de quaisquer outros humanos. Não é o caso de imaginar os índios como dotados de uma neurofisiologia peculiar, que processariam diversamente o diverso. No que me concerne, penso que eles pensam exatamente ‘como nós’; mas penso também que o que eles pensam, isto é, os conceitos que eles se dão, as ‘descrições’ que eles produzem, são muito diferentes dos nossos – e portanto que o mundo descrito por esses conceitos é muito diverso do nosso. No que concerne aos índios, penso – se minhas análises do perspectivismo estão corretas – que eles pensam que todos os humanos, e além deles, muitos outros sujeitos não-humanos, pensam exatamente ‘como eles’, mais que isso, longe de produzir (ou resultar de) uma convergência referencial universal, é exatamente a razão das divergências de perspectiva. (Viveiro de Castro, 2002, p. 124)

Nesse sentido, não pairam mais dúvidas de que existem, por assim dizer, outros conceitos que não convergem em um referencial universal e geral como pretende a legislação, o que leva a perceber – aqui caminhando para o segundo ponto, a saber, qual é a resposta encontrada para o compartilhamento de benefícios – que a resposta de puro cunho monetário ao *benefit sharing* acaba se tornando vazia de conceito para o tradicional,¹³ gerando uma divergência de perspectiva. Mais uma vez, o outro, ou seja, o ser humano por detrás do cartão, é invisibilizado (Bankowski, 2007).

Não obstante, as inferências realizadas até o momento, de teor descritivo, carecem de um elemento causal que possa validá-las. Além disso, para chegar a conclusões positivas, no sentido de validar as hi-

13 Outras respostas foram dadas quando se estabeleceu o protocolo de Nagoya, mas quando se observa a *práxis* cotidiana, e posteriormente o caso apresentado, a efetivação dessas outras respostas ao *benefit sharing* ainda estão muito distantes de serem implantadas.

póteses levantadas na introdução, especificamente que as normas relacionadas à propriedade intelectual são inefetivas, ao revés do que se pensa, para a proteção do conhecimento tradicional, justamente por conterem contradições como as descritas acima. O elemento causal é, assim, encontrado por meio da pesquisa empírica associada a um determinado gênero vegetal: *Bauhinia sp.* A partir daí, as inferências causais realizadas justificarão e fortalecerão ainda mais o quanto descrito.

4 Estudo empírico

Considerar a natureza como uma reserva de grandes curas de doenças se enquadra na mesma categoria que sustentar a necessidade de conservação da biodiversidade por populações tradicionais, o que se revela, pois, no mínimo, problemático. Apesar disso, redescobrir as fontes naturais se tornou uma estratégia rentável para indústrias farmacêuticas e de cosméticos. Essa nova estratégia de “redescobrir” o evidente é comumente denominada de bioprospecção, à qual se referem o artigo 1º, inciso I e o artigo 7, inciso VII, da MP nº 2.186-16 de 2001:

Art. 1o Esta Medida Provisória dispõe sobre os bens, os direitos e as obrigações relativos:

*I - ao acesso a componente do patrimônio genético existente no território nacional, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou **bioprospecção**.*

[...]

Art. 7º

*VII - bioprospecção: **atividade exploratória** que visa identificar componente do patrimônio genético e in- formação sobre conhecimento tradicional associado, com **potencial de uso comercial**. (Brasil. Medida Provisória nº 2.186, de agosto de 2001, grifo nosso)*

Nesse sentido, ter uma norma permissiva para os atos de exploração da biodiversidade deve em si ser tomada com cautela, até porque casos de biopirataria não são tão raros, como já denuncia o grupo

Amazonlink,¹⁴ que lista casos como a Copaíba, Andiroba, Cupuaçu e o caso da *Phyllomedusa bicolor*, revelando os elementos relacionados ao conhecimento tradicional de práticas indígenas. Por ora, essa “permissibilidade” expressa pode assumir efeitos diversos no mundo fático, gerando, ao revés, um mecanismo legal de suporte à prática da biopirataria e à própria degradação do conhecimento tradicional. Somado a esse fato, encontra-se a linguagem nada *sutil* que descreve a prática de bioprospecção como atividade *exploratória de potencial uso comercial*, evidenciando uma visão estritamente mercantilista com relação ao tradicional. É nesse imbróglio que o caso, que se passa a descrever, da *Bauhinia forficata* se insere.

