

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

**DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE
INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA**

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM

DAVI JOSE DE SOUZA DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA
Coordenadores: João Marcelo de Lima Assafim ; Davi Jose De Souza Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-850-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

Apresentação

Nesta oportunidade, vejo-me na afortunada função de coordenar, como já faço há mais de uma década, no âmbito do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito, o Grupo de Pesquisa intitulado Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e concorrência realizado dia 15 de novembro de 2019. O Grupo de Trabalho do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito (CONPEDI) cria a oportunidade de integrar todos os programas de pós-graduação em direito em sentido estrito (PPGDs) nacionais - e estrangeiros - em torno de determinados temas. Muito mais importante que as apresentações das obras, são os debates e as relações acadêmicas que delas derivam. Os encontros são periódicos, itinerantes e cobrem todos os rincões de nosso País. Nesta edição, do encontro realizados na cidade de Belém (de 14 a 16 de novembro de 2019), não só as políticas de inovação entram em pauta, mas, também, novos negócios, limites e flexibilidades de direitos de propriedade intelectual, acesso a medicamentos e a equipamentos médicos, bem como também questões sobre o impacto das mais variadas restrições à livre concorrência (do Abuso de Direito e da Posição dominante ou Poder de Monopólio aos acordos restritivos horizontais e verticais) sobre o Direito do Consumidor. Bem, nada novo a partir da teoria dos bens imateriais e da concorrência. Está claro que a PI ao afastar a concorrência estática mediante o exercício regular de direito, fomenta a concorrência dinâmica mediante o incentivo a pesquisa aplicada - tanto pela indústria como mediante a cooperação desta com a universidade - e a inovação em produtos e serviços. No entanto, o exercício abusivo de tal direito (tanto do direito de PI como o direito a PI) implica em uma barreira a entrada mais danosa que qualquer outro tipo penal aplicável aos bens materiais corpóreos. A subtração de um bem, ocorre única vez, enquanto, o abuso de de DPI tende a criar um parasita que suga a qualidade de vida de fornecedores, adquirentes, concorrentes potenciais ou efetivos (sujeitos a incrementos de custo, expulsão ou barreira a entrada) enquanto o monopólio ilícito o distorção estrutural durar, impondo aos consumidores preço de monopólios (com seu cancerígeno peso morto) ou escassez. Isso, por óbvio, não tira a importância dos direitos de propriedade intelectual, ao contrario, são estratégicos para o sistema nacional de inovação, para as pequenas e médias empresas, e, especialmente, as “start ups” em tecnologia, entre outros.

No entanto, novos mercados, novas preocupações. As forças (envidadas na luta por participação ou “share”) entre os novos e velhos mercados cria tensões tectônicas e, por certo, o consumidor está no meio. Nesse meio tempo, os mercados tradicionais se

concentram (ainda mais) e as condutas se aperfeiçoam para criar “exclusivos”, de um lado, e as plataformas digitais se apoderam de dados pessoais e como posse de “big data”, crescem, se agigantam e concentram. Com efeito, a comunidade científica está preocupada com a fragilidade do consumidor em situações de abuso de direitos na chamada nova economia. Nesse sentido, referido-nos, não tão somente ao novos métodos de negócio com base na rede internacional de computadores e respectivos equipamentos e serviços de telecomunicações relacionados, mas também, o mercado de inovação como um todo. Nesses mercados, fica clara a influencia shumpeteriana em matéria de análise dinâmica (relativamente à concorrência por superação, i.e., tecnologias novas superando e destruindo tecnologias antigas). Documentos tão antigos como o famoso USIP Guidelines de 1995 (EEUU) e as isenções por categoria da UE (relativos ao artigo 101.3 do TFUE) já consideram, há mais de três décadas, a análise dinâmica aplicada - além do tradicional mercado de produto (que mesmo em matéria de “commodities” já esta bastante adulterado pela proteção de PI para variedades vegetais ou cultivares bem como microorganismos geneticamente modificados empregados na agricultura) - aos mercados de tecnologia e de inovação. Nos mercados concentrados, especialmente quando restrições contratuais e negociais são utilizadas por agentes econômicos (“players”) com poder de mercado para manutenção da posição de domínio (“monopolize” e “attempt to monopolize”), em um feixe mercados concentrados como o nosso mercado pátrio, usando restrições que não são comuns, licitas (nem integram negócios jurídicos típicos) em seus respectivos em seus mercados de origem em outros países, por agentes congêneres quando do uso de direitos paralelos, devem ser, sim, por certo, monitorados.

Na nova economia, a externalidade de rede (economia de escala de consumo) associada a direitos de propriedade intelectual e o momento de entrada, são de vital importância para os respectivos “players”. Nesses mercados, a economia de escala de consumo (ou simplesmente economia de consumo) é fundamental para o êxito do empresário. Em outras palavras, quanto maior o número de consumidores de um produto ou serviço, mais valioso ele é. Se uma pessoa for proprietária de um único aparelho de telefone, este não terá valor algum, pois não haverá alguém para falar - como já bem observou o autor estadunidense RICHARD A. POSNER em mais de uma oportunidade (vide “Antitrust in the New Economy”, 2000)-. Assim, nos novos métodos de negócio a economia de consumo (o número de aparelhos de telefone, ou de fac-símile, compatíveis entre si em uma mesma rede - quanto maior, mais valiosa a rede -) é, mais do que importante, vital para o êxito do negócio. Mas, no entanto, tão importante quanto a economia de consumo (externalidade de rede), para garantir um maior numero de pessoas interagindo e usando a mesma tecnologia (equipamentos e serviços) ao redor do mundo, esta a padronização de tecnologias. Por exemplo, um “pen drive”, como veículo de transporte de dados tem interconexão possível com vários

equipamentos e programas de varias fabricantes ao redor do mundo por ser um padrão. Assim, mais importante para o consumidor, do que única fonte fornecedora, é a uniformização. A universalização do padrão, ao poder ser usada por todos, cria um ambiente favorável ao consumidor que, pela livre concorrência, terá melhores produtos a menores preços. No entanto, o fabricante que “chega primeiro” e associa economia de consumo (externalidade de rede) mediante a criação de um padrão (universal) e a apropria por direitos de propriedade intelectual, esta, portanto, mais próximo, sim, de um monopólio. Nesse quadro, o fabricante o padrão o apropria ou apropria o domínio público (no caso de tecnologias já divulgadas e não protegidas por exclusivos de patente) mediante exclusivos de propriedade intelectual abusivos (como, por exemplo, o titular de uma patente nula ou expirada, ao pagar para um concorrente não entrar no mercado ou combinar preço, restabelece a situação de monopólio) estará cometendo um ato ilícito. Mais barato que um ato de concentração (fusão, incorporação, etc.) e menos juridicamente arriscado do que um cartel, o abuso de direitos de propriedade intelectual pode varrer do mercado fabricantes de genéricos e “start ups”. Não há politica de desenvolvimento (por incentivo a inovação ou não) ou de saúde pública que resista a esse tipo de abuso. O abuso de direitos de propriedade intelectual.

