

PRIMEIRAS INFERÊNCIAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DA PROPRIEDADE INTELLECTUAL

FIRST INFERENCIES FROM THE ECONOMIC ANALYSIS OF INTELLECTUAL PROPERTY

Afonso de Paula Pinheiro Rocha

RESUMO

O estudo objetiva utilizar o aparato metodológico da análise econômica do direito para analisar características econômicas dos bens imateriais. Dessa análise espera-se obter algumas inferências sobre como deve ser a formatação mais eficiente do sistema de propriedade intelectual. Apresentam-se algumas noções gerais sobre a propriedade intelectual, especialmente quanto a sua natureza jurídica, de propriedade ou de monopólio legal. Após são identificados alguns dos elementos básicos da análise econômica do direito e como sua metodologia pode ser útil na determinação dos efeitos e conseqüências das normas jurídicas. Realiza-se uma análise crítica da forma de proteção intelectual existente frente às peculiaridades econômicas de produção e difusão dos bens imateriais. O trabalho conclui que o sistema de propriedade intelectual deve manter um constante equilíbrio entre a proteção e o acesso da coletividade, sob pena de violar sua destinação constitucional. Na obtenção deste equilíbrio as limitações aos direitos intelectuais devem ser vislumbradas não só como exceções a uma regra de propriedade absoluta, mas como ferramentas a serem utilizadas sempre que necessário para corrigir distorções no sistema.

PALAVRAS-CHAVES: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO; PROPRIEDADE INTELLECTUAL; BENS IMATERIAIS

ABSTRACT

The study attempts to use the methodological apparatus from the economic analysis of law to analyze the economic characteristics from immaterial assets. Of that analysis it is expected to obtain some inferences on how to format the most efficient intellectual property system. It presents some general notions on intellectual property, especially regarding its nature, as property or as legal monopoly. After it identifies some basic elements of the economic analysis of law and how its methodology is useful in determining the effects and consequences of legal norms. It makes a critical analysis of the system in light of the economic characteristics of the production and diffusion of immaterial assets. The study concludes that the intellectual property system must maintain a constant balance between protection and access, or otherwise it would violate its constitutional objective. In the pursuit of this balance, the limitations of intellectual property must be seen not as mere exceptions to an absolute property rule, but as tools to be used whenever necessary to correct systems distortions.

KEYWORDS: ECONOMIC ANALYSIS OF LAW; INTELLECTUAL PROPERTY; IMMATERIAL ASSETS

INTRODUÇÃO

O trabalho busca traçar primeiras inferências decorrentes da utilização da análise econômica do direito sobre bens imateriais para substanciar um melhor e mais aprofundado debate sobre qual deve ser o formato mais eficiente de um sistema de propriedade intelectual para que este cumpra seu desiderato constitucional de propiciar o desenvolvimento econômico e tecnológico do país.

A utilização da análise econômica do direito justifica-se por se tratar de importante aparato metodológico-científico para a análise e verificação dos efeitos das normas jurídicas no meio social.

Além disso, a temática da propriedade intelectual se mostra uma seara não só de profunda relevância para diversos segmentos econômicos, como possui um objeto muito peculiar, que são informações e conhecimentos com valor econômico. O sistema jurídico de tutela da propriedade, por sua vez, desenvolveu-se tradicionalmente para a propriedade material, com um grande destaque para a propriedade imobiliária.

Assim, uma análise dessa nota peculiar de imaterialidade pode oferecer subsídios para um aprimoramento do sistema atual para que este possa promover o desenvolvimento econômico e social.

O trabalho irá apresentar noções gerais sobre a natureza jurídica dos objetos tutelados pelo sistema de propriedade intelectual, bem como traçar algumas premissas teóricas sobre a análise econômica do direito. Num terceiro momento, buscar-se-á a análise específica dos bens imateriais e de suas características econômicas.

Por fim, o estudo irá apontar primeiras inferências decorrentes desta análise quanto a possíveis formas de utilização do sistema de propriedade intelectual atual bem como apontar a necessidade de uma percepção mais refinada de que uma proteção mais alargada não é necessariamente a mais desejável do ponto de vista social.

1 NOÇÕES GERAIS SOBRE PROPRIEDADE INTELECTUAL

A expressão propriedade intelectual pode ser classificada como uma expressão genérica, correspondendo ao direito de apropriação sobre criações, obras e produções do intelecto, talento e engenho humanos, englobando uma série de diferentes doutrinas, todas, porém, relacionadas com atividades intelectuais ou com a implementação de idéias, dados e conhecimento em atividades práticas.

Numa lição que já se reputa clássica de Denis Borges Barbosa, compreende-se a noção de Propriedade Intelectual: “(...) *como a de um capítulo do Direito, altissimamente internacionalizado, compreendendo o campo da Propriedade Industrial, dos direitos autorais e outros direitos sobre bens imateriais de vários gêneros*”.^[1]

Bettina Bulzico possui visão ainda mais abrangente, entendendo que a Propriedade Intelectual “(...) *envolve toda atividade humana de caráter intelectual, que seja passível de agregar valores e que necessite de proteção jurídica*”.^[2]

A expressão consagrou-se a partir da “Convenção de Estocolmo”, de 14 de julho de 1967, com a constituição da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI (*World Intellectual Property Organization – WIPO*), que, posteriormente, veio a se tornar uma agência especializada dentro do sistema das Nações Unidas, em 17 de dezembro de 1974. No Brasil, a convenção de constituição da OMPI foi promulgada pelo Decreto nº 75.541, de 31 de março de 1975.^[3]

Apesar da diversidade de doutrinas, existem elementos comuns a permitir não só a sua classificação, como o estudo conjunto. Para Robert Sherwood, por exemplo, existem oito elementos comuns aos diversos regimes de proteção: o conceito de um direito exclusivo; o mecanismo para a criação do direito exclusivo; a duração do direito exclusivo; o interesse público correlato ao direito exclusivo; a negociabilidade desse direito; os acordos informais e entendimentos entre as nações; a vigência do direito exclusivo; e os arranjos de transação para efeitos de mercado.^[4]

Luis Otávio Pimentel, por sua vez, indica os elementos fundamentais de tais direitos: “(...) *entre os elementos comuns, ou nucleares, de toda a propriedade intelectual a imaterialidade do seu objeto (incorpóreo) e o tempo limitado da sua proteção* (...)”.^[5]

Existe controvérsia na doutrina sobre a natureza jurídica dos direitos de propriedade intelectual. Para Orlando Gomes, por exemplo, os direitos intelectuais não podem ser confundidos com a propriedade comum, embora possuam caracteres similares:

O fenômeno da propriedade incorpórea explica-se como reflexo do valor psicológico da idéia de propriedade, emprestado pela persistente concepção burguesa do mundo. Embora esses direitos novos tenham semelhança com o de propriedade, por isso que também são exclusivos e absolutos, com ela não se confundem. A assimilação é tecnicamente falsa. Poderiam, contudo, enquadrar-se numa categoria à parte, que, alhures, denominamos, quase-propriedade, submetida a regras próprias.^[6]

Carlos Alberto Bittar também aponta para um caráter *sui generis* dos direitos intelectuais ao tratar do direito autoral:

São direitos de cunho intelectual, que realizam a defesa dos vínculos, tanto pessoais, quanto patrimoniais, do autor com sua obra, de índole especial, própria, ou *sui generis*, a justificar a regência específica que recebem nos ordenamentos jurídicos do mundo atual.^[7]

Por outro lado, existem doutrinadores que indicam que as características peculiares dos bens imateriais não desnaturam a possibilidade de configuração de um direito de propriedade dentro da ordem jurídica. Túlio Ascarelli, tratando dos direitos de patente, argumenta que é possível sustentar, não obstante o caráter resolúvel, que se trata de um direito absoluto sobre um bem imaterial.[8]

No mesmo sentido, a posição de Luiz Leonardos, para quem o direito de propriedade industrial “(...) é um direito absoluto, patrimonial, oponível erga omnes, ou seja, o seu titular dispõe do usus, do fructus e do abusus sobre os bens que constituem o seu objeto”. Conclui ao final “(...) afirmando que o titular do direito de uma invenção patenteada é titular de um direito de propriedade, idêntico a qualquer outra propriedade do direito comum, como regulada no Código Civil”. [9]

Nesse mesmo viés, Gama Cerqueira caracteriza os direitos de propriedade intelectual como direitos reais:

(...) o direito do autor e do inventor é um direito privado patrimonial, de caráter real, constituindo uma propriedade móvel, em regra temporária e resolúvel, que tem por objeto uma coisa ou bem imaterial; denomina-se, por isto, propriedade imaterial, para indicar a natureza de seu objeto.^[10]

A idéia de que a propriedade intelectual é uma forma de propriedade é recorrente na doutrina. Contudo, existem doutrinadores que apontam o caráter estritamente de privilégio que possuem os direitos de propriedade intelectual, buscando fundamento na natureza histórica de tais direitos, que asseguravam tão somente favores reais para a exploração de tecnologias úteis e a reprodução de livros.

Assim, direitos de propriedade intelectual se aproximariam de um monopólio artificial que é criado em favor de autores e inventores. Para tal corrente, a outorga de direitos de propriedade intelectual, em qualquer de suas doutrinas específicas, nada mais seria que a tolerância de um monopólio, de uma exclusividade por parte do Estado em favor do indivíduo.

Digno de nota é essa noção de que a propriedade intelectual possui a natureza de um monopólio legal já se fez presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em voto do ministro Eros Grau, tratando exatamente dos limites do monopólio estatal sobre hidrocarbonetos, na ADI 3273/DF:

Os monopólios legais dividem-se, por sua vez, em duas espécies: (i) os que visam impelir o agente econômico ao investimento e (ii) os que instrumentam a atuação do Estado na economia.

Transitamos, quando diante daquele primeiro tipo de monopólio, pela seara da chamada propriedade industrial: da e na proteção dos patentes, marcas, know-how etc. emerge autêntico monopólio privado, ao detentor do direito de sua exploração.

Logo, a natureza da propriedade industrial, e por extensão, da propriedade intelectual seria de um monopólio legal não constante daqueles expressamente previstos na constituição federal.

Cumprido, contudo, consignar o posicionamento de autores como Robert Sherwood, para quem a propriedade intelectual deve ser entendida de forma diversa de um monopólio, pois esta deve ser percebida como uma proteção, um estímulo ao desenvolvimento humano.

Na visão deste autor, o foco da noção de monopólio é a exclusividade na própria atividade a ser desempenhada. Já para a propriedade intelectual o foco é exclusividade de aproveitamento de uma criação intelectual, nos limites do necessário, para promover a inovação. Nesse sentido:

A propriedade intelectual pode oferecer uma vantagem importante, mas não é um monopólio. Num monopólio, especialmente quando for criado por iniciativa governamental, como é freqüente em muitos países comunistas e em desenvolvimento, a empresa, na verdade, não fracassa porque ela é protegida. A propriedade intelectual protege a idéia, a invenção, a expressão criativa, mas não a empresa. No caso da propriedade intelectual, o produto da mente pode fracassar ou ser suplantado no mercado. No caso de um monopólio, é a própria empresa o objeto de proteção.^[11]

Consubstanciando tal entendimento, segue a posição do ilustre Richard Posner, para quem:

(...) a patent or copyright confers a legal "monopoly" on the patent or copyright holder. This usage, though common, is unfortunate, because it confuses an exclusive right with an economic monopoly. I have the exclusive right to the use of my house, but I am not a monopolist and would not be even if the house were very valuable. A patent or copyright does carve out an area of exclusive rights, but whether the rights holder can use his rights to obtain a monopoly return depends on whether there are good substitutes for his product (...)^[12]

Tais considerações são precisas, porém, estão baseadas na premissa de um correto equilíbrio, tanto no escopo como no prazo de proteção, que a legislação confere à propriedade intelectual.

Com efeito, das lições acima, verifica-se que a decorrência ou não de uma situação de efetivo monopólio no mercado será verificada se existir ou não no mercado um substitutivo apropriado – seja uma tecnologia ou produto – àquele particularmente protegido.

Assim, a discussão relativa ao sistema de propriedade intelectual deve-se centrar na identificação do correto limite da exclusividade conferida aos particulares, seja em escopo ou em duração.

É nesse ponto que a análise econômica do direito é uma ferramenta fundamental para identificar as corretas balizas de formatação da tutela jurídica desses bens imateriais.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito pode ser identificada com um movimento, um conjunto de diferentes doutrinas que giram em torno da idéia de estudar o Direito tendo como base a racionalidade individual e a utilização do aparato instrumental microeconômico. Pode ainda ser definida como a aplicação da teoria econômica e de métodos econométricos para examinar a formação, a estrutura, os processos e o impacto social das instituições jurídicas.[13]

Elucidando a pluralidade de expressões muitas vezes utilizadas para identificar o movimento, é precisa a lição de Bruno Salama:

A expressão “Direito e Economia” é, portanto, tradução ao pé da letra da expressão original em inglês, “Law and Economics”. Essa terminologia vigora também na Alemanha (onde é comum adotar a expressão *Recht und Ökonomik*) e na Itália (*Diritto ed Economia*). Na Espanha, e também em toda a América hispânica, em geral utiliza-se *Análisis Económico del Derecho*, o que se deu talvez por influência da popular obra de Richard Posner, *Economic Analysis of Law*. Da mesma forma, em Portugal adotou-se *Análise Econômica do Direito*. Na França, utiliza-se também a expressão “Economia do Direito” (*Economie du Droit*).[14]

Outro elemento comumente associado a este movimento é “(...) a percepção da importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação de normas jurídicas visando torná-las cada vez mais eficientes”.[15]

Consolida-se, portanto, a utilidade prática do aparato conceitual e instrumental metodológico próprio dos estudos da econômica (teorias de preço e custo, *market failure*, teoria dos jogos, dentre outros) para o estudo não só da elaboração legislativa, mas do próprio direito amplamente considerado – jurisprudência, hermenêutica, etc.