Essa espécie é de ocorrência nativa do Sudeste do Brasil, mas é encontrada também em áreas montanhosas da região Nordeste.¹⁵ Tradicionalmente conhecida como pata-de-vaca, pé-de-boi, casco-de-burro etc. (Lorenzi e Matos, 2000), essa espécie é largamente usada na prática tradicional, sendo que o chá da folha é empregado no tratamento da diabetes, contra parasitoses intestinais, como diurético e hipercolesterêmico. Entretanto, como relata a literatura etnobotânica, as distinções entre as espécies do gênero *Bauhinia* são de cunho técnico, o que significa dizer que as espécies são muito parecidas na sua aparência. Nesse sentido, optou-se neste trabalho pelo uso primeiro do gênero *Bauhinia sp.*, com espécies espalhadas por todo território brasileiro, e, posteriormente, o uso da espécie *Bauhinia forficata*. Com relação ao gênero, diversos estudos etnobotânicos revelam o grande uso em comunidades tradicionais, como é trazido na introdução de um recente trabalho desenvolvido por pesquisadores do Instituto Nacional de Pesquisas Amazônicas e da Universidade Federal do Amazonas: “esses grupos (índios, caboclos, ribeirinhos, seringueiros, quilombolas, pescadores, (...)) são detentores de vasto conhecimento sobre plantas e o ambiente” (Vásquez, Mendonça e Noda, 2014). Esse estudo relata plantas medicinais citadas

14 Disponível em: < <http://www.amazonlink.org/> >. Acesso em : 20 de mai. 2015.

15 DUCK, A. Estudos de botânica no Ceará. Na. Acad. Bras. Cienc, Rio de Janeiro, 1959.

em 164 entrevistas – realizadas nas comunidades São Raimundo, Bom Jardim, Nossa Senhora do Livramento e Rei Davi – das quais a pata-de-vaca e o cipó-de-escada-de-jabuti, como são denominadas por essas comunidades algumas espécies do gênero em questão, se encontram na lista de plantas citadas como de uso tradicional.

Outro estudo que corrobora a ligação do gênero *Bauhinia* com práticas tradicionais traz uma lista de etnoconhecimento de plantas de uso tradicional nas comunidades São João do Tupé e Central (Reserva de desenvolvimento sustentável do Tupé), na qual se encontra outra espécie do gênero *Bauhinia*, como pode ser vista em recorte extraído da Tabela I apresentada no texto:

Tabela 1. Lista das etnoespécies de uso medicinal da RDS Tupé; i - introduzida, c - cultivada; n - nativa; SJ = Comunidade São João do Tupé; CC = Comunidade Colônia Central; % = total de citações expressas em porcentagem.

Nome vulgar	Família	Espécie	Tipo	Citações		%
				SJ	CC	
escada-de-jabuti; cipó-de-jabuti	Fabaceae	<i>Bauhinia guianensis</i> Aubl.	n	3	4	2,34

Fonte: SCUDELLER, Veridiana. et al. Etnoconhecimento de plantas de uso tradicional nas comunidades São João do Tupé e Central (Reserva de desenvolvimento sustentável do Tupé). In: SANTOS-SILVA, Edinaldo; SCUDELLER, Veridiana. (Orgs.). Biotupé: Diversidade Biológica e Sociocultural do Baixo Rio Negro, Amazônia Central. Manaus: UEA Edições, 2009. Cap. 15.

Partindo de uma perspectiva metodológica normativo-estruturante, não é possível uma argumentação fundamentada que desvincule o conhecimento sobre a *Bauhinia sp.* do tradicional, mesmo considerando a diversidade de espécies. Nesse sentido, para confirmar a hipótese levantada da inefetividade do sistema jurídico de propriedade intelectual, assumiu-se os termos *Bauhinia* e *Bauhinia forficata* como chaves de pesquisa. Para fins metodológicos de replicabilidade da pesquisa (Epstein e King, 2013), a coleta de patentes apresentada na Tabela 2

foi realizada através da inserção dos termos chaves de pesquisa no banco da World Intellectual Property Organization (WIPO)¹⁶, denominado *patentscope17*. A partir daí, selecionou-se dentre os filtros disponíveis de pesquisa, a opção *full text* que gerou um total de 36 patentes¹⁸. Contudo, muitas dessas não estavam relacionadas diretamente com o gênero *Bauhinia* ou com a espécie *Bauhinia forficata*, levando a estabelecer o critério: direta ligação com a invenção, como mais um filtro aplicado ao escopo de 36. Subsequentemente, retirou-se as patentes que estavam vinculadas ao PCT (Patent Cooperation Treaty), uma vez que a consideração de patentes vinculadas ao PCT poderia acarretar em duplicidade nos registros coletados (limitação do processo de coleta na OMPI), chegando-se, em vista disso, a um total de 12 patentes listadas a seguir.

16 Disponível em: <<http://www.wipo.int/portal/en/index.html>>. Acesso em: 07 de Abr. de 2015.

17 Disponível em: <<https://patentscope.wipo.int/search/en/search.jsf>>. Acesso em: 07 de Abr. de 2015.

18 O período de coleta de dados se deu entre os dias 09 e 10 de fevereiro de 2015.

Tabela 2. Patentes relacionadas ao gênero *Bauhinia* e/ou a espécie *Bauhinia forficata*.