A propriedade intelectual gera concorrência dinâmica se utilizada para induzir a concorrência por superação (a tecnologia DVD superando a tecnologia VHS), mas gera problemas para o consumidor se uma empresa com posição domínio usa uma patente nula, inexistente, expirada, ou, títulos esdrúxulos (desenhos industriais ou marcas tridimensionais para “travestir” de suposta “legalidade” proteções ilícitas para invenções objeto de patentes extintas, expiradas ou nulas). Nos casos de abusos, o direito de propriedade intelectual ou seu uso abusivo serão barreiras à entrada e/ou vetor de expulsão (conduta exclusionária) de concorrentes eficientes.

Em muitos casos, o titular de uma patente expirada usa títulos esdrúxulos e inaplicáveis (proibidos) para eternizar monopólios e prejudicar o consumidor. Quem paga esta conta é o consumidor.

Caso as autoridades não sinalizem claramente ao mercado que trata-se de ato ilícito o abuso de direitos para eliminar pequenas e micro empresas e prejudicar o consumidor mediante sobre preço e práticas abusivas, os agentes de mercado sentir-se-ão livres para atacar o consumidor. Será o inicio do fim do mercado de genéricos, medicamentos ou não. Continuaremos um País sem acesso a saúde, a medicamentos, a próteses, corteses, um país de desassistidos financiando o luxo de monopolistas a preços abusivos de monopólio, ou, senão, cidadãos com a dignidade subtraída pela perda do poder de compra ou da renúncia ao

consumo resultante da escassez inevitável para aqueles que não podem suportar o encargo do sobrepreço.

Por fim, os empreendedores brasileiros precisam das ferramentas de DPI para, mediante o exercício regular de direito, empreender globalmente. Este é o desafio do nosso GT no CONPEDI, este é o desafio do Brasil.

Davi Jose De Souza Da Silva - FACI

João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A UTILIZAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO
REFERENCIAL TEÓRICO PARA VERIFICAR A FALTA DE PROTEÇÃO DO
CONHECIMENTO TRADICIONAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E
INTERNACIONAL.**

**USE OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, AS THEORETICAL, TO CHECK THE
PROTECTION OF TRADITIONAL KNOWLEDGE IN BRAZILIAN AND
INTERNATIONAL LAW.**

**Marcos Vinícius Viana da Silva
Jose Everton da Silva**

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo verificar se as construções normativas do conhecimento tradicional têm origem com base nas demandas sociais relativas ao tema, ou se o direito tem sido estruturado com base nos processos econômicos. No campo metodológico, foi utilizado o método indutivo, baseado na análise bibliográfica e documental. Nas considerações finais, chegou-se a conclusão de que muito da falta de norma regulamentadora ocorre por conta da pressão ou influência do mercado, que percebe na proteção do conhecimento tradicional um freio para o lucro empresarial, cabendo o desenvolvimento de melhores normas aos países que detém a biodiversidade.

Palavras-chave: Análise econômica do direito, Conhecimento tradicional, Proteção, Legislação brasileira, Biodiversidade

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to verify if the normative of traditional knowledge are based on the social demands, or if the law has been structured based on the economic processes. In the methodological field, the inductive method was used, based on the bibliographic and documentary analysis. In the final considerations, it was concluded that much of the lack of regulatory norm happens for the pressure or influence of the market, which perceives the protection of traditional knowledge as a brake on business profit, and the responsibility for the development of better standards become to countries that holds biodiversity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Economic analysis of law, Traditional knowledge, Protection, Brazilian legislation, Biodiversity

INTRODUÇÃO

O Brasil é uma das nações com a maior diversidade biológica (MMA, 2011), o que traduzido de forma geral coloca o país na privilegiada posição de ser um dos Estados do mundo com maior potencial de prospecção de novos produtos e processos derivados de plantas e de animais, muitos dos quais ainda sequer foram descobertos (TYBUSCH, ARAÚJO, DA SILVA, 2013). É claro que toda esta riqueza é foco do interesse estatal de outras nações e, principalmente, das indústrias, que buscam novas fontes de pesquisa e de domínio econômico, através dos mecanismos de Propriedade Intelectual.

Um dos meios mais utilizados pelo interesse do grande capital para ter acesso a esta biodiversidade é a apropriação dos chamados Conhecimentos Tradicionais, oriundos da cultura de índios, seringueiros, ribeirinhos, castanheiros, pescadores e quilombolas. Este conhecimento acaba se revelando fundamental para o acesso direto a biodiversidade, auxiliando a pesquisa científica, maximizando lucros, reduzindo tempo de análise e produzindo novos medicamentos, cosméticos, produtos industriais entre outros (D'ORNELLAS, PEIXOTO, 2012).

Esta riqueza derivada da Biodiversidade representa um recurso estratégico para o Brasil, e por esta mesma razão, implica para a nação brasileira um compromisso, no sentido de uma atuação forte e decisiva no âmbito da Convenção sobre Biodiversidade Biológica, bem como, na construção de políticas públicas, não só voltadas à preservação,¹ mas também a conscientização da importância deste acervo para o futuro, implicando o manejo sustentável desta biodiversidade (FIORILLO, DIAFÉRIA, 2012).

Contudo, apesar da importância do tópico, a legislação aprovada no Brasil em maio de 2015 se demonstra incipiente, haja vista a proteção mínima concedida aos conhecimentos tradicionais, motivo pelo qual, muitas das vezes, tais saberes são retirados da nação brasileira sem o devido crédito econômico e social ao povo que o detinha.

