

Revista de
**Direito Econômico e
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

vol. 9 | n. 1 | janeiro/abril 2018 | ISSN 2179-8214

Periodicidade quadrimestral | www.pucpr.br/direitoeconomico

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



Análise econômica do direito e propriedade intelectual: a contribuição de Posner & Landes

*Law and economics and intellectual property: the contribution
of Posner & Landes*

Raphaela Magnino Rosa Portilho*

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Brasil)
raphaelamrp@hotmail.com

Leonardo da Silva Sant'Anna**

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Brasil)
lsantanna44@gmail.com

Recebido: 31/08/2017
Received: 08/31/2017

Aprovado: 13/11/2017
Approved: 11/13/2017

Como citar este artigo/*How to cite this article*: PORTILHO, Raphaela Magnino Rosa; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. Análise econômica do Direito e propriedade intelectual: a contribuição de Posner & Landes. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 355-379, jan./abr. 2018. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i1.18997

* Doutoranda e Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro – RJ, Brasil). Linha de Pesquisa “Empresa e Atividades Econômicas”. Bolsista de Doutorado CAPES. Advogada E-mail: raphaelamrp@hotmail.com

** Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro – RJ, Brasil). Doutor em Saúde Pública pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca (ENSP) da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ). Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. E-mail: lsantanna44@gmail.com

Resumo

Este artigo tem por escopo trazer à colação a abordagem da Análise Econômica do Direito sobre o ramo jurídico da Propriedade Intelectual. Nesse diapasão, opta-se por apresentar um estudo panorâmico acerca da metodologia econômica valendo-se dos estudos de Richard A. Posner como marco teórico. Além de apresentar os principais postulados que sustentam a perspectiva em comento, o primeiro capítulo cumpre o papel de demonstrar suas raízes no paradigma utilitarista. O segundo capítulo, por conseguinte, leva a investigação para o ramo específico da Propriedade Intelectual, apresentando as matrizes teóricas mais usadas para sua justificação, bem como o estudo de Posner e William Landes sobre tal ramo jurídico nos parâmetros da abordagem econômica. Importa observar, finalmente, que o presente trabalho se perfaz segundo a metodologia da pesquisa qualitativa e análise de conteúdo.

Palavras-chave: análise econômica do Direito; propriedade intelectual; utilitarismo; Posner; Landes

Abstract

This essay aims to take into consideration the Law and Economics approach into Intellectual Property Law. In this sense, the option is to present a panoramic study of the economic methodology drawing on the studies of Richard A. Posner as a theoretical framework. In addition to presenting the main assumptions that support the perspective under discussion, the first chapter fulfils the role of demonstrating its roots in the utilitarian paradigm. Thus, the second chapter leads the investigation towards the specific realm of Intellectual Property, presenting the most popular theoretical frameworks regarding its justification. The referred chapter also presents the work of Posner and William Landes on such legal branch in the parameters of the economic approach. It should be noted, finally, that the present essay is conducted by the methodology of qualitative research and content analysis.

Keywords: law and economics; intellectual property; utilitarianism; Posner; Landes.

Sumário

1. Introdução. **2.** Análise Econômica do Direito. **2.1.** Análise Econômica do Direito enquanto movimento. **2.2.** Raízes Epistemológicas. **3.** Análise Econômica do Direito e Propriedade Intelectual: o estudo de Landes e Posner. **4.** Conclusão. **5.** Referências.

1. Introdução

O presente trabalho tem como principal objetivo pesquisar a aplicação da Análise Econômica do Direito ao campo jurídico da Propriedade

Intelectual, valendo-se de um recorte específico quanto ao instituto da patente.

Aponta William Baumol (2002) a existência de uma profunda relação entre direito e economia, sendo o primeiro muito importante para o funcionamento do regime econômico, uma vez que efetiva o respeito à propriedade e aos contratos. Segundo o autor em comentário, a ausência de proteção jurídica a tais institutos poderia significar a formação de um cenário no qual “economias de mercado poderiam nunca ter sido desenvolvidas” (BAUMOL, 2002, p. 69).

Contudo, tradicionalmente destaca-se que tanto a Economia quanto o Direito possuem pressupostos e características “profundamente distintos” (SAMPAIO, 2009; LOPES, 2004)¹. Nesse diapasão, argumenta-se, por exemplo, que a crítica e a avaliação são feitas em termos de eficiência ou custo quando o exame se dá pela ótica da economia, enquanto o campo do direito utiliza-se do critério da legalidade:

o direito pressupõe um argumento de autoridade (a obrigatoriedade da lei) que não se encontra presente no raciocínio econômico. Igualmente, no que tange à dimensão temporal, o direito relaciona-se com o passado através da “imputação”, isto é, julga e qualifica os atos praticados, impondo a sanção prevista na legislação quando for o caso (da mesma forma, o direito se lança sobre o futuro, esclarecendo previamente as condutas que não deverão ser praticadas). Já na seara econômica, o passado serve apenas como aprendizado sobre se foram realizadas boas ou más escolhas em termos econômicos (LOPES, 2004, p. 142).