	Nome	Número / origem	Inventores	Resumo
1.	Composição e método para redução de peso	US20100040704 Estados Unidos	Paul Ling Tai	Composição e método para facilitar perda de peso em indivíduos. A composição é uma quantidade fisiologicamente efetiva de substâncias herbais da <i>Bauhinia</i> em um veículo adequado. Esse veículo pode ser água, álcool, misturas do mesmo, cápsulas, pó, tinturas, lipossomos, goma de mascar, pastilhas, doces, alimentos, cremes para a pele ou loções. O método consiste em administrar uma quantidade fisiologicamente efetiva de substâncias herbais em um indivíduo que procura a perda de peso. A presente substância herbal é obtida através das folhas da <i>Bauhinia forficata</i> .
2.	Agente preventivo/ terapêutico para osteoporose	JP2000191542 Japão	IshimaruHidehiko Tanaka Rumi HayashiTatsuo Akimoto Hiroshi	Este agente preventivo/terapêutico para osteoporose contém, pelo menos, um tipo de planta selecionado do grupo de plantas Coleus, plantas Ptychopetalum, plantas Adenophora, Solanumpaniculatum L., DalbergiasubcymosaDucke, <i>Bauhiniaforficata</i> Link, <i>Bauhinia forficata</i> sub sp. Pruinosa (VOG). Fortunato et Wunderlin, CinnamomumThunb.,and Punia granatum L., ou extratos relacionados. O agente, que é excelente no efeito inibidor da reabsorção óssea e livre de qualquer efeito colateral, é altamente seguro e eficaz para o uso humano.
3.	Uso de uma extração da <i>Bauhinia</i> para a preparação de fármacos e composições cosméticas.	EP1493431 European Patent Office	Corinna Wirth HerwigBuchholz	Utilização de um extrato aquoso ou aquoso-alcoólico (A) de <i>Bauhinia</i> é reivindicada para fazer uma composição para o tratamento cosmético ou farmacêutico de pele e cabelo. - Utilização de um extrato aquoso ou aquoso-alcoólico (A) de <i>Bauhinia</i> é reivindicada para fazer uma composição de: - (a) cuidado, preservação ou melhoria da condição geral da pele ou cabelo; - (b) a prevenção e / ou inibição do processo de envelhecimento para a pele ou cabelo humano; - (c) para promover a cicatrização de feridas; - (d) para a prevenção e / ou tratamento de doenças da pele associadas com queratinização anormal, e - (e) para a prevenção e / ou tratamento de todos os tumores malignos ou benignos da derme ou epiderme. - Uma reivindicação independente também está incluído para uma composição contendo (A). - Atividade - Dermatológica; Vulnerário; antisseborréica; Antipsoriático; Citostático; Antiinflamatório; Virucida. - MECANISMO DE AÇÃO - proteína inibidora de glicosilação. - Num teste, fibroblastos humanos foram cultivadas na presença de vitamina C para estimular a síntese de colágeno, em seguida, lisadas e marcadas com glucose tritiada por 15 dias, As proteínas foram removidas, extração e precipitação foram realizadas e a quantidade de glicose ligada medida por cintilação líquida contando. A adição de um extrato aquoso-alcoólico de <i>BauhiniaFortificata</i> (0,03 mg / mL), reduziu a glicosilação da proteína a 55% do que no controle.

4.	Produto herbal a ser administrada em pessoas diabéticas e o processo de sua obtenção	US20080206372 Estados Unidos	Juan Carlos Agreda Navajas Fidel Martin Pinto Efren William Belo Maluendas	Produto à base de plantas, para a sua administração em pessoas diabéticas e processo de sua obtenção. O produto é constituído pela mistura de duas plantas, uma delas pertencente à família Myrtaceae, preferencialmente das espécies de <i>Syzygium</i> e o outro para a família Leguminosae-caesalpinioideae, e preferencialmente de uma variedade de <i>Bauhinia</i> . O seu processo de produção é desenvolvido pela colheita e separação das sementes de <i>Syzygium</i> e das folhas de <i>Bauhinia</i> ; a sua limpeza por pulverização; sua secagem até atingir 9% de umidade e sua retificação, esterilização e mistura homogênea nas quantidades estabelecidas.
5.	Uso de um extrato aquoso ou hidroalcoólico de <i>Bauhinia</i> para a preparação de uma composição.	US20080044502 Estados Unidos	Corinna Wirth HerwigBuchholz	A presente invenção relaciona-se a uma composição contendo um extrato aquoso ou hidroalcoólico de <i>Bauhinia</i> para a preparação de um composto para cuidado, preservação e melhoramento do estado geral da pele ou cabelo, para profilaxia ou a prevenção e / ou inibição do processo de envelhecimento para a pele ou cabelo humano e para a profilaxia e/ou tratamento de doenças associadas com envelhecimento da pele.
6.	Extrato de <i>Bauhinia</i>	US20040170714 Estados Unidos	Herwig Buchholz Corinna Wirth VelerieBicar-benhamou Deoclecio Carmo Didier Mesangeau	A presente invenção relaciona-se com extrato de planta advinda das espécies de <i>Bauhinia</i> (<i>Bauhinia sp.</i>) com atividade hiperglicêmica, a qual é caracterizada através da obtenção de espécies de <i>Bauhinia</i> e por um método para produção do extrato e o uso desse extrato em tratamentos de diabetes tipo 2.
7.	Loção para pele	JP11158031 Japão	Hiroaki Kami-bayashi Yoshimasa Tanaka Masanoru Sugimoto	A loção para pele é obtida incluindo (a) 0.00001-20 (pref. 0.001-10) wt. % de planta(s) selecionadas da Sucupira (nome científico: <i>Bowdichianitidas</i> besp. ex. Benth), Pata-de-vaca (nome científico <i>Bauhinia forficata</i> L.), cravo-de-defundo (nome científico: <i>Tagetes erecta</i> L.) ou extratos relacionados e (b) como necessário, outros ingredientes, tais como componente oleoso, água, surfactante, humidade, álcool, agente espessante, antioxidante, agente sequestrante, ajustador de pH, um agente antisséptico, perfume e corantes, surfactante, humidade, álcool, agente espessante, antioxidante, agente sequestrante, ajustador de pH, um agente antisséptico, perfume e corantes; em que o componente (a) é pref. um extrato a partir dos caules, folhas, cascas, raízes e / ou sementes da planta de cima (s) (em qualquer forma, tais como essência ou separados e purificados a partir do extrato de matéria líquida), e uma extração de solvente a ser utilizada é pref. etanol ou água, e a extração temperatura é pref. 3-70C