Neste sentido, o presente trabalho busca evidenciar como o conhecimento tradicional tem relação direta com o mercado industrial, e inerentemente ao mercado econômico, muitas vezes tutelado por uma análise puramente financeira. O objetivo da pesquisa está exposto na busca por analisar se a falta de legislação condizente com a importância do tema, ocorre devido

¹ Como afirma Santos (2005, p.140): “de repente, o mundo todo descobria que as florestas tropicais concentram os habitats mais ricos em espécies do planeta, ao mesmo tempo que descobria que elas correm o maior risco de extinção”.

ao desinteresse do mercado econômico e das grandes corporações, empregando para tanto como referencial teórico a análise econômica do direito.

O desvelar do questionamento ocorre por meio de seções, debatendo inicialmente o surgimento do conhecimento tradicional, sua positivação nacional e internacionalmente, partindo em segundo momento para a apresentação teórica da análise econômica do direito, e por fim, na terceira seção, discutir-se-á o papel do capital na responsabilidade pela falta de norma protetiva adequada aos conhecimentos tradicionais.

Para o desenvolvimento da pesquisa, fora empregado o método indutivo, tanto para coleta dos dados quanto no tratamento dos mesmos durante toda a pesquisa, aplicando técnicas do referente e do fichamento (PASOLD, 2011). No que pese as possibilidades de contribuição da pesquisa, aduz-se que, uma vez compreendido os motivos conexos ao surgimento ou falta de normatização, uma valorização financeira para o conhecimento tradicional demonstra-se fundamental.

1. DO SURGIMENTO DO CONHECIMENTO TRADICIONAL A SUA POSITIVAÇÃO.

O conhecimento tradicional não é elemento novo na história da humanidade, porém sua positivação e remuneração são recentes, mesmo dentro da área da propriedade intelectual. Assim que, expõe-se o surgimento e proteção básica do conhecimento tradicional, discutindo em sequência sua normatização no Brasil e internacionalmente.

1.1 A proteção jurídica do conhecimento tradicional

O saber dos povos tradicionais foi durante muito tempo completamente ignorado pela sociedade, entretanto, modernamente ele passou a ser conhecido como Conhecimento Tradicional. Esta forma de saber, refere-se na verdade a aprendizagem desenvolvida ao longo de gerações, que com seu contato e viver com a natureza, acabaram por descobrir interações, que na atual sociedade liberal e capitalista possuem potencial inovador e inventivo, principalmente nas áreas de fármacos, sementes, cosméticos e agrotóxicos (SANTILLI, 2003).

Pode-se definir Conhecimento Tradicional como o conjunto de saberes e saber-fazer a respeito do mundo natural e sobrenatural, transmitido oralmente, de geração em geração (DIEGUES e ARRUDA, 2001, p.05). Ainda no mesmo sentido, Berckes (1999, p.4) afirma que o conhecimento tradicional pode ser entendido como:

[...] corpo acumulativo de Conhecimento, práticas e crenças das comunidades tradicionais sobre a relação entre os seres vivos (inclusive o homem) e o seu

ambiente, que se desenvolve ao longo do tempo através de um processo adaptativo e é repassado através de gerações por transmissão cultural.

No sentido de dar maior positividade ao tema, a Convenção da Biodiversidade (1992), que regula previsão constitucional, entende que o conhecimento tradicional representa soma de práticas empíricas e costumeiras passadas de pais para filhos, em processos de contato direto com a natureza.

A prática das relações estabelecidas no interior das comunidades caracteriza-se por uma troca constante, o que equivale dizer, que o conceito de Conhecimento Tradicional e, conseqüentemente, sua inter-relação com a biodiversidade se moldam e se associam aos aspectos culturais das comunidades envolvidas (CAPRA. 2002, p.18).

A questão da sustentabilidade também se insere neste contexto, pois se não se associar a valoração (quer afetiva ou econômica) que as comunidades estabelecem como seu entorno, é no mínimo desconhecer o potencial de sustentabilidade que o Conhecimento Tradicional possa ter, podendo-se inclusive falar em sustentabilidade social (FREITAS, 2009. p. 34).

É bem verdade que muitas práticas destes povos, que são milenares, nem sempre foram reconhecidas, no entendimento de Bensusan (2005), há um preconceito dos cientistas em relação a esse tipo de Conhecimento, muitas vezes tachado de primitivo e atrasado. Para Bensusan (2005, p.61), “A ciência foi se desenvolvendo e permeando toda a vida ocidental, o Conhecimento Tradicional foi crescentemente desdenhado e desvalorizado, quase como se fosse uma protociência, ou mesmo um não-Conhecimento”.

Ao final do século XX, o entendimento existente sobre o tema começa a mudar, o Conhecimento Tradicional passa a representar um importante fator de inovação, e potencializado ao máximo com o fim da guerra fria, quando o sistema capitalista se torna hegemônico.

Segundo Santos (2007), “vivemos na ‘era’ da biotecnologia”. Como decorrência da manipulação genética, a grande certeza deste início do século XXI é de que a Biotecnologia será um dos maiores campos de desenvolvimento na contemporaneidade. Com o aumento da chamada Biotecnologia moderna, “a biodiversidade passou a ser valorizada não apenas pela sua observância ambiental, mas também pelo seu valor econômico real ou potencial, vez que é matéria-prima da biotecnologia” (ARCANJO e PÉREZ, 2006, p 39).

Uma competição cada vez mais acirrada, principalmente no ramo dos fármacos e cosméticos, e o acesso a informações privilegiadas, pode representar um importante passo no

caminho da obtenção de vantagens competitivas, dentro de um sistema capitalista cada vez mais concorrencial.

Nesta lógica, as diferenças entre norte e sul, países desenvolvidos e não desenvolvidos, afloram também no debate, repetindo a mesma lógica presente na regulação da Propriedade Intelectual, ou seja, os interesses dos países ricos, não são necessariamente o melhor para os países pobres².

Mas aqui, ao contrário do debate presente no caso da Propriedade Intelectual, onde os interesses sobre a regulação da matéria são na sua grande maioria de parte dos países ricos, o debate presente sobre a regulação e valoração do Conhecimento Tradicional é um debate essencialmente de interesse dos países em desenvolvimento.

Discorridos estes pontos, compreende-se que o conhecimento tradicional tem enorme importância nas comunidades em que está inserido, bem como em todos aqueles que dele se utilizam, de maneira direta ou indireta, através das indústrias que criam produtos com base nestas formas de saber. Isto posto passa-se a analisar as legislações pertinentes a este tema, quer dentro do ordenamento jurídico brasileiro, quer ainda na esfera internacional. O estudo destes pontos será fundamental para posterior análise do tema relaciona a esfera econômica.