De uma maneira geral, o objeto da economia é tradicionalmente identificado com o estudo do comportamento dos indivíduos e das organizações no contexto mercadológico.

¹ No mesmo sentido: “Enquanto a eficiência se constitui no problema fundamental dos economistas, a justiça é o tema que norteia os professores de Direito (...) é profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, toda ação racional) e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os aspectos da conduta humana. Essa diferença significa, basicamente, que o economista e o advogado vivem em mundos diferentes e falam diferentes línguas” (STIGLER, 1992).

Partindo desse contexto, Posner (2010) argumenta que o pressuposto² de que cada indivíduo maximiza racionalmente sua satisfação, o qual seria a principal ferramenta usada pelos economistas, pode ter um raio de aplicação mais amplo: uma vez que o agir com racionalidade não se restringe apenas às transações comerciais (mercadológicas), ao contrário, representa um traço dominante do comportamento social, a conceituação construída pela ciência econômica ao longo de sua trajetória pode ser aplicado para explicar todo e qualquer comportamento, inclusive o não mercadológico.

Com efeito, Análise Econômica do Direito (AED, ou direito e economia, em uma tradução da expressão *Law and Economics*) não enxerga as instituições legais como exógenas ao sistema econômico, e sim como variáveis que lhe compõem, observando os efeitos causados por alterações em quaisquer dessas variáveis sobre elementos do sistema.

Naturalmente, a adoção de conceitos e métodos próprios da ciência econômica atrai as críticas³ e controvérsias que também lhe são próprias, como o atual questionamento acerca do modelo neoclássico, cuja preocupação fundamental é a economia de mercado, em que a produção e a circulação de bens ocorre por meio de um sistema de preços⁴. Nesse contexto, “o mercado, entendido como um sistema descentralizado de preços, constitui um mecanismo perfeito de coordenação econômica” (CAVALLI, 2013, p. 151).

² “Os princípios da ciência econômica são deduções desse pressuposto – por exemplo, o princípio de que uma mudança no preço de um bem de consumo afetará a quantidade disponível desse bem por fomentar o surgimento de bens de consumo substitutos, ou de que os recursos serão direcionados para onde se mostrarem mais lucrativos, ou o princípio de que um indivíduo distribuirá seu orçamento entre os produtos e serviços disponíveis de maneira tal que o dólar marginal (último dólar) gasto em cada produto ou serviço lhe proporcione a mesma satisfação; caso isso não ocorra ele poderá aumentar sua utilidade ou seu bem-estar total por meio de uma realocação de seus recursos financeiros” (POSNER, 2010, p. 3-4).

³ Importante crítica à metodologia da AED é feita por Ronald Dworkin, que rejeita a ideia segundo a qual “a lei será economicamente mais eficiente se os juízes forem autorizados a levar em conta o impacto das suas decisões” (DWORKIN, 1999, p.11), defendendo que tal raciocínio se furta a responder indagações fundamentais, quais sejam: (i) proceder desta forma é justo? (ii) é possível considerar critérios econômicos como parte integrante dos direitos existentes? (iii) decidir com base em impacto econômico traz um maior ou um menor peso moral? (DWORKIN, 1999).

⁴ A economia neoclássica elabora um modelo econômico hipotético em que há uma extrema interdependência entre os indivíduos que participam do mercado que, por sua vez, é marcado por uma extrema descentralização. Por extrema interdependência quer significar que o mercado cuida do problema da coordenação social da produção e do consumo. Já por extrema descentralização quer significar que os preços em mercados não sofrem influência direta da ação individual de uma empresa ou consumidor, de modo que eles “não estabelecem o preço, o sistema estabelece” (CAVALLI, 2013, p. 151).

Ao argumentar por uma aplicação de eficiência às normas legais, a AED procura solucionar duas questões fundamentais: (i) de que maneira as normas jurídicas afetam os comportamentos dos indivíduos e das instituições; e (ii) tendo como ponto de observação medidas de bem-estar social rigorosamente definidas, quais seriam as melhores normas e de que maneira seria possível estabelecer comparações entre normas jurídicas para se chegar a esse resultado mais eficiente.