8.	Novo ciclo celular regulador inibidor hy52, modo de preparação e aplicação como anticancerígenos.	kr1020030005441 Coreia do Sul	Du jinBaek YulHui Cho Ji hong Kim Min Gyeong Kim Chang ho Lee Min a Lee HyeYeong Lim Yung ho lim Han GyuSeo Su Min Seo	Um novo composto por um regulador do ciclo celular e um inibidor de cdc2 e cdk2 enzima de fosforilação da proteína e do seu método de preparação são proporcionados, em que o composto mostra a atividade anticancerosa
9.	HY53 como um novo inibidor do ciclo celular controlador de fatores; preparação e uso anticancerígenos	kr1020030010777 Coreia do Sul	Du jinBaek YulHui Cho Ji hong Kim Min Gyeong Kim Chang ho Lee Min a Lee HyeYeong Lim Yung ho lim Han GyuSeo Su Min Seo	São fornecidos HY53 como um novo inibidor de um fator de controle do ciclo celular, e um processo para produzir o HY53 de <i>Bauhinia forficata</i> , que pode ser utilizado como um controlador de ciclo celular, um cdc2 e cdk2 inibidor da quinase de proteína, e um fármaco anticâncer.
10.	Uso de inibidores da agregação plaquetária e da coagulação isoladas em <i>Bauhinia sp.</i>	BRPI0704854 Brasil	Maria Luiza Vilela Oliva Misako Uemura Sampaio	Uso de inibidores da agregação plaquetária e da coagulação isolados de <i>Bauhinia sp.</i> A presente invenção se refere ao uso de inibidores de peptidases isolados a partir de <i>Bauhinia sp.</i> com propriedades antibióticas, nem como uma composição farmacêutica compreendendo os mesmos.
11.	Agente antiviral leguminosa contendo o extrato orgânico da planta	JP7165599 Japão	Yamada Shoji Koyama Keizo Iinuma SoKazu Konno Kenji	A presente invenção relaciona-se a um agente antiviral contendo um solvente orgânico extraído de plantas que pertencem a leguminosas (Leguminosae) como um ingrediente ativo.
12.	Inibidor de colagenase e cosmético anti-velhecimento	JP2003055190 Japão	Hideko Honda Kazue Murata Hidehiko Yamaki	A presente invenção refere-se a cosméticos anti-velhecimento utilizando um inibidor da colagenase e inibidor de colagenase com uma excelente inibidora da colagenase válida em anti-velhecimento da pele

Analisar a tabela exposta acima é perceber o nexo da inferência causal que liga dois fatores conhecidos: a legislação e o fato da biopirataria institucionalizada (apropriação de conhecimento tradicional por patentes registradas por agentes internacionais). Mesmo estando diante de uma clara descrição botânica nativa, a *Bauhinia sp.* e *Bauhinia forficata*, das doze patentes descritas somente uma é produto da pesquisadora brasileira Maria Luiza Vilela Oliva (patente número 10 da Tabela 2).