1.2 A proteção do conhecimento tradicional no ordenamento jurídico brasileiro e internacional

Em sede internacional, a proteção da biodiversidade é preconizada pela Convenção da Diversidade Biológica e apresenta contornos de normas de direitos fundamentais, as quais, recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, apresentam-se como normas constitucionais, conforme o teor do art. 5º da CRFB.

A Convenção da Diversidade Biológica, em seu preâmbulo, como também nos art. 1º, 8º, alínea - j, 10, alínea - e, e 15, aduz a princípios fundamentais e norteadores para a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica, dispondo também sobre o acesso

² Boaventura de Sousa Santos introduziu em seus trabalhos recentes a epistemologia ou diversidades epistemológicas como categoria que auxilia na melhor compreensão das dinâmicas de relação entre os países desenvolvidos, aqui denominados países do norte, e aqueles em desenvolvimento ou por se desenvolver, os chamados países do sul. Epistemologicamente o eixo de países do norte foi quem conduziu o critério para demarcar o Conhecimento e o não-Conhecimento ao longo da história. Outrora tal linha era demarcada pela filosofia, depois pela teologia, por fim pela atividade científica, mas sempre numa perspectiva ocidental, essencialmente europeia. Esta linha demarcatória do saber constitui, na visão do autor, verdadeiro pensamento abissal, no sentido de que somente pode ser considerado como Conhecimento aquilo que está dentro do modelo estabelecido, relegando o que está fora de tal modelo ao abismo, ao não reconhecimento (SANTOS, 2013. p. 31-83).

aos recursos genéticos e a repartição justa e equitativa dos benefícios relacionada a essa utilização (BENSUSAN, 2005, p.64).

O ordenamento jurídico brasileiro, em relação à proteção do Conhecimento Tradicional associado à biodiversidade, prevê amparo constitucional. Os artigos 215, §1º, 216 e 231 da Constituição Federal vigente ensejam um arcabouço jurídico amplo e propício à proteção do Conhecimento Tradicional (DERANI, 2002, p.146-167). O artigo 216 define patrimônio cultural, bem como, os meios utilizados para sua proteção assegurada pelo parágrafo primeiro, do art. 215 (BRASIL, 1988). O reconhecimento do Conhecimento Tradicional, acaba por romper a visão elitizada de que somente as manifestações culturais da classe dominante tinham valor.

Na simples observação do art. 216 e seus incisos, verifica-se a enumeração exemplificativa de um rol de elementos pertencentes ao patrimônio cultural. O patrimônio cultural imaterial é contemplado nos dois primeiros incisos e, em parte, no terceiro inciso do mencionado dispositivo (MENDES, BRANCO, 2013). Para Wandscheer (2009), a cultura das comunidades tradicionais (indígenas, afro-brasileiras, de seringueiros, de ribeirinhos, de quilombolas) está perfeitamente em consonância ao previsto no parágrafo primeiro, do artigo 215 da Constituição brasileira que reconheceu a multiculturalidade, eles, portanto, gozam de proteção constitucional.

Também o art. 225 (parágrafo 1º, inc. II) da Constituição Federal fixa como deveres do poder público: tanto a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do País, quanto o de fiscalizar as entidades relacionadas à pesquisa e manipulação de material genético. Entretanto, a sua regulamentação só foi ocorrer inicialmente por meio da primeira medida provisória, a de número 2.052, de 29 de junho de 2000, posteriormente regulamentado pela medida provisória 2.186-16/2001.

Pode-se considerar como primeira iniciativa para regulamentar o tema no Brasil o ano de 1995, com a apresentação de Projeto de Lei da Senadora Marina Silva, PL 306/95. Mas a verdade é que o PL306/95 não empolgou os setores empresarial, acadêmico, mas principalmente não empolgou os próprios envolvidos com o Conhecimento Tradicional.

Em 1998, dois novos Projetos de Leis foram apresentados à Câmara dos Deputados: um de autoria Federal, anexado à Proposta de Emenda Constitucional nº 618/98 e outro de

autoria do deputado Jacques Wagner PT/BA.³ A proposta de Emenda Constitucional (PEC) 618- A, buscava acrescentar o patrimônio genético, ao rol de bens da União, do art. 20 da Constituição Federal, até hoje não incluso, objetivando que toda e qualquer exploração de recursos genéticos, dependa da concessão da União.

Como justificativa, o Executivo Federal afirmava que esta era a melhor opção para a permissão de um controle adequado sobre o acesso ao patrimônio genético e a repartição dos seus benefícios. Todos os desenvolvimentos jurídicos a partir daí culminaram na legislação sancionada pela presidência e em vigor no Brasil, a Lei n. 13.123 de maio de 2015, que define a proteção do conhecimento tradicional no Brasil, informando o que é considerado como um conhecimento a ser protegido, quem são os titulares dos direitos e quais são os valores que devem ser pagos ao seus donos.

Em especial junta-se o artigo 17 da Lei:

Art. 17. Os benefícios resultantes da exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético de espécies encontradas em condições *in situ* ou ao conhecimento tradicional associado, ainda que produzido fora do País, serão repartidos, de forma justa e equitativa, sendo que no caso do produto acabado o componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado deve ser um dos elementos principais de agregação de valor, em conformidade ao que estabelece esta Lei (BRASIL, 2015).

Aqui fica exposto a possibilidade de beneficiar o detentor original do conhecimento tradicional, que é complementado pelo Art. 20. “[...] será devida uma parcela de 1% (um por cento) da receita líquida anual obtida com a exploração econômica, ressalvada a hipótese de redução para até 0,1 (um décimo) por acordo setorial previsto no art. 21” (BRASIL, 2015).

Apesar da flagrante importância que possui o conhecimento tradicional e sua remuneração, esta temática ainda se encontra em discussão. Isto porque o valor da remuneração não é claro, algumas legislações mundo afora não aplicam valor explícito, enquanto outras tratam de 1% do lucro com o produto derivado do conhecimento tradicional, e tampouco determinam para quem deve ser feito o pagamento, tendo em vista que o conhecimento não é de um titular, mas sim de uma comunidade.

³ O Projeto de Lei com a autoria do Executivo Federal contribuiu para a inserção do termo “patrimônio genético”, citado na Constituição Federal, prevendo também os contratos com a finalidade de tratar do acesso ao patrimônio genético e ao Conhecimento Tradicional associado nos casos relacionados ao uso econômico, sendo esse último forte inspiração para a atual legislação, Medida Provisória 2.186-16/2001.