Os métodos da teoria microeconômica constituem pilares para a construção da AED, à medida que os agentes econômicos, postos diante da necessidade de tomar uma decisão (estritamente econômica, social ou cultural), comparam custos e benefícios (avaliados segundo as preferências dos agentes e o conjunto de informações disponíveis naquele momento) que podem resultar de todas as alternativas possíveis. Com efeito, costuma-se atribuir à AED uma natureza consequencialista, uma vez que a análise de custo-benefício considera o resultado futuro da decisão e não o que causou a necessidade de que esta fosse tomada.

A AED pode ser dividida em dois ramos principais (POSNER, 2010). O primeiro – e mais antigo – é, também, sob a óptica quantitativa, o mais relevante. Englobando estudos sobre legislação antitruste, tributação e direito societário; regulamentação das empresas públicas e do transporte de cargas; e regulamentação do comércio internacional, entre outras atividades do mercado, remonta às discussões empreendidas por Adam Smith a respeito dos efeitos econômicos da legislação mercantilista e ainda muito importantes para a análise econômica do direito.

O segundo ramo pode ser definido como o da análise das leis que regulam as atividades não mercadológicas sendo, em comparação ao primeiro, muito recente. Posner (2010) aponta como pioneiros nesse campo os estudos de Ronald Coase e Guido Calabresi, ambos publicados no ano de 1961.

Nesse contexto, primeira parte do presente trabalho dedica-se à observação panorâmica da Análise Econômica do Direito a partir de seus pressupostos teóricos e principais postulados, tecendo também breves comentários acerca dos pontos de conexão com o paradigma utilitarista.

Posteriormente, o trabalho inclina-se sobre a AED aplicada ao ramo jurídico da Propriedade Intelectual a partir das proposições desenvolvidas por Landes e Posner (*The Economic Structure of Intellectual Property Law*, 2003), com especial ênfase à proteção patentária sobre os bens imateriais

de acordo com a metodologia do *Law and Economics*, seguido pela conclusão.

Importa observar, finalmente, que esta investigação se consubstancia em uma pesquisa qualitativa do tipo teórico, destacado seu caráter conceitual. Assim, a pesquisa valer-se-á do método da análise de conteúdo, uma vez que os objetivos traçados demandam o estudo de textos teóricos e legais que permitam a construção de uma rede analítica de conceitos a ser aplicada na interpretação da temática da AED sobre a Propriedade Intelectual.

Quanto às técnicas de pesquisa, far-se-á a opção pela documentação indireta, qual seja, revisão de literatura, empregada por meio de pesquisa bibliográfica e documental, balizada pela interpretação de textos referentes ao instituto da Propriedade Intelectual e ao paradigma do *Law and Economics*.

2. Análise Econômica do Direito

2.1 Análise Econômica do Direito enquanto movimento

A Análise Econômica do Direito, frequentemente denominada de Escola de Chicago⁵, é identificada como uma escola que defende a aplicação dos postulados da teoria econômica às mais diversas áreas do direito. Nesse sentido, seria possível aumentar o grau de eficiência e previsibilidade nas relações jurídicas.

De acordo com Rachel Sztajn, a Análise Econômica do Direito pode ser conceituada como: “uma escola de pensamento que busca, para compreender e explicar efeitos das normas jurídicas, uma base de apoio pautada em modelos e premissas desenvolvidos por economistas, constituindo uma técnica inovadora de avaliação da eficácia das normas” (SZTAJN, 2006, p. 221).

Concebida inicialmente como uma vertente das escolas liberais, enxerga o direito como “um sistema que aloca incentivos e responsabilidades dentro de um modelo econômico, podendo e devendo ser analisado sob uma óptica de critérios econômicos, entre eles a eficiência”

⁵ Conforme leciona Paula A. Forgioni: “Frequentemente, as expressões Análise Econômica do Direito e Escola de Chicago são empregadas como sinônimas, referindo-se ao movimento de vários teóricos ligados àquela Universidade, cuja orientação destaca a falência da intervenção sobre a economia, celebrando o conúbio entre direito e eficiência” (FORGIONI, 2012, p. 24).

(PINHEIRO; CASTELAR, 2005, p. 83-84). Desenvolvida a partir da década de 1960⁶, primeiramente com os estudos de Ronald H. Coase – responsável pela elaboração do famoso Teorema de Coase⁷ – e Guido Calabresi, tem seu principal expoente na figura de Richard A. Posner, Professor da Universidade de Chicago cuja obra *Economic Analysis of Law* (1972) traçou as bases que sustentam a AED.

Para fins de possibilitar uma compreensão mais linear do tema, importa traçar breves comentários acerca das teorias de Coase e Calabresi, conferindo a Posner um enfoque mais detalhado.

Ronald Coase, ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1991, desenvolveu estudos para demonstrar o papel da introdução de custos de transação na análise econômica, revelando ser um elemento capaz de determinar as formas organizacionais e as instituições do ambiente social. O resultado dessa introdução é a demonstração da relevância do Direito na determinação dos resultados econômicos.