A Análise Econômica do Direito veio a ganhar corpo como área de pesquisa acadêmica, inicialmente nos Estados Unidos, na segunda metade do século XX, com os trabalhos de

grandes economistas e juristas como Ronald H. Coase, Richard A. Posner, Guido Calabresi, Thomas Ullen, Robert Cooter, dentre outros. Existem, porém, diversos antecessores já atentos para a interface do direito com a economia que contribuíram para a princiologia hoje adotada para o estudo da matéria.

Logo, esta percepção econômica é apropriada para delinear os contornos e formular um modelo explicativo crítico do direito e da legislação, possibilitando-se uma melhor previsão dos efeitos dos institutos jurídicos sobre as relações sociais.

Eli M. Salzberger aponta que o aparato instrumental do movimento *Law & Economics* volta-se prioritariamente aos modelos de justificação utilitarista em contraste com outros modelos baseados em direito natural ou personalidade:

The two major normative paradigms to analyze intellectual property are the natural law paradigm (which is dominant in the Continental European legal world) and the positivist one (which is dominant in the Anglo-American legal tradition). The natural law paradigm is outside the reach of law and economics, as it is deontological rather than teleological; it judges whether a law, decision or action, is right or wrong on the basis of its intrinsic moral value without regard to its consequences. Thus, a Lockean type of natural law justification to property rights, including intellectual property rights, is outside the scope of law and economics, as is the Kant-Hegel self-fulfilling or self-flourishing justification for the protection of intellectual property.^[16]

Fabio Ulhoa, por sua vez, aponta que a análise econômica é uma ferramenta auxiliar da interpretação jurídica teleológica e “(...) *pode ser considerada – ao lado da teoria pura do direito, a lógica deontica, o marxismo e o realismo – também uma tentativa de cientificamente conhecer os padrões de comportamento socialmente produzidos*”.^[17]

Exatamente para evitar exageros, convém destacar que a utilização de uma abordagem de análise econômica do direito justifica-se, para os propósitos deste trabalho, pela necessidade de ressaltar que os bens imateriais apresentam características econômicas peculiares e demandam uma racionalidade diferenciada que deve informar a regulação legal e, até mesmo, a interpretação jurisdicional.

Importante consignar que não se pretende a utilização da teoria como uma explicativa absoluta de toda a ordem jurídica. Adota-se a visão de Paula Forgione, para quem a análise econômica é um instrumental teórico, uma ferramenta de análise lógica que permite trazer à tona os impactos que determinado dispositivo normativo ou decisão jurídica acarretam e qual política pública é mais conveniente ou adequada ou se a mesma está em sintonia com padrões de eficiência estabelecidos pela ordem jurídica, socorrendo assim os operadores jurídicos na resolução de conflitos concretos.^[18]

O foco, portanto, da presente análise econômica volta-se para os modelos de justificação utilitarista das às repercussões econômicas que o sistema de propriedade intelectual acarreta na sociedade.

3 CARACTERÍSTICAS ECONÔMICAS DOS BENS INTELECTUAIS

Os bens imateriais possuem algumas características peculiares. As informações, conhecimentos e expressões idealmente consideradas não possuem as mesmas restrições físicas dos bens materiais, podendo ser utilizadas por uma miríade de indivíduos ao mesmo tempo, sem que o consumo de um, diminua o recurso que está sendo utilizado por outrem.

Idéias, informações e conhecimentos, em virtude de sua intangibilidade, também podem ser multiplicados irrestritamente sem nenhuma diminuição do seu conteúdo em virtude da diversidade de detentores.

Uma elucidativa analogia é possível em relação à utilidade social de uma determinada linguagem ou dialeto. Perceba-se que o valor ou utilidade social dos idiomas é diretamente proporcional ao número de indivíduos que dele se utilizam.

Um dialeto de uma tribo no interior da Amazônia pode ser incrivelmente belo, com uma sonoridade ímpar em cada palavra, porém, do ponto de vista de operabilidade prática, não é tão útil para a sociedade como um todo, pois se trata de uma linguagem restrita a poucos indivíduos. Sua utilização não permite a interação necessária ao convívio social.

Línguas como o inglês e o espanhol, por sua vez, são extremamente úteis, exatamente por serem largamente utilizadas. São “convenções” que permitem uma interação entre vários indivíduos com alto grau de estabilidade (os sentidos das palavras são conhecidos, o que gera confiança das partes sobre a existência de entendimento mútuo). Necessárias, portanto, para a realização das atividades inerentes à vida em sociedade.

Logo, faz sentido que, determinados tipos de recursos imateriais talvez sejam mais bem manejados através de um sistema jurídico que garanta um maior nível de acesso à coletividade.

O ilustre professor Lawrence Lessig demonstra de forma inequívoca que a ponderação entre alocação de recursos, de forma privada ou em comum, é central no debate envolvendo políticas públicas destinadas ao desenvolvimento da tecnologia e da cultura. Na prática, a própria noção de que existem outras formas de alocação de recursos, que não através de propriedade privada, é pouco debatida:

The very idea that nonexclusive rights might be more efficient than exclusive rights rarely enters the debate. The assumption is control, and public policy is dedicated to maximizing control. But there is another view: not that property is evil, or that markets are corrupt, or that the government is the best regime for allocating resources, but that free resources, or resources held in common, sometimes create more wealth and opportunity for society than those same resources held privately.^[19]

Não obstante o intrínseco apelo às idéias de direito natural e do impulso de dividir os recursos em lotes apropriáveis, os diferentes tipos de recursos econômicos apresentam diferentes dinâmicas de produção e de distribuição na sociedade.

Existem, portanto, razões econômicas pelas quais alguns recursos devem ser colocados sob o controle individual exclusivo e outras pelas quais não se necessita de tal exclusividade, sendo, os bens, passíveis de serem disseminados de uma forma mais livre.[20]

Tratando da natureza dos bens imateriais e de seu papel na sociedade, a leitura de Thomas Jefferson é referência obrigatória:

It has been pretended by some, (and in England especially,) that inventors have a natural and exclusive right to their inventions, and not merely for their own lives, but inheritable to their heirs.

[...]

Stable ownership is the gift of social law, and is given late in the progress of society. It would be curious then, if an idea, the fugitive fermentation of an individual brain, could, of natural right, be claimed in exclusive and stable property.