Além do valor irrisório, o detentor ou destinatário dos valores também não é definido claramente na lei, restando obscuro o endereçamento dos valores, que acabam por se perder. Esta situação pode possuir diversas explicações, porém a presente pesquisa visa compreender até que ponto a análise econômica do direito é forma de responder a produção de lei tão prejudicial ao conhecimento brasileiro, ou ainda a falta de qualquer proteção a um tema que movimenta, indiretamente, elevadas quantias de dinheiro.

2. A TEORIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SUAS APLICAÇÕES

Inicialmente deve-se apontar que a Análise Econômica de Direito (AED) não foi cunhada com exclusividade para a demanda jurídica ora exposta, mas sim para qualquer discussão do mundo jurídico, colocando como elemento central da construção normativa ou da decisão jurisdicional a relação econômica.

Isto exposto, a pesquisa divide a exposição sobre o tema em duas etapas, a primeira discorrendo sobre o seu surgimento, para em segundo momento apresentar seus principais pontos e como ocorre a defesa por sua aplicação quando de demandas jurídicas envolvendo custos ao Estado ou aos diretos sociais.

2.1 O surgimento da Análise Econômica de Direito

A Análise Econômica de Direito tem seu surgimento no século XX, afirmando-se como uma importante escola jurídica. Foi por sua influência, que as mais conceituadas escolas de Direito do mundo, e no caso Brasileiro, uma diretriz oficial, emanada do Ministério de Educação e Cultura⁴, incorporaram em seus currículos a Economia, e consequentemente sua inter-relação com o Direito.

Aponta-se Adam Smith, David Ricardo e Thomas Malthus, como autores clássicos na área da economia, mas nenhum deles em suas obras aponta uma correlação entre o pensamento de natureza jurídica e a Economia. A obra “Riqueza das Nações”, de Smith (2003), é muito mais do que um tratado econômico, podendo ser classificado como um tratado filosófico, pois temas como ética, bem estar da sociedade e até da jurisprudência são citados, porém, em nenhuma de suas passagens existe correlação de pensamento entre a influência do Direito na Economia e de forma evidente da Economia no Direito.

⁴ Art. 5º O curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu Projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular, conteúdos e atividades que atendam aos seguintes eixos interligados de formação: I - Eixo de Formação Fundamental, tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, **Economia**, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia. (CNE/CES, 2004)

Somente no início do século XX, em 1937 que a obra *The Nature of Firm*, de Ronald Coase, vem a inaugurar uma corrente de pensamento que passará a ser denominada de Análise Econômica do Direito, ela na verdade representa a evolução natural de uma serie de pensamentos econômicos advindos do século XIX e da revolução industrial.

Segundo Mercurio e Medema (1999), a Análise Econômica do Direito, possui varias vertentes, mas é na Universidade de Chicago que ela encontra seu apogeu. A partir dos anos 60 (principalmente com os estudos de Posner), a Análise Econômica do Direito passa a estudar áreas aparentemente não tão ligadas ao Direito e Economia, tais como regras contratuais, regras de responsabilidade civil, propriedade e até mesmo aspectos ligados ao Direito Penal e Processual.

A primeira grande matriz de influencia da AED sobre novas áreas do Direito, surge com os estudos de Achian e Demsetz, que influenciados por Aaron Director, tentam entender como o mercado poderia alocar direitos de propriedade, a partir de um trabalho coletivo, visando recompensar os membros do grupo de trabalho, diante da dificuldade de se conhecer qual foi a contribuição de cada um para a obtenção do resultado final.

A primeira tendência é resolver o problema fazendo a recompensa a partir da produtividade media do grupo. O que no longo prazo revela-se inadequado, pois os membros mais produtivos tem uma tendência a perderem a motivação, baixando assim a produção total. A solução apontada é a criação de empresas ou firmas (COASE, 1937). Coase, defende que a criação da firma ou empresa, cria as condições para organizar a produção, e afasta negociações frequentes para a divisão de lucros por exemplo, diminuindo os custos decorrentes. Mais do que advogar a criação de firmas, o importante deste experimento é fixar um conceito que será caro para a analise econômica do Direito, o conceito de custos de transação.

O foco central do processo jurídico tradicional baseado na justiça exteriorizado pela estrita legalidade, perde espaço para um novo repensar, em que a tomada de decisão do magistrado, legislador ou executor da norma baseia-se principalmente nos custos de transação (MERCURIO e MEDEMA, 1999). Exemplo para isso ocorreria no conflito entre uma comunidade e uma empresa, em que ambos coabitam, mas não deveriam pela poluição que a fábrica causa a comunidade. Pela AED a maximização do benefício seria calculada pelos lucros e encargos da transação, assim que, seria mais vantajoso deslocar a comunidade se os seus custos fossem menores do que o da fábrica, independente da quantidade de pessoas forçadas a se locomover no caso da comunidade.

Esta análise conclui que existe uma ausência de relevância do conceito de externalidades (tão caro ao Direito), e reafirma seu principal referencial teórico, ou seja, na tomada de decisões direitos reais ou pessoais podem ser ignorados quando a decisão a ser tomada envolve um menor custo de transação (COASE, 1960).

2.2 Aplicação da Análise Econômica de Direito

Após a construção histórica do surgimento da EAD, apresenta-se os dizeres de Posner (2013), um dos principais autores do tema, ao defender que a principal, se não a única, função de um jurista, é a de garantir a alocação de direitos entre as partes de maneira “eficiente”. A partir desta análise, a única saída seria o estudo interdisciplinar de Economia e Direito, denominado pelo autor como o exercício “eficiente” da jurisdição⁵.

Na visão Morais da Rosa (2011, p.73): “A grande estratégia da AED foi a de deslocar o critério de validade do Direito do plano normativo para o econômico, a saber, ainda que as normas jurídicas indiquem para um sentido, o condicionante econômico rouba a cena e intervêm como fator decisivo”.

O cenário jurídico ideal seria aquele que tivesse segurança jurídica (leis claras e eficazes), garantindo a propriedade e os contratos, num discurso neoliberal reformador. Pode-se com certeza afirmar que o alicerce do pensamento da AED é a questão da eficiência, a teoria denominada de “ótimo de Pareto” representa com essencialidade a importância da temática. Segundo sua construção, de forma resumida, a temática envolve o processo em que uma determinada situação apresenta múltiplos resultados, porém em todos alguém é prejudicado, e cabe ao magistrado a escolha do caminho a ser tomado, levando em consideração exatamente a menor lesão (PARETO, 1984).