Assim sendo, perceber a potencialidade de aplicabilidade industrial e do passo inventivo da *Bauhinia sp.* e *Bauhinia forficata* a partir da tabela não é um pro-

blema, preenchendo, portanto, dois dos três requisitos legais para conferência de uma patente expostos pelo *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property* (TRIP). O outro requisito legal é a novidade, como expõe o decreto legislativo:

Art. 27. 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 aplicabilidade industrial. (Brasil, Decreto nº 1.355 de dezembro de 1994)

A discussão que se coloca com relação às patentes

apresentadas é se existe de fato adequação legal, tendo em vista os três requisitos taxativos do decreto legislativo transcrito acima. Estariam as patentes apresentadas preenchendo o requisito da novidade, tendo em vista que por detrás delas existe todo um conhecimento tradicional sem o qual a patente perderia seu fundamento? Responder a essa questão desvela o véu do legalismo que se coloca sobre a variante causal entre os fatos da existência da legislação e os da existência da biopirataria institucionalizada. Decerto, o requisito “novidade” é um elemento variável, isto é, a novidade de uma invenção carece de profunda avaliação pericial, que, em certo sentido, não pode ser trazida em um texto argumentativo legal. De qualquer modo, ater-se somente à necessidade pericial de se dizer se há ou não novidade e, portanto, legalidade das patentes apresentadas é no sentido teórico-metodológico, escolher um dos lados do direito: o geral ou o abstrato da norma, no qual se tem a mera subsunção como critério de validade. Do ponto de vista teórico-metodológico, deve-se ponderar as narrativas colocadas no fato/caso concreto e, assim, perceber a maneira como o direito e os fundamentos morais da vida cotidiana devem lidar com as situações (Bankowski, 2007; Taylor, 1994). Nesse sentido, restringir-se a um critério pericial legal é aceitar, por consequência, um critério de justiça categórico que derivaria das normas gerais e abstratas descritas acima. É optar por deixar de lado, reificar e invisibilizar toda a construção milenar que subjaz ao conhecimento tradicional apropriado pelas patentes listadas.

O fator causal que permite afirmar essa apropriação de conhecimento tradicional é percebido nos resumos das patentes apresentadas como as de números 1, 2, 4 e 7 da Tabela 2, que fazem uso do nome *Bauhinia sp.*, *Bauhinia forficata*, *Bauhinia* e até mesmo do nome popular “pata-de-vaca”. Essa inferência causal fortalece o argumento da apropriação elencada na medida em que se observa a origem das patentes 1, 2, 4 e 7 da Tabela 2, respectivamente: Estados Unidos, Japão, Estados Unidos, Japão. Não resta dúvida de que, embora se obtenha uma resposta positiva ao critério pericial legal de novidade das patentes, preenchendo dessa maneira os requisitos do decreto legislativo, as supracitadas patentes estão corrompidas, pois se evidenciou nesse texto a origem, os usos e algumas das comunidades que lançam mão

de seu conhecimento tradicional sobre a *Bauhinia sp.* na vida cotidiana. A inferência descritiva que se pode chegar, então, aponta primeiro para a ilegalidade das patentes apresentadas. Cumpre destacar que a “ilegalidade” aqui apresentada não necessariamente decorre da subsunção lógica tradicional, isto é, se *a* então *b*, se não *a*, então não *b*. A bem da verdade, o sentido de legalidade que se usa neste trabalho deriva da concepção de viver plenamente o direito (*Living Lawfully*), que requer um comprometimento com as narrativas colocadas e, assim, mesmo que o critério de validade lógico-racional seja preenchido, cabe avaliar se de fato há uma aplicação legal do direito, ou se é necessário ampliar os horizontes legais interpretativos. Essas narrativas evidenciam as avaliações fortes que envolvem “discriminação acerca do certo ou errado, melhor ou pior, mais elevado ou menos elevado, que são validadas por nossos desejos, inclinações ou escolhas” (Taylor, 1994, p. 17).

No caso em questão, pode se preencher os requisitos de patenteabilidade que a norma postula: aplicabilidade industrial, passo inventivo e novidade; mas se assim o fizer, o cenário jurídico é reduzido e o elemento *justiça* é simplesmente colocado à margem.

Nessa zona de aporia normativa, a resposta dada ao problema seria, depois da apropriação do conhecimento tradicional, estabelecer um nexos retributivo dos lucros alcançados pela invenção. Mencione-se aqui a disposição do “compartilhamento de benefícios” (equitable sharing), postulado pela CBD e recepcionado pelas normas internas. Entretanto, como se não fosse suficiente a argumentação elencada na primeira inferência realizada neste trabalho sobre o compartilhamento de benefícios, a partir da tabela construída e dos fatos anteriormente apresentados, a proposição desse instituto é evidentemente uma estratégia mercantil, segundo a qual o mercado trata de dar uma resposta que legitime o ato de apropriação. Nesse mesmo sentido, pode-se interpretar que conjuntamente a esse fato se tem o que Shiraiishi Neto e Fernando Dantas (2008) percebem nessa problemática em questão, a saber, a criação de novos sujeitos de direito correspondentes ao desejo da idealidade normativa. Entretanto, a partir do delineamento teórico-metodológico “foi possível desvendar o ‘segredo’ último da personalidade jurídica: a uni-

versalização do homem como sujeito de direito é, ao mesmo tempo, a universalização como mercadoria – a disposição do movimento de valorização do capital” (Kashiura Junior, 2012, p. 165), sendo justamente isso que a resposta dada pelo compartilhamento de benefícios acarreta.