If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me.

That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density in any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement or exclusive appropriation. Inventions then cannot, in nature, be a subject of property.

Society may give an exclusive right to the profits arising from them, as an encouragement to men to pursue ideas which may produce utility, but this may or may not be done, according to the will and convenience of the society, without claim or complaint from anybody.

[...]

(...) it may be observed that the nations which refuse monopolies of invention, are as fruitful as England in new and useful devices.[21] (negrito)

Não obstante o texto possuir quase duzentos anos, as ponderações são atuais e os argumentos apresentados são possivelmente até mais lúcidos que os produzidos hodiernamente. Tratando originalmente de patentes de invenção, as razões podem ser facilmente estendidas aos demais campos da propriedade intelectual.

Jefferson, de forma concisa, tanto desmistifica a noção de que exista qualquer direito natural e imutável em relação aos bens intelectuais, como claramente expressa que a propriedade é um benefício da ordem jurídica social.

Outro ponto central do texto é que Jefferson discrimina os direitos exclusivos concedidos aos titulares de patentes não como direitos de propriedade, mas sim de monopólios legalmente permitidos, com fundamento último no benefício social.

Por fim, Jefferson coloca em xeque a própria concepção de que um sistema de propriedade intelectual é necessário para promoção do desenvolvimento tecnológico de uma nação, já antecipando uma acirrada discussão que se mantém atual sobre o custo social de um sistema de direitos exclusivos sobre bens intelectuais e possíveis alternativas mais eficientes.

O ponto principal a ser compreendido parece ser a idéia de que o regime de propriedade intelectual deveria ter o foco no interesse público. O fundamento de validade de tais normas é a aptidão das mesmas para encorajar indivíduos a perseguir idéias que pudessem promover utilidade social, só se justificando a atribuição de direitos exclusivos nessa medida.

Duas características econômicas essenciais dos bens intangíveis são particularmente relevantes para a compreensão dessa dinâmica de atribuição: a não-rivalidade e não-exclusividade dos mesmos.

3.1 Rivalidade, Exclusividade e *Public Goods*

Recursos rivais ou competitivos são aqueles em que o consumo realizado por um indivíduo afeta o consumo dos outros. Exemplos clássicos são os recursos naturais.

A exclusividade é uma característica independente do elemento de rivalidade e é influenciada pelo sistema jurídico e pelas limitações físicas, jurídicas ou tecnológicas capazes de serem impostas a terceiros. A exclusividade é inerente à propriedade material, pois a própria posse pressupõe uma exclusividade sobre determinado bem.^[22]

Os bens intelectuais, por sua vez, não são capazes de exclusão. São tidos, nos termos econômicos como “imperfeitamente exclusivos”^[23], pois é possível excluir terceiros de determinada informação ou conhecimento enquanto estes forem mantidos em segredo. Uma vez comunicados, não podem mais ser removidos daquele indivíduo.

Os direitos intelectuais criam, artificialmente, exclusividades de utilização sobre bens imateriais e intangíveis que, de outra sorte, seriam recursos, uma vez comunicados, de fácil acesso e de utilização inesgotável em virtude de seu caráter não rival.

As questões da rivalidade e exclusividade são relevantes na análise do tipo de ordem jurídica que irá ser utilizada para regular a gestão dos recursos econômicos imateriais, os privatizando ou os mantendo em comum, de utilização ampla de todos.

Lessig explica de forma clara as implicações da rivalidade na definição de um sistema de controle sobre a utilização do recurso:

1. If the resource is rivalrous, then a system of control is needed to assure that the resource is not depleted which means the system must assure the resource is both produced and not overused;

2. If the resource is nonrivalrous, then a system of control is needed simply to assure the resource is created – a provisioning problem, (...). Once it is created, there is no danger that the resource will be depleted. By definition, a nonrivalrous resource cannot be used up.[24]

O autor então apresenta a lógica conclusão de que o sistema de controle a ser desenvolvido para cada tipo de recurso deve levar em consideração tais peculiaridades:

What follows then is critical: The system of control that we erect for rivalrous resources (land, cars, computers) is not necessarily appropriate for nonrivalrous resources (ideas, music, expression). Indeed, the same system for both kinds of resources may do real harm. Thus a legal system, or a society generally, must be careful to tailor the kind of control to the kind of resource. One size won't fit all.[25]

Logo, o sistema de propriedade intelectual não deveria ter, *a priori*, a mesma formatação de um sistema de propriedade para bens materiais. De fato, a preocupação do sistema de propriedade intelectual não é com a sobre-utilização ou esgotamento dos bens imateriais, mas sim com a quantidade de incentivos necessários à produção dos mesmos.

3.2 Deadweight Loss, Free Riding e Public Goods

Traduzidos em termos econômicos, a não rivalidade dos bens imateriais implica que, uma vez produzidos, os recursos podem ser disponibilizados a outros com um custo marginal zero ou muito pequeno.

Tal constatação se torna ainda mais perceptível em razão do avanço nas tecnologias de comunicação e informática, onde a disponibilização de conteúdo – música, filmes, informações – é possível a um custo ínfimo. A Internet, por exemplo, é uma ampla infra-estrutura de distribuição direta ao usuário, cujo custo de acesso é mínimo se comparado ao volume de negócios conduzidos.

Tratando dessa questão sob o ponto de vista do consumo de informações, François Lévéque e Yann Ménière, assim expõe o problema: “(...) *the marginal cost of serving an additional consumer is zero. Consequently, when a producer charge for his service, consumption of the good is needlessly rationed. (...) Social welfare is not maximized.*”^[26]

Reitere-se que o direito de propriedade intelectual acarreta uma possibilidade do titular cobrar um preço supracompetitivo com a reprodução de cada bem imaterial. Do ponto de vista do interesse social, esse preço monopolístico é ineficiente, pois há uma massa de pessoas que poderiam consumir o produto se distribuído ao custo marginal.

Em virtude da discriminação de preço que pode ser realizada pelo titular dos direitos de propriedade intelectual, há como resultado uma massa de consumo não atendido, comumente referenciada em linguagem econômica como *deadweight loss*. Essa dinâmica é assim sintetizada por David Lindsey:

As information goods have relatively high fixed costs of production, to recover the costs of production a information producer, such as a copyright owner, must charge more than the marginal cost of reproduction. If a single price is set above marginal cost, consumers who value the good at more than marginal cost but less than the price will not be able to purchase the product. According to conventional micro-economic theory, a good should be supplied to all consumers prepared to pay more than marginal cost. Thus to the extent that the price for an information good is set above marginal cost there is said to be a net social cost, which is known as the deadweight loss.^[27]

Entretanto, a lógica de uma distribuição livre em virtude do custo marginal de reprodução ser próximo a zero, está baseada na premissa de que o bem imaterial já foi produzido, ou seja, trata-se de uma lógica *ex post* a existência do produto.