A grande questão, antecipa Morais da Rosa, é a dificuldade da sua execução, pois não há como prever todos os fatores e a possível influência e efeitos sobre terceiros, além do que é necessário ao magistrado admitir que é necessário ignorar pressupostos jurídicos fundamentais, como a propriedade, para tomar a melhor decisão global, muitas vezes pautada na dinâmica do mercado.

Dentro desta lógica os que defendem a *Law Economics*, em relação ao papel do Poder Judiciário clássico, ao menos no que tange ao Direito de Propriedade, defendem uma inovação

⁵ Posner explica que o conceito de eficiência é talvez, o mais comum sentido de justiça que se pode encontrar. “A moral system founded on economic principles is congruent with, and can give structure to, our everyday moral intuitions”. (POSNER, 2013, p84)

na interpretação do Direito, abandonando os conceitos clássicos de propriedade, e concedendo-a a quem possa melhor valorá-la dentro de um critério puro e estritamente econômico.

Na visão de Posner (2013), é preciso deslocar o parâmetro de decisão do Judiciário, da visão dogmática do Direito, para uma interpretação baseada no ótimo econômico. Desta forma toda a estrutura da jurisdição se transforma numa espécie de agência do mercado, cuja função primordial é ser o garantidor dos dogmas liberais (Propriedade e Contratos), fundamentando a decisão judicial, não mais no Direito, mas na relação econômica.

Porém, qual pode ser a contribuição da AED para o entendimento do Direito de forma ampla? Para Forgini (2006) duas são as contribuições, a primeira é poder ajudar a entender os efeitos produzidos pela norma e a segunda é ajudar na investigação das origens e motivos da norma jurídica promulgada. Para o autor não é suficiente refazer a estrutura do poder Judiciário dentro da lógica da AED, é preciso dentro deste contexto mudar o papel do juiz de direito, neste novo desempenho o compromisso não é mais com a ordem jurídica válida, mas sim com a “maximização da riqueza”.

Esta é a questão fundamental, a AED pretende afastar o Direito de sua concepção rígida e formal, adaptando-a a lógica do mercado. A lei perde um pouco de sua noção hierárquica, submetendo-se a lógica custo/benefício. Isto posto, normas e legislações voltam-se ao mercado para sua construção, elaboração e desenvolvimento, motivo pelo qual toda a matéria legislativa passa, segundo a EAD, a ser analisada perante uma lógica de mercado.

Expostos os itens básicos desta nova concepção do direito, a presente pesquisa busca somar os dois elementos, questionamento a participação do capital na construção da atual norma de proteção dos conhecimentos tradicionais. Esta abordagem pode melhor compreender se a norma atual foi baseada no mercado explorador de tais conhecimento, e se este for o caso, se isto beneficia ou os detentores do conhecimento tradicional.

3. A FALTA DE PROTEÇÃO DO CONHECIMENTO TRADICIONAL EXPLICADO ATRAVÉS DO PRISMA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

O conhecimento tradicional é um tópico em evidência, quer seja porque está ligado diretamente à indústria e ao comércio internacional, que cada vez mais se utilizam dos conhecimentos dos povos tradicionais para encurtar o processo custoso de suas pesquisas, ou ainda pelos acirrados conflitos jurídicos que envolvem o papel do Estado no controle e

fiscalização dos elementos expropriados de seus povos, que nem sempre recebem os valores devidos.

Fato é que os conhecimentos tradicionais no cenário atual estão em nível muito inferior a outras estruturas atreladas a Propriedade Intelectual, que séculos de história e normatização, revela-se como realidade nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, além de possuir consideráveis contextos fiscalizatórios pelo Estado, recebe do judiciário tratamento já consolidado.

Isto posto, constroem-se as considerações sobre a EAD e a positivação atual do conhecimento tradicional, passando em sequência a abordagem de como a teoria poderá influenciar em práticas transnacionais e novas construções jurídicas.

3.1 Análise Econômica de Direito e os Conhecimentos Tradicionais

Discussões que empreguem ao elementos teórico, como é a EAD, fazem possível compreender fenômenos com rigor científico, tornando-os mais eficientes, conforme preconiza Capra (1992, p.80) “*Dichos valores relacionados con várias corrientes culturales de occidente consideran certa la idea de que el método científico es el único enfoque válido para llegar al conocimiento*”.

Assim que, para melhor entender os elementos aqui apresentados, o primeiro item a ser verificado diz respeito do local em que se situam as empresas desenvolvedoras de mercadorias a partir dos Conhecimento Tradicionais, e a origem de tais conhecimentos. Isto porque, se de um lado as empresas, principalmente farmacêuticas, que se apropriam dos saberes locais tem origem na Europa e Estados Unidos da América, os países que sofrem a expropriação estão localizados na América do Sul, África e Sudeste Asiático.

Na visão apontada por Ribeiro e Prieto (2013), o apossamento por parte das grandes empresas, notadamente as de origem farmacêutica, dos conhecimentos advindos do saber do povo, podem ser justificados pela ausência de rigor científico deste conhecimento e portanto, sua apropriação, poderia ser no mínimo justificada.

Mas da mesma forma que os interesses do capital conflitam com os interesses do social, aqui, no campo do reconhecimento do saber tradicional, vigora uma nítida separação entre os países desenvolvidos e de baixa diversidade biológica, e os países pobres ou em desenvolvimento, detentores da maioria da biodiversidade planetária.

O Brasil, entre eles, é considerado um dos países de maior biodiversidade, e consequentemente, aonde o saber tradicional tem uma importância fundamental, para as pesquisas e a geração de novos medicamentos ou novas substâncias com potencial comercial, fazendo com que custos sejam reduzidos, principalmente na fase da pesquisa base.

O que pode ser deduzido das premissas acima apontadas, é que a necessidade da proteção do Conhecimento Tradicional é mais importante do ponto de vista econômico aos países em desenvolvimento do que aqueles desenvolvidos. Assim que, ao fixar o conhecimento tradicional como elemento regulado via da Propriedade Intelectual, de construção normativa Europeia, a origem da regulamentação e o destinatário encontram-se em locais opostos.