Retomando a análise da tabela de patentes, pode-se perceber, ainda, que oito (8) das doze (12) patentes listadas advêm dos Estados Unidos e do Japão, principais países produtores de tecnologia no cenário mundial. Esses mesmos dois países, em relatório publicado pela *World Intellectual Property Organization* (WIPO),¹⁹ são também os dois países que aparecem em primeiro (EUA) e segundo (JP) lugares como países que mais depositaram pedidos pelo Patent Cooperation Treaty (PCT) na WIPO em 2014, constando uma porcentagem de 28,7% para os Estados Unidos e 19,8% para o Japão. Esse percentual de 48,5% se deve, obviamente, à capacidade industrial avançada desses dois países, mas não se pode atribuir a esse fato único a exclusiva responsabilidade por tamanho desenvolvimento inventivo. Assim, utilizando os fatos conhecidos, a porcentagem de patentes depositadas e de normas permissivas com relação à bioprospecção, pode-se apontar para um fator também político que justifica esse “acúmulo” de patentes. Esse fator é evidenciado no interesse de grandes companhias farmacêuticas e cosméticas, muitas delas tendo sede nos países citados, que influenciam direta e indiretamente os debates e as construções legais. Esse fator político está ligado ao agigantamento dessas instituições e do seu interesse na biodiversidade e no conhecimento tradicional, pois a diversidade de respostas e demandas procuradas são encontradas na mesma medida, isto é, na diversidade biológica. Essa inferência decorrente do fator *poder político* dessas instituições pode ser fortalecida quando se observa o nome e o resumo das patentes números sete (7), *loção para pele*, e doze (12), *inibidor de colagenase e cosmético antienvelhecimento*, que estão diretamente relacionadas com produtos cosméticos e estéticos; bem como se se observar a patente número dez (10)

da tabela, *Uso de inibidores da agregação plaquetária e da coagulação isoladas em Bauhinia sp.*, claramente vinculada ao processo e produção de fármacos.

A partir desses resultados alcançados, poder-se-ia ainda especular sobre o motor inicial desse todo complexo que relaciona não somente à prática da biopirataria, mas também a própria produção legislativa. Entretanto, a inferência descritiva possível é a de que existe, no cenário internacional da propriedade intelectual, uma depreciação do conhecimento tradicional ou, mais detidamente, a erosão das condições de produção de conhecimento local associado à biodiversidade, uma vez que a apropriação desses foi claramente revelada a partir das patentes elencadas acima. Além disso, infere-se que 48,5% das patentes depositadas em 2014 pelos EUA e Japão, somadas ao contingente de ilegalidade aqui apresentado, validam a tese de biopirataria institucionalizada e pilhagem de conhecimento na contemporaneidade.

O direito se revela, assim, perverso para com alguns, ao passo que a pretensão de universalidade almejada pelas normas as quais trabalham o assunto da propriedade intelectual e da patente se acomodam na generalidade proporcionada, assemelhando-se ao caixa eletrônico da metáfora de Zenon Bankowski e restringindo as possibilidades de avaliação sobre uma determinada concepção de vida boa nos moldes de Taylor. A partir daí confirma-se a hipótese apresentada inicialmente: as patentes relacionadas à *Bauhinia forficata* e à *Bauhinia sp.* coletadas na OMPI demonstram falhas na efetividade do atual sistema jurídico de propriedade intelectual, considerando a necessidade de salvaguarda do conhecimento tradicional – haja vista as comunidades locais que trabalham com a planta –, o que se valida com base na argumentação desenvolvida e nos fatos empíricos apresentados, expondo, assim, a maneira como as escolhas morais devem ser ampliadas no sentido de compreender a perspectiva do outro (o tradicional) inviabilizado no atual sistema de patentes. Deve-se dar ao risco da tensão entre o amor e o direito para se caminhar em um progresso cognitivo-normativo, trazendo à tona o valor justiça no contexto da aplicação legal.

19 Esse relatório se refere aos números de patentes que foram requeridas pelo PCT agreement: International Applications filed under the Patent Cooperation Treaty. Disponível em <http://www.wipo.int/export/sites/www/ipstats/en/docs/infographics_systems_2014.pdf>. Acesso em 24 de mar de 2015.

5 Discussão de resultados e conclusão

À guisa de conclusão, pode parecer que o trabalho apresentado carece de respostas. Decerto, muitas inferências foram realizadas, bem como foram colocados em xeque alguns institutos e normas de aplicação interna e internacional, tais como os requisitos de patenteabilidade e o compartilhamento de benefícios. Entretanto, a grande questão não deve ser a incessante busca por uma resposta quando se abre uma lacuna no sistema jurídico, até porquanto em tempos em que se exalta um novo paradigma na ciência do direito (o confuso movimento “denominado” pós-positivismo), a busca por uma resposta imediata, a afirmação da completude do sistema é, portanto, a sua própria negação.