Tal lógica apresenta um problema, pois um produto produzido a custo marginal zero, teria o próprio preço zero e por sua vez, sequer seria produzido em primeiro lugar. Logo, o problema associado a este tipo de recursos é a necessidade de se garantir sua produção.

Além do exemplo dos bens intelectuais, existem outros recursos que são tidos por não rivais e não exclusivos e são parte essencial da convivência em sociedade. São

normalmente os bens identificados na ordem jurídica como bens públicos ou bens de uso comum do povo.

Bens físicos como as estradas, praias, praças possuem as distintas características de serem capazes de atender um número razoavelmente grande pessoas sem discriminar ou impor exclusões predeterminadas.[28] Além desses, é possível imaginar exemplos ainda mais marcantes, como a defesa nacional, a infra-estrutura do país, além de serviços como educação, saúde e segurança ofertados ao público, mesmo para aqueles que não contribuem diretamente para seu custeio.

Não obstante os poderes públicos poderem impor restrições com fundamento no poder de polícia, a nota característica de tais bens é exatamente a sua abertura de acesso ao público. Com efeito, os bens tidos por não rivais e não exclusivos são caracterizados economicamente como *Public Goods*. De acordo com Adão Carvalho:

Um bem público tem duas características fundamentais:

(i) não-rivalidade – isto é, o seu consumo por alguém não afecta a quantidade disponível para outros.

(ii) não-exclusividade – isto é, uma vez disponível, não é possível impedir o seu acesso a outros.

O conhecimento científico e tecnológico associado a uma inovação tem estas duas propriedades.[29]

Não obstante a essencialidade dos bens públicos para a vida em sociedade, os mesmos estão sujeitos a um problema econômico conhecido como *free-riding*, que decorre da assimetria entre os custos de produção e a internalização dos benefícios.

Para os bens intelectuais são possíveis várias formas de *free-riding*. Por exemplo, é inegável que os custos com pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias são muito expressivos em relação ao valor necessário para a simples reprodução da mesma.

Logo, num ambiente sem direitos de propriedade industrial, as empresas agiriam de forma a aguardar que as competidoras produzissem a tecnologia para simplesmente copiá-la. Internalizar-se-ia todos os benefícios, sem o custo com o desenvolvimento.

A estratégia racional individual seria simplesmente não contribuir e “pegar carona” no desforço de outros indivíduos. Todas as empresas agindo de forma a minimizar seus custos, todavia, tendem a manter o *status quo* e nenhuma tecnologia seria produzida.

No direito autoral, a ausência de exclusividade sobre os direitos de reprodução das obras artísticas e literárias inviabilizaria o dispêndio do primeiro editor com a remuneração do autor, na medida em que outros editores poderiam simplesmente copiar a obra,

aproveitando-se do valor do trabalho, sem, contudo, incorrer em qualquer custo para a sua criação.

No direito marcário, a possibilidade de *free-riding* está associada também a uma indução do consumidor a erro. Se diversas empresas pudessem simplesmente utilizar a marca de outras já conhecidas e com clientela desenvolvida, estariam a internalizar os benefícios da marca, sem, contudo, ter incorrido em qualquer custo para a construção do valor da mesma.

Assim, no tocante aos bens intelectuais, na ausência de um sistema de exclusividade – por exemplo, direitos de propriedade intelectual – há uma grande possibilidade dos bens sequer serem produzidos, em virtude dos problemas de *free-riding*.

Há, portanto, necessidade de uma lógica diferenciada *ex ante*, que deverá tratar de incentivos para a criação inicial do produto intelectual. Reiterando a análise de Lessig, trata-se de um problema de provisionamento e não de esgotamento.

O sistema de propriedade intelectual se pretende uma forma de atacar os dois problemas, ou seja, incentivos para a produção e garantia de distribuição eficiente. Consoante Lévêque e Ménière,

By offering an exclusive right for a limited period, intellectual property law addresses these two problems sequentially. Initially, the legal mechanism of protection makes the good excludable. Users are required to pay for the services offered, through royalties. Subsequently when the work passes into the public domain, all consumers can access it free of charge. Intellectual property law thus attempts to strike a balance between the incentive to create and innovate and use translates into economic language as a trade-off between dynamic and static efficiency.[30]

A exclusividade artificialmente criada pela ordem jurídica através de direitos de propriedade intelectual é uma forma de eliminar o problema de *free-riding*, contudo, não é a única forma de criação de incentivos para a produção de conhecimento, cultura e tecnologia.

Em verdade, a propriedade intelectual, por si só, já carrega uma série de problemas que devem ser equacionados antes que se possa garantir que este sistema de normas é o mais eficiente para a promoção do desenvolvimento humano.

A estrutura do sistema de propriedade intelectual deve estar apta a resolver questões como: A exclusividade deve incidir sobre quais usos e aproveitamentos econômicos? Que tipos de exceção devem ser conferidos a essa exclusividade em razão do interesse social? Qual o tempo de duração ótimo? Deve existir algum sistema paralelo de promoção de incentivos para criações intelectuais? Existem outros incentivos além da exclusividade econômica? Quais conhecimentos devem ser colocados no domínio público para a utilização irrestrita?

Tais indagações ainda servem para demonstrar que o ponto mais crítico do debate é como atingir o equilíbrio econômico entre o estímulo ao interesse privado para a produção e o interesse social na ampla distribuição de conhecimento, informação e cultura. Fora desse equilíbrio ideal, estar-se-á ou perdendo novas idéias ou se privando desnecessariamente a sociedade de um conhecimento útil.

O instrumental da análise econômica aqui delineado é útil para uma análise crítica do sistema de propriedade intelectual e seus custos para a sociedade.

Para a correta compreensão do impacto de um sistema de propriedade intelectual na sociedade, é preciso entender que seus contornos não são uma decorrência lógica da natureza das coisas ou de algum direito natural. Trata-se de uma opção social, de uma política pública onde os delineamentos são essencialmente normativos e podem ser alterados dentro do processo democrático.

Pensar o sistema de propriedade intelectual como uma escolha também é interessante para trazer à tona o debate sobre os custos a ela inerentes. Não só custos com órgãos públicos e agências especializadas, nem os custos gerais relativos à atuação pública na efetivação dos direitos e correção das infrações, mas os custos que o próprio sistema impõe à sociedade.

Relacionando os custos sociais que raramente são debatidos quando das discussões sobre o sistema de patentes, Stuart McDonald demonstra que há uma contradição entre o propósito do sistema e a alocação do seu ônus:

Those who reap most benefits from the patent system are not those who incur most costs, and while benefits are finely focused, costs are much more widely distributed. The greatest cost of all would seem to be borne by society as a whole in terms of damage done to innovation, which is curious given that the fundamental purpose of the patent system is to encourage innovation for the benefit of society as a whole.