O capital desempenha seu papel de forma clara, e confirmada pela EAD, as grandes empresas apontam como irrelevante o conhecimento tradicional, atrelando a ele uma ausência de rigor, mas dele se beneficiam para gerar novos bens e transformá-los em patentes, a serem vendidas e produzidas, entre outros locais, para os mesmos que forneceram tais conhecimentos.

Para este grupo de mercado, a atual regulamentação é fantástica, a medida que quase inexistente, e quando existe é tão emaranhada ou carente de efetividade que torna inexecutável qualquer obrigação por partes dos detentores do capital. Na visão da EAD, o mais eficiente seria o economicamente melhor ou o menos custoso, logo, como na atual produção não são destinados praticamente nenhum valor às comunidades originárias dos saberes, os produtos atingem o mercado com a redução deste valor.

Entretanto, entender isso não significa que a realidade não necessite ser alterada, e para que isto ocorra e o sistema econômico não subjugue o jurídico, é necessário a definição de marco regulatório de cunho transnacional, isto porque, segundo a visão do sociólogo Beck (2001, p.69), da substituição das relações internacionais de conflito/disputa por relações transnacionais de solidariedade e cooperação são fundamentais. “Há aqui uma nova dialética das questões globais e locais que não se encaixam na política nacional”, escreve, e “só num quadro transnacional podem elas adequadamente serem colocadas, debatidas e resolvidas.

A regulação do direito ao Conhecimento Tradicional se amolda ao conceito de Beck do surgimento de uma faixa de ação própria das sociedades mundializadas.

3.2 Transnacionalidade e EAD na construção normativa dos Conhecimentos Tradicionais

A construção deste marco regulatório de proteção dos conhecimentos tradicionais, baseada numa visão não fundamentada em patentes, não poderá ser efetivada dentro das premissas já existentes no âmbito da Propriedade Intelectual, pois o Conhecimento Tradicional

é de caráter coletivo, via de regra de acesso gratuito, empírico e com clara visão social o que claramente o contrapõe ao direito de Propriedade Intelectual de caráter individual, de visão economicista e metodologicamente científico.

Para a melhor adequação do bem ao mercado, e assim melhor decisão baseada na EAD, é preciso primeiramente mudar a ideia de que o conhecimento tradicional é um direito de propriedade com um único e singular titular. Tal fato ocorre porque no caso dos conhecimentos tradicionais a estrutura não pode ser percebida por titularidades de uma pessoa individualizada, nem mesmo de uma pessoa jurídica, mas essencialmente a natureza é coletiva.

Para o paradigma atual do ordenamento jurídico, comunidades locais e até mesmo indígenas, não possuem personalidade jurídica própria e, portanto, a rigor da previsão jurídica das regras de proteção intelectual não podem ser protegidas. Os direitos de Propriedade Intelectual definidos nos acordos TRIPS se tornaram, neste caso, um entrave aos direitos coletivos das populações tradicionais.

Primeiro, porque nele os direitos de Propriedade eram reconhecidos apenas como direitos privados, isto é, direito de Propriedade de um indivíduo ou de uma empresa, não de uma comunidade ou de um grupo de indivíduos. Segundo, porque só se reconhece tal direito quando o conhecimento e a inovação geram lucros e não quando satisfazem necessidades sociais (SHIVA, 2003).

A premissa número um neste momento é o da construção de um novo marco regulatório para o reconhecimento do Conhecimento Tradicional, fora dos parâmetros defendidos pela Propriedade Intelectual, parâmetros estes construídos, a partir de uma construção coletiva, que envolva as comunidades, enfim a sociedade como um todo.

Nesta lógica, não se pode afastar dentro do entendimento da AED que a proteção dos Conhecimentos Tradicionais pela Propriedade Intelectual, através de patentes, se amolda ao conceito de eficiência, tão cara aos seus defensores. Para a AED os direitos das comunidades não podem representar um obstáculo para a proteção/produção, exemplo disso é evidente no caso da fábrica poluidora, que pretende se instalar em uma determinada região, cuja atividade acarretará poluição para um município vizinho. Este resultado é um efeito arbitrário de ninguém ter direitos de propriedade. Se os direitos de propriedade pertencem aos que sofrem o efeito da

poluição é natural que seja a empresa poluidora quem tenha de pagar a indenização por produzir a poluição⁶.

Neste sentido, quando da discussão dos conhecimentos tradicionais, o exemplo supracitado é perfeito, haja vista que os beneficiados pela produção dos medicamentos por exemplo, são em muito maior número, dos que aqueles que seriam prejudicados pelo não pagamento. A possível contradição dentro do contexto da AED, se dá por conta da questão da propriedade, tão cara aos liberais que ela representa. Como podemos entender que os detentores do Conhecimento Tradicional, portanto os proprietários deste conhecimento possam ser lesados, sem ferir um pressuposto básico para os liberais?

Uma possível resposta está na essência do entendimento da AED, ou seja, não se discute a questão da propriedade, pois ela funciona como uma espécie de externalidade ao problema, ou seja, não é o fator principal, mas sim um fator secundário. Desta forma o choque entre dois direitos, o Direito ao ressarcimento pelo conhecimento e o Direito a produzir riqueza, pela lógica da AED deve sempre se dar pela lógica da maior produção de riqueza.

A proteção do Conhecimento Tradicional por Patentes, apesar de servir ao grande capital em relação a discussão da proteção do Conhecimento Tradicional, não é o fator principal, ele é antes de tudo uma proteção do mercado pelo capital aplicado no desenvolvimento dos produtos, proteção esta de uma empresa em relação a outra.

As comunidades não têm nenhuma chance de se contraporem, assim dentro da lógica da AED o sistema atual é perfeito, aumenta a produção, distribui riquezas, desconsiderando externalidades externas (o direito a proteção do conhecimento tradicional). Sua mudança precisa ocorrer sem que se espere uma facilitação do mercado ou das grandes indústrias, mas partindo de uma construção alavancada por Estados que detém conhecimento e que atualmente o estão entregando sem receber os valores devidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou discutir a relação direta que existe entre a propriedade industrial, o conhecimento tradicional e o Análise Econômica do direito, buscando entender como estes elementos podem estar intrinsecamente conectados.