Não se tem a pretensão de apresentar respostas, mas de evidenciar problemas históricos que marcam a construção da mitologia do jurídico e do abissal sistema patentário, o qual exclui comunidades tradicionais da caracterização imperativa da ciência, mas ao mesmo tempo se apropria desse conhecimento posto como não-ciência para fundamentar as invenções da modernidade relacionadas a fármacos e cosméticos. Assim, classificar este trabalho como prescritivo ou descritivo não é cabível na sua definição, uma vez que se problematizam os modelos apresentados sobre propriedade intelectual. Por isso não se emitem respostas do ponto de vista prescritivo (dever ser) ou se descreve (descritivo) um processo adequado.

Assim sendo, a necessidade de ressignificar o viés interpretativo que se impõe sobre o tradicional é justamente um caminho a se percorrer com vistas a minimizar alguns impactos que a predatória prática científica está gerando. Como se não bastasse isso, com a recente aprovação do marco da biodiversidade sancionado no sistema jurídico brasileiro no dia 20 de abril de 2015, o verdadeiro discurso vencedor foi o da necessidade de se avançar e se “ganhar uma corrida” com relação à produção de biotecnologia, ao passo que pouco se fala com relação às consequências dessa “corrida” para as comunidades tradicionais.

A propriedade intelectual e o direito de patente não podem continuar a fornecer elementos normativos que fomentem a prática de pilhagem de conhecimento e a biopirataria institucionalizada, pois é esse

o significado latente da palavra bioprospecção que vem sendo empregada em termos normativos como na CBD, MP nº 2.186-16 entre outros. Não obstante, diante desse quadro de perdas históricas sofridas pelo conhecimento tradicional, deve-se lutar por uma perspectiva normativa reestruturante dos paradigmas legais, a preceder uma organização político-institucional desses movimentos. Aqui vale ressaltar o importante papel de cooperações políticas institucionais entre as comunidades tradicionais e sujeitos acadêmicos das mais diversas áreas para uma tentativa de reverter o quadro que se instaura. Portanto, são extremamente relevantes trabalhos que apontem para uma análise empírica, evidenciando casos como o aqui tratado, pois assim se unem forças para se instaurar uma luta por reconhecimento nos moldes das quebradeiras-de-babaçu no movimento Babaçu-livre, no norte do país, e a luta pelo queijo-serrano no sul do Brasil.

Por fim, o que prevalece no momento histórico é um quadro de perdas, pois as condutas éticas expressas pela idealidade normativa camuflam um discurso do *avanço*, típico do paradigma iluminista.

////////////////////////////////////

6 Referências

- Babbie, E. (2000). *The practice of social research*. Belmont: Wadsworth/Thomson learning.
- Bankowski, Z. (2007). *Vivendo plenamente a Lei*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- _____. (1996-1997). Law, Love and Computers. *Edinburgh L. Ver.*, 25 (1), 25-32.
- _____. (1998). The value of truth: fact skepticism revisited. *Legal Stud.*, Chicago.
- Brasil. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Recuperado em: 22 de jan. 2015, de <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm>. _____ . Decreto nº 2.519 de 16 de março de 1998. Recuperado em: 22 de jan. de 2015, de <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm>.
- _____. Medida Provisória nº 2, de 23 de agosto de 2001. Recuperado em: 26 de jan. de 2015, de: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm>.
- Carnero da Cunha, M., Almeida, M. W. B. (2000). Indigenous People, Traditional People, and Conservation in the Amazon. *Daedalus*, Cambridge, 129 (2), 315-338.
- Dantas, F. A. C (2003). Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. *Hiléia* (UEA), Manaus, 1 (1), 85-119.
- Epstein, L., King, G (2013). *As regras da inferência*. São Paulo: Direito GV.
- Gomes, C. (Coord.) (2010). *Direito e Biodiversidade*. Curitiba: Juruá.
- Grossi, P. (2007). *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux.
- Honneth, A. (2003). *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34.
- Kuhn, T. S (2003). *A Estrutura das Revoluções Científicas* (7ª ed). São Paulo: Perspectiva.
- Lacomini, V. (2009). *Propriedade Intelectual e Biotecnologia*. Curitiba: Juruá.
- Lorenzi, H. (2002). *Árvores brasileiras: manual de identificação e cultivo de plantas arbóreas nativas do Brasil*. São Paulo: Instituto Plantarum, 384.
- _____.; Matos, F. (2008). *Plantas Medicinais no Brasil: nativas e exóticas*. São Paulo: Instituto Plantarum.
- Porro, N., Menasche, R., Neto, J. S (2014). Babaçu livre e queijo serrano: história de resistência à legalização da violação a conhecimentos tradicionais. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, 41 (20), Jan./Jun.
- Scudeller, V. V., et al (2009). Etnoconhecimento de plantas de uso medicinal nas comunidades de João do Tupé Central (Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Tupé). In: SANTOS-SILVA, Edinaldo N.; SCUDELLER, Veridiana V. (Org.). *Diversidade Biológica e Sociocultural do Baixo Rio Negro, Amazônia Central* (2) Manaus: UEA Edições.
- Shiraishi Neto, J., Dantas, F. A. C (2008). A 'Comoditização' do Conhecimento Tradicional: notas sobre o processo de regulamentação jurídica. *Revista Economia y Sociedad*, Costa Rica, 33/34 (13), 119-131.
- Shklar, J. N (1967). *Direito Política e Moral*. Rio de Janeiro: Editora Forense.
- Taylor, C. (1997). *As Fontes do Self: A construção da identidade moderna*. São Paulo: Loyola.
- _____. (1995). Two Theories of Modernity. *The Hastings Center Report*, 25 (2), Mar.-Apr., 24-33.
- Vásquez, S. P. F. et al (2014). Etnobotânica de plantas medicinais em comunidades ribeirinhas do Município de Manacapuru, Amazonas, Brasil. *Act Amazonica*, 44 (4), 457-472.
- Viveiro de Castro, E. (2002). O nativo relativo. *Mana*, 8 (1), 113-148;