[...]

Discussion of the costs and benefits of the patent system tends to emphasize the benefits. The costs of the patent system are usually ignored altogether, or are presented as trivial. Those most commonly acknowledge are fees paid to the patent office and patent attorneys. But there are other costs. There are serious costs.[31]

Macdonald prossegue com a análise de que o sistema de patentes – bem como o sistema de propriedade intelectual – deveria se adequar à sociedade e não o contrário.

O autor utiliza exemplos de pesquisas feitas em pequenas empresas de tecnologia. Tais empresas possuíam elevados custos com consultas em arquivos de patentes. As consultas, contudo, não eram realizadas para promover novas pesquisas, mas para certificar que as tecnologias desenvolvidas não estariam a violar patentes existentes ou conhecimentos protegidos, evitando-se, assim, eventuais demandas e litígios judiciais.

Nesse caso, portanto, o sistema de propriedade intelectual não reduziu os custos de transação, em violação à sua própria *raison d'être*.

Um raciocínio similar pode ser utilizado para a seara do direito autoral e do *copyright*. A proteção excessiva pode impactar severamente no processo artístico e no desenvolvimento e difusão da cultura.

É possível inferir que a ordem normativa criou uma proteção excessiva que causou distorções severas que comprometeram o processo produtivo de novos bens intelectuais. Uma atribuição excessiva de direitos exclusivos que redundou num cenário de *tragedy of anticommons*.

3.3 Proteção excessiva e *tragedy of anticommons*

Michael Heller apresenta define *anticommons* como: “... a property regime in which multiple owners hold formal or informal rights of exclusion in a scarce resource.”^[32]

A tragédia, por sua vez, “(...) ocorre quando vários indivíduos agindo separadamente, porém num contexto coletivo, desperdiçam um recurso natural não o sobre-utilizando, mas sim o sub-utilizando”.^[33]

Aqui também se está diante de um problema de internalização de custos. Cada indivíduo, ao exercer seu direito de exclusão, ou seja, um direito de veto à utilização do recurso, não está a internalizar efetivamente todos os custos que a ausência do uso do recurso impõe sobre o grupo social.

Nessa situação, cada agente econômico agindo em uma racionalidade individual de competição tenderá a exercer esse direito até que a definição do grupo seja a que melhor lhe beneficia. Contudo, é provável que as utilizações desejadas por cada um sejam contraditórias, o que determinaria um impasse e a não utilização do bem. Essa tragédia evoca o problema dos custos de transação relativos ao consenso que é diretamente proporcional a dimensão do grupo de agentes econômicos.

CONCLUSÕES RELEVANTES DA ANÁLISE ECONÔMICA

Os direitos de propriedade intelectual se inserem na categoria de bens públicos, que são particularmente importantes para o convívio social e que demandam uma intervenção estatal para corrigir a ausência natural de incentivos econômicos para sua constituição e manutenção eficiente.

Os bens imateriais apresentam uma assimetria entre os custos necessários à sua constituição e os custos relacionados à sua reprodução e distribuição. Logo, demandam um tratamento normativo que deve atender a duas lógicas distintas, *ex ante* e *ex post* à constituição do bem intelectual.

A ordem jurídica atua criando incentivos iniciais para a produção de trabalhos intelectuais ao garantir a exclusividade temporária sobre o bem imaterial. Tal expediente ainda evita problemas de *free-riding* por parte dos outros agentes econômicos.

A limitação da exclusividade em razão do decurso de um lapso temporal é elemento que efetivamente atende ao interesse social de difusão da cultura e do conhecimento.

O ingresso no domínio público permite que o conhecimento possa ser livremente utilizado, magnificando seu valor social, pois permite uma multiplicidade de utilizações e aplicações que não seriam permitidas pelo detentor da exclusividade ou seriam frustradas em virtude dos elevados custos de transação que o sistema impõe durante o período de proteção.

O domínio público, portanto, tem um papel tão relevante (possivelmente até mais) para a sociedade do que a idéia de proteção exclusiva e recompensa aos criadores, argumento este alardeado pelos que advogam um modelo proprietário absoluto para os bens intelectuais.

Logo, as limitações aos direitos de propriedade intelectual devem ser vistas como formas eficientes de corrigir desequilíbrios e não apenas como exceções à regra de uma proteção absoluta fundada em uma idéia de propriedade em moldes clássicos.

Com efeito, da análise econômica realizada é possível identificar algumas importantes inferências sobre a formatação do sistema de propriedade intelectual. Talvez a maior delas é a de que dadas as características peculiares dos bens econômicos, o nível de proteção deve ser tão somente aquele necessário a estimular a criação de novos bens, sob pena do retorno social da criação ser inferior ao benefício individual.

Logo, para a dosimetria correta do sistema, meios como limitações do direito autoral, licenciamentos compulsórios de patentes e padrões mais estritos para a concessão da proteção patentária devem se tornar mais presentes seja na prática administrativa, seja no reconhecimento de sua licitude no plano jurisprudencial.

Estas exceções à proteção são exatamente os mecanismos que permitem que proteção intelectual não se desvirtue do desiderato constitucional do sistema, ou seja, a promoção do desenvolvimento e difusão do conhecimento.

REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Tullio. **Panorama de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. vol. 1. p. 5.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BULZICO, Bettina Augusta Amorim. Evolução da Regulamentação Internacional da Propriedade Intelectual e os Novos Rumos Para Harmonizar a Legislação. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Unibrasil. Vol 1. 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>>. Acesso em: 25.07.08.

CARVALHO, Adão. **Racionalidade econômica dos direitos de propriedade intelectual**. Documento de Trabalho nº 2004/10. Universidade de Évora - Departamento de Economia. Disponível em: <<http://www.decon.uevora.pt>>. Acesso em: 17/06/08.

CERQUEIRA, João Gama. **Tratado da propriedade industrial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. vol. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. A Análise Econômica do Direito. In: **DIREITO nº 2 – Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/SP**. São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 154-170.

COLANGELO, Giuseppe. **Avoiding the Tragedy of the Anticommons: Collective Rights Organizations, Patent Pools and the Role of Antitrust**. LUISS Law and Economics Lab Working Paper No. IP-01-2004. Roma. 2004. Disponível em: <<http://www.law-economics.net/public/patent%20pool.pdf>>. Acesso em: 16/06/08.

FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): Paranóia ou Mistificação? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Vol. 139. p. 242-256. jul/set 2005.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1962.

HELLER, Michael A. The Tragedy of Anticommons – Property in the Transition from Marx to Markets. *Harvard Law Review*. Vol. 111. nº. 3. p. 621-688. 1998.

LABRUNIE, Jacques. **Direito de Patentes**. São Paulo: Manole, 2006.

LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World**. New York: Vintage Books, 2002.

LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. **The Economics of Patents and Copyright**. Paris: Berkley Eletronic Press, 2004.

LINDSAY, David. **The law and economics of copyright, contract and mass market licences**. Sydney: Centre for Copyright Studies – Australian Copyright Council, 2002.

MACDONALD, Stuart. Exploring the Hidden Costs of Patents. In: DRAHOS, Peter; MAYNE, Ruth (ed.). **Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development**. New York: Palgrave Macmillan, 2006.

MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. **Foundations of Intellectual Property**. New York: Foundation Press, 2004.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIMENTEL, Luís Otávio. Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. In: **Propriedade Intelectual** – Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá Editora. 2005. p 41-60.

POSNER, Richard A., **Transaction Costs and Antitrust Concerns in the Licensing of Intellectual Property**. John Marshall Review of Intellectual Property. Vol. 4. Iss. 3. 2005.

ROCHA, Afonso P. P.; MATIAS, João Luis Nogueira. **Repensando o Direito de Propriedade**. XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Manaus. Anais do XV Encontro Nacional do CONPEDI - Manaus. Florianópolis : Fundação José Arthur Boiteux. 2006.

ROWLEY, Charles K. **Public Choice and the Economic Analysis of Law**. In: MERCURO, Nicholas (ed.). **Law and Economics**. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989. p. 123-173.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em “Direito e Economia”. In **Caderno Direito GV**, São Paulo, v. 5, p. 4-58, 2008.

SALZBERGER, Eli M. Economic Analysis of the Public Domain. In: **The Future of the Public Domain**. GUIBAULT, L.; HUGENHOLTZ, P.B. (eds.). Amsterdam: Kluwer Law International. 2006. p. 27–58.

SHERWOOD, Robert M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: EdUsp. 1992.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.) **Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74-83.

[1] BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. vol. 1. p. 5.

[2] BULZICO, Bettina Augusta Amorim. Evolução da Regulamentação Internacional da Propriedade Intelectual e os Novos Rumos Para Harmonizar a Legislação. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Unibrasil. Vol 1. 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>>. Acesso em: 25.07.08.

[3] O art. 2º da Convenção indica de forma exemplificativa e ampliativa uma série de direitos que estariam englobados pela noção de propriedade intelectual. No texto do Decreto 75.541/75: “(...)Para os fins da presente Convenção, entende-se por: (...) viii “propriedade intelectual”, os direitos relativos: às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão; às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico”.

[4] SHERWOOD, Robert M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: EdUsp. 1992. p. 37.

[5] PIMENTEL, Luís Otávio. Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. In: **Propriedade Intelectual** – Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá Editora. 2005. p 41-60. p. 46.

[6] GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1962. p. 318

[7] BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 11.

[8] ASCARELLI, Tullio. **Panorama de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 200.

[9] LEONARDOS, Luiz. *Apud*. LABRUNIE, Jacques. **Direito de Patentes**. São Paulo: Manole, 2006. p. 11.

[10] CERQUEIRA, João Gama. **Tratado da propriedade industrial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. vol. 1. p. 130.

[11] SHERWOOD, Robert M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: EdUsp. 1992. p.61.

[12] POSNER, Richard A., **Transaction Costs and Antitrust Concerns in the Licensing of Intellectual Property**. John Marshall Review of Intellectual Property. Vol. 4. Iss. 3. 2005. p. 329. Tradução livre: “(...) uma patente ou um copyright conferem um “monopólio” legal para os seus detentores. Esta prática, apesar de comum, é um tanto infeliz, pois confunde a idéia de um direito exclusivo com a idéia de um monopólio econômico. Eu tenho o direito exclusivo ao uso de minha casa, porém não sou um monopolista, nem mesmo se a casa fosse extremamente valiosa. Uma patente ou um copyright efetivamente cria uma área de direitos exclusivos, porém se o titular será ou não capaz de usar esses direitos para obter um monopólio depende da existência ou não de bons substitutos para o seu produto (...)”.

[13] ROWLEY, Charles K. **Public Choice and the Economic Analysis of Law**. In: MERCURO, Nicholas (ed.). **Law and Economics**. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989. p. 123-173. p. 125.

[14] SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em “Direito e Economia”. In **Caderno Direito GV**, São Paulo, v. 5, p. 4-58, 2008. p. 9.

[15] SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.) **Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74-83. p. 75.

[16] SALZBERGER, Eli M. Economic Analysis of the Public Domain. In: **The Future of the Public Domain**. GUIBAULT, L.; HUGENHOLTZ, P.B. (eds.). Amsterdam: Kluwer Law International. 2006. p. 27–58. p. 29. Tradução livre: “Os dois maiores paradigmas que analisam a propriedade intelectual são o paradigma do direito natural (dominante nos modelos legais Continental-Europeus) e o paradigma positivista (que é dominante na tradição anglo-americana). O paradigma do direito natural está fora do alcance da análise econômica do direito, por ser deontológico ao invés de teleológico; este julga se uma lei, decisão ou ação é certa ou errada com base num valor moral intrínseco, independentemente de suas conseqüências. Portanto, uma justificação lockeana de direito natural sobre direitos de propriedade, incluindo direitos de propriedade intelectual, está fora do escopo da análise econômica do direito, assim como, a justificação de auto realização de Kant-Hegel para a proteção da propriedade intelectual.”

[17] COELHO, Fábio Ulhoa. A Análise Econômica do Direito. In: **DIREITO nº 2 – Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/SP**. São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 154-170. p. 170.

[18] FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): Paranóia ou Mistificação? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Vol. 139. p. 242-256. jul/set 2005. p. 252.

[19] LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World**. New York: Vintage Books, 2002. p. 86. Tradução livre: “A própria idéia de que direitos não exclusivos podem ser mais eficientes que direitos exclusivos raramente aparece no debate. A pressuposição é controle, e a política pública é dedicada a maximizar este controle. Mas existe uma outra perspectiva: não que propriedade seja ruim, ou que mercados sejam corruptos, ou que o governo é o melhor regime para alocar recursos, mas que recursos livres ou recursos tidos em comum algumas vezes criam mais riqueza e oportunidade para a sociedade que se os mesmos recursos fossem tidos de forma privada”.

[20] LESSIG, Lawrence. *Op cit.* p. 94.