⁶ No caso em estudo se for concedido aos proprietários de terra do município o direito ao ar puro, não restaria outra saída que não o fechamento da fábrica e/ou a indenização dos moradores vizinhos; para Coase a melhor saída aqui seria a negociação, pois o dono da fábrica mediria se o custo envolvido em dotar a fábrica de mecanismos de controle da poluição é mais acessível do que comprar os direitos de propriedade de cada vizinho.(CASE, 1960)

A dificuldade em se encontrar um mecanismo aceitável de proteção dos conhecimentos tradicionais é uma realidade na legislação brasileira, bem como em vários outros países, principalmente localizados em regiões em desenvolvimento ou não completamente desenvolvidas. Acerca deste tema, cabe uma análise lógica, sob a qual foi feita a presente pesquisa - A quem interessa a proteção dos conhecimentos tradicionais? – tendo como resposta duas opções evidentes: as populações envolvidas ou ao mercado em geral.

Aplicando-se a lógica da AED, a maximização da eficiência se daria com a liberdade do mercado em apropriar-se deste conhecimento, já que, por exemplo, no caso dos fármacos mais pessoas seriam beneficiadas pelos medicamentos, do que as possíveis comunidades lesadas.

Para AED a relação custo/benefício se dá exatamente em detrimento do direito fundamental de cada comunidade sobre seu conhecimento. Relativizar o inegociável é uma das vertentes mais perversas da AED, pois o contraponto se dá exatamente pela lógica do mercado e de seus benefícios.

Mas a defesa de uma posição como esta não é fácil, melhor sorte tem o sistema em defender que a proteção do Conhecimento tradicional se dê pela lógica da proteção pela Propriedade Intelectual, e todas as suas condicionantes. Desta forma, uma análise da proteção dos conhecimentos Tradicionais pela lógica da AED só pode concluir que a defesa das populações envolvidas não atende os interesses do mercado e, portanto, da AED, pois funciona como um entrave aumentando os custos de produção.

Desta feita, confirma-se a hipótese inicialmente aventada, levando-se em consideração que apesar da força internacional para a criação de legislações específicas relacionadas ao Conhecimento Tradicional, impera a lógica do mercado, exteriorizada pela EAD, não sendo protegido os povos menos favorecidos e envolvidos no repasse das informações utilizadas pela indústria.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUINAGA, Karyn Ferreira Souza. A proteção do patrimônio cultural imaterial e os Conhecimentos tradicionais. Disponível em:< <http://www.conpedi.org>. Acesso em: 18 out. 2014.

ARCANJO, Francisco Eugênio Machado; PÉREZ, Héctor Leandro Arroyo Pérez. **Como combater a Biopirataria utilizando a Lei de Patentes Estadunidense**. Revista de Direitos Difusos, São Paulo, v. 38, p. 39-53, jul./ago. 2006.

BECK, Ulrich. **Liberdade ou Capitalismo**. Tradução de Luiz Antonio Oliveira de Araújo. São Paulo: Litera mundi, 2001.

BENSUSAN, Nurit. Biodiversidade, Recursos Genéticos e outros bichos esquisitos. In: **O Direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental**. RIOS, Aurélio Virgílio Veiga (org.). São Paulo: Petrópolis, 2005.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. São Paulo: Cultrix, 2002.

CAPRA, Fritjof. **El Punto Crucial. Ciencia, sociedad y cultura naciente**. Buenos Aires: Editorial Troquel, 1992

COASE, R.H. **The nature of the firm**. In *Economica*, Vol.4, Nr. 16. Chicago. 1937.

COASE, R.H. **The problem of Social Cost**. *Journal of law and Economics*. 3(1), 1.1960.

Conferência das Nações Unidas para o meio Ambiente e o Desenvolvimento. Convenção sobre Biodiversidade Biológica. Rio de Janeiro. jun. 1992. Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/sbf_chm_rbbio/_arquivos/cdbport_72.pdf. Acesso em 08 de maio de 2014.

Da ROSA, Alexandre Moraes. **Diálogos com a Law & Economics**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DERANI, Cristiane. Patrimônio genético e Conhecimento Tradicional associado: considerações jurídicas sobre seu acesso. In: André Lima. (org.). **O Direito para o Brasil Socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

D'ORNELLAS, Maria Cristina G.S e PEIXOTO, Sheila da Silva. **Reflexões sobre o acesso a repartição de benefícios gerados a partir dos recursos genéticos e Conhecimentos Tradicionais associados diante da realidade brasileira**. Uberlândia: Ed. UFU. 2012

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; DIAFÉRIA, Adriana. **Biodiversidade, patrimônio genético e Biotecnologia no Direito Ambiental**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FORGINI, Paula A. A Análise econômica do Direito: Paranóia ou mistificação. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson (org.). **Dialogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIEGUES, A. C.; ARRUDA, R. S. V. (orgs.). **Saberes tradicionais e biodiversidade do Brasil**. São Paulo. Ed USP. 2001.

MENDES, Gilmar; BRANCO, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2013.

MERCURO, N., e MEDEMA, S.G. **Economics and the law From Posner to Post-Modernism**. Princeton University Press, 1999.

PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**, volume I. Trad. João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12ª Edição revisada. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

POSNER, Richard. A., **El Análisis Económico del Derecho**. Fondo de Cultura Económico. Ciudad del México. 2013

RIBEIRO, B. B. ; PRIETO, V. C. . Alianças estratégicas no varejo farmacêutico: vantagens e desvantagens na percepção do gestor. *Gestão & Produção (UFSCAR. Impresso)*, v. 20, p. 667-680, 2013.

SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e Conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. In: LIMA, André e BENSUSAN, Nurit.

Quem cala consente? subsídios para a proteção aos Conhecimentos tradicionais. São Paulo: Instituto Socioambiental. 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes.** São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS, Laymert Garcia dos. Quando o Conhecimento científico se torna predação high-tech: recurso genético e Conhecimento Tradicional no Brasil. In: **Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos Conhecimentos rivais.** SANTOS, Boaventura de Souza (org). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2005.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SHIVA, Vandana. **A Convenção sobre Biodiversidade: uma avaliação segundo a perspectiva do terceiro mundo. Monoculturas da Mente: perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia;** trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003.

TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso; DA SILVA, Rosane Leal.(org) **Direitos Emergentes na Sociedade Global – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM.** Ed. Unijui. Ijuí, 2013.

WANDSCHEER, Clarissa Bueno. **Patentes e Conhecimento Tradicional: uma abordagem socioambiental da proteção jurídica do Conhecimento Tradicional.** Curitiba: Juruá. 2009.