Referências das patentes ordenadas de acordo com Tabela 2

- Paul R. Martin (Estados Unidos). Tai Paul Ling. *Composition and method for weight reduction*. US nº US20100040704, 18 ago. 2008, 18 fev. 2010.
- Lion corp (Japão). Tanaka Rumi; Hayashi Tatsuo; Aki-moto Hiroshi. *Preventive/Therapeutic Agent for Osteoporosis*. JP nº JP2000191542, 25 dez. 1998, 11 jul. 2000.
- Merck Patent GmbH (Alemanha). Corinna Wirth; Herwig Buchholz. *Use of an extract of bauhinia for the preparation of pharmaceutical and cosmetic compositions*. DE nº EP1493431, 07 maio 2004, 05 jan. 2005.
- Lapointe Law Group (Estados Unidos). Juan Carlos Agreda Navajas; Fidel Martin Pinto; Efrén William Belo Maluendas. *Herbal product to be administered to diabetic people and process to obtain it*. US nº US20080206372, 05 maio 2008, 28 ago. 2008.
- Corinna Wirth; Herwig Buchholz (Estados Unidos). Corinna Wirth; Herwig Buchholz. *Use of an aqueous or hydroalcoholic extract of bauhinia for the prepa-*

- ration of a composition*. US nº US20080044502, 18 jul. 2007, 21 fev. 2008.
- Herwig Buchholz; Corinna Wirth; Valerie Bicard-Benhamou; Deoclecio Carmo; Didier Mesangeau (Estados Unidos). Herwig Buchholz; Corinna Wirth; Valerie Bicard-benhamou. *Bauhinia extracts*. US nº US20040170714, 27 jan. 2004, 02 set. 2004
- Lion Corp (Japão). Hiroaki Nakabayashi; Yoshimasa Tanaka; Masanori Sugimoto. *Skin Lotion*. JP nº JP11158031, 01 dez. 1997, 15 jun. 1999.
- Disgene; Chul Hoon Lee (Coréia do Sul). Du Jin Baek; Yul Hui Cho; Ji Hong Kim. *Novel cell cycle regulator inhibitor hy52, preparation method thereof and use thereof as anticancer agent*. KR nº kr1020030005441, 27 jun. 2001, 23 jan. 2003.
- Disgene; Chul Hoon Lee (Coréia do Sul). Du Jin Baek; Yul Hui Cho; Ji Hong Kim. *HY3 as novel inhibitor of cell cycle controlling factor, preparation thereof and use as anticancer drug*. KR nº kr1020030010777, 27 jun. 2001, 06 fev. 2003.
- Universidade Federal De São Paulo - Unifesp Fundação De Amparo A Pesquisa Do Estado De São Paulo - FAPESP. Maria Luiza Vilela Oliva; Misako Uemura Sampaio. *Uso de inibidores da agregação plaquetária e da coagulação isolados de bauhinia sp*. BR nº BRPI0704854, 07 ago. 2007, 24 mar. 2009.
- Drug Discovery Institute Of Technology Co., Ltd. (Japão). Yamada Shoji; Koyama Keizo; Inuma Sokazu. *Antiviral agent containing the organic extract of legumes*. JP nº JP7165599, 07 dez. 1993, 27 jun. 1995.
- Koei Kogyo Co.,Ltd (Japão). Hideko Honda; Kazue Murata; Hidehiko Yamak. *Collagenase inhibitor and anti-ageing cosmetic*. JP nº JP2003055190, 01 ago. 2001, 26 fev. 2003.