[21] Carta de Thomas Jefferson à Isaac McPherson em 13 de agosto de 1813. MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. **Foundations of Intellectual Property**. New York: Foundation Press, 2004. p. 17-21. Tradução livre: “Tem sido pretendido por alguns, (especialmente na Inglaterra) que inventores possuem um direito natural e exclusivo sobre suas invenções, não só por suas vidas, mas integrando a herança dos herdeiros. (...) A titularidade estável é um presente da lei social, e é dado tarde no progresso da sociedade. Seria então curioso se uma idéia, o fermento fugaz do cérebro de um indivíduo pudesse, por direito natural, ser objeto de propriedade exclusiva. Se a natureza fez alguma coisa menos suscetível do que todas as outras de propriedade

exclusiva, é o poder mental denominado idéia, que qualquer indivíduo pode possuir exclusivamente, enquanto reserva para si mesmo; mas no momento em que é divulgada ela se força na posse de todos e aquele que a recebe não pode mais abandoná-la. Sua característica peculiar é que ninguém possui menos, pois todos a possuem por inteiro. Aquele que recebe uma idéia de mim recebe instrução para si mesmo sem diminuir a minha; tal qual aquele que acende uma vela com a minha, recebe luz sem me escurecer. Que idéias devam espalhar-se livremente de um para o outro ao redor do globo, para a mútua instrução moral da humanidade e melhora da sua condição parece ter sido assim designado de forma benevolente pela natureza quando fez idéia tal qual o fogo, expansível sobre todo o espaço sem perder densidade em qualquer dos pontos, e como o ar que respiramos incapaz de ser confinado ou apropriado de forma exclusiva. Assim as invenções não podem em natureza ser objeto de propriedade. A sociedade pode assegurar um direito exclusivo sobre os lucros que derivam dela, como forma de encorajamento para que os indivíduos persigam idéias que se podem provar úteis, mas isto pode ou não ser feito, de acordo com a vontade e conveniência da sociedade sem qualquer contestação ou reclamação de ninguém. [...] (...) pode ser observado que nações que recusam monopólio sobre invenções são tão frutíferas quanto à Inglaterra em novos e úteis inventos”.

[22] COLANGELO, Giuseppe. **Avoiding the Tragedy of the Anticommons: Collective Rights Organizations, Patent Pools and the Role of Antitrust**. LUISS Law and Economics Lab Working Paper No. IP-01-2004. Roma. 2004. Disponível em: <<http://www.law-economics.net/public/patent%20pool.pdf>>. Acesso em: 16/06/08.

[23] LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World**. New York: Vintage Books, 2002. p. 94.

[24] LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World**. New York: Vintage Books, 2002. p. 95. Tradução livre: “1. se o recurso é rival, então o sistema de controle é necessário para assegurar que o recurso não será esgotado, o que significa que o sistema deve assegurar que o recurso será tanto produzido como não sobre-utilizado; 2. se o recurso é não rival, então o sistema de controle é necessário simplesmente criado – um problema de provisionamento. Uma vez criado não há qualquer perigo de que o recurso seja esgotado. Por definição um recurso não rival não pode ser exaurido.”

[25] LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World**. New York: Vintage Books, 2002. p. 95. Tradução livre: “O que se segue é crucial: O sistema de controle criado para recursos rivais (terra, carros, computadores) não é necessariamente apropriado para recursos não rivais (idéias, música, expressões). De fato, o mesmo regime para os dois tipos de recursos pode ocasionar um dano real. Portanto, o sistema legal ou a sociedade em geral, deve cuidadosamente delinear o tipo de controle ao tipo de recurso. Um só tipo não serve para todos.”

[26] LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. **The Economics of Patents and Copyright**. Paris: Berkley Eletronic Press, 2004. p. 5. Tradução livre: “O custo marginal de servir um consumidor adicional é zero. Conseqüentemente, quando um produtor cobra por seu serviço, o consumo do bem é racionada de forma desnecessária. (...) O bem estar social não é maximizado”.

[27] LINDSAY, David. **The law and economics of copyright, contract and mass market licences**. Sydney: Centre for Copyright Studies – Australian Copyright Council, 2002. p. 24. Tradução livre: “Como os bens de informação possuem custos de produção relativamente altos, para recuperar o investimento o produtor, a exemplo de um titular de copyrights, deve cobrar acima do custo marginal de reprodução. Se um preço é colocado acima do custo marginal, consumidores que valorizam o bem além do custo marginal, porém aquém do preço, não poderão comprar o produto. De acordo com a teoria micro-econômica, um produto deveria ser produzido a todos os consumidores dispostos a pagar mais que o custo marginal. Assim, no que se relaciona com o estabelecimento de um preço de um produto informacional além do preço marginal, diz-se que há um custo social, identificado como “peso morto”.”

[28] NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 41.

[29] CARVALHO, Adão. **Racionalidade econômica dos direitos de propriedade intelectual**. Documento de Trabalho nº 2004/10. Universidade de Évora - Departamento de Economia. Disponível em: <<http://www.decon.uevora.pt>>. Acesso em: 17/06/08.

[30] LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. **The Economics of Patents and Copyright**. Paris: Berkley Eletronic Press, 2004. p. 5. Tradução livre: “Através da oferta de direitos exclusivos por um período de tempo limitado, a propriedade intelectual trata desses dois problemas de forma seqüencial. Inicialmente, o mecanismo legal de proteção torna o produto exclusivo. Usuários devem pagar pelos serviços oferecidos, através de royalties. Seqüencialmente, quando o trabalho passa para o domínio público, todos os consumidores podem acessá-lo de forma gratuita. Propriedade Intelectual procura encontrar um equilíbrio entre incentivos para a criação e inovação e usos, traduzindo-se em linguagem econômica como uma troca entre eficiências dinâmica e estática.”

[31] MACDONALD, Stuart. Exploring the Hidden Costs of Patents. In: DRAHOS, Peter; MAYNE, Ruth (ed.). **Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development**. New York: Palgrave Macmillan, 2006. p. 13 *et seq.* Tradução livre: “Aqueles que recebem mais benefícios do sistema de patentes não são aqueles que incorrem nos maiores custos, e enquanto os benefícios são bem focados, custos são muito mais distribuídos. O maior dos custos parece ser arcado pela sociedade como um todo em termo de danos à inovação, o que é curioso, levando em consideração que o propósito fundamental do sistema de patentes é encorajar a inovação para o benefício da sociedade. [...] Discussão sobre custos e benefícios do sistema de patentes tende a enfatizar os benefícios. Os custos do sistema de patentes são usualmente ignorados ou apresentados como triviais. Os comumente reconhecidos são as taxas dos escritórios de patente e os advogados. Mas existem outros custos. Existem custos sérios”.

[32] HELLER, Michael A. The Tragedy of Anticommons – Property in the Transition from Marx to Markets. *Harvard Law Review*. Vol. 111. nº. 3. p. 621-688. 1998. p. 668. Tradução livre: “*Um regime de propriedade no qual titulares múltiplos possuem formalmente ou informalmente direitos de exclusão sobre um recurso escasso.*”

[33] ROCHA, Afonso P. P.; MATIAS, João Luis Nogueira. **Repensando o Direito de Propriedade**. XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Manaus. Anais do XV

Encontro Nacional do CONPEDI - Manaus. Florianópolis : Fundação José Arthur Boiteux. 2006.