Guido Calabresi, da Universidade de Yale, direcionou seus estudos para o campo da responsabilidade civil. Tanto em âmbito legislativo quanto judicial, demonstrou que uma análise dos impactos econômicos da alocação de recursos se revelaria importante para a análise de questões jurídicas. Na obra *The Cost of Accidents: a Legal and Economic Analysis*, o autor afirma que o fim a ser alcançado nesse ramo do direito (indenizatório) não é a minimização absoluta da ocorrência de perdas em acidentes, uma vez que o custo total de qualquer atividade econômica engloba tanto o cálculo do custo esperado dos acidentes que ocorrem como também os custos esperados pela sociedade para evitar que tais acidentes ocorram (MONTEIRO, 2009).

Richard A. Posner, por sua vez, introduz sua escola de pensamento afirmando que muitos advogados ainda creem na definição de Economia como a ciência que estuda inflação, desemprego, ciclos de negócios e outros

⁶ O passo inicial para a fundação do movimento de Law and Economics foi dado por Coase, Guido Calabresi e a contribuição posterior de Posner. Entretanto, além deles, outros importantes acadêmicos - Henry Manne, George Stigler, Armen Alchian, Steven Medema e Oliver Williamson – aprofundaram os estudos e ofereceram diferentes óticas para a integração entre Direito e Economia (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 4).

⁷ Na obra *The Problems of Social Cost*, Coase explica que “se os agentes envolvidos com externalidades puderem negociar (sem custos de transação) a partir de direitos de propriedade bem definidos pelo Estado, poderão negociar e chegar a um acordo em que as externalidades serão internalizadas” (MONTEIRO, 2009, p. 1088).

fenômenos macroeconômicos que se mostram distantes dos problemas cotidianos do sistema legal.

Entretanto, pretende demonstrar que tal raciocínio seria equivocado. Economia, na lição de Posner, “*is the science of rational choice in a world – our world – in wich resources are limited in relation to human wants*” (POSNER, 2003, p. 3)⁸. Assim, a tarefa da Economia é explorar as implicações em assumir que o homem é um maximizador racional de seus fins e objetivos na vida, suas satisfações.

A Análise Econômica do Direito propõe como fundamento principal o alcance de maior previsibilidade e segurança para as relações jurídicas. Para tanto, traz os postulados que operam na ótica do mercado, a fim de tornar seu funcionamento adequado, para a lógica do ordenamento jurídico. Assim, as relações jurídicas deveriam agregar as noções de maximização, eficiência e equilíbrio.

A lição de Posner (2003) apresenta os aspectos normativos e positivos da AED. No que tange ao aspecto normativo, utiliza-se do exemplo do roubo para ilustrar seu raciocínio: um economista não poderia dizer à sociedade para objetivar limitar o roubo em geral, mas pode demonstrar que seria ineficiente permitir o roubo de forma ilimitada. Assim, seria possível esclarecer um conflito de valores ao demonstrar o quanto de um determinado valor – qual seja, eficiência – deve ser sacrificado para o atingimento de outro.

Ademais, em se tratando de visar à limitação do roubo, o economista poderá mostrar que os meios pelos quais a sociedade tentava atingir seu objetivo restam ineficientes, apresentando alternativas metodológicas para se alcançar maior prevenção a menor custo. Portanto, se tais métodos alternativos não conflitassem com outros valores, seriam socialmente desejáveis mesmo se a eficiência fosse baixa no totem dos valores sociais (POSNER, 2003).

Com efeito, a dimensão normativa procura responder a seguinte indagação: dentre os diversos enquadramentos jurídicos possíveis, qual seria aquele apto a fornecer os resultados mais eficientes?

A respeito das dimensões positiva e normativa da AED,

⁸ Tradução: “é a ciência da escolha racional em um mundo – nosso mundo – no qual os recursos são limitados em relação aos desejos humanos”.

Em resumo, a AED positiva nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a AED normativa nos auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido (GICO, 2010, p. 47).

Nesse diapasão, torna-se necessário mencionar, ainda que de forma superficial – tendo em vista que o objetivo do presente trabalho não se configura no esgotamento do rico e complexo tema – alguns conceitos básicos para o entendimento do funcionamento metodológico da AED. São eles: escolha racional, noção de eficiência, falhas de mercado, teoria dos jogos e custos de transação⁹.

No que tange à escolha racional, deve-se ter em mente que o agente econômico, diante da possibilidade de uma escolha, se depara com o seguinte binômio: desejos ilimitados x recursos escassos. Assim, a escolha racional atuará no sentido de encontrar a alternativa que melhor atenda os interesses envolvidos, isto é, aplicando a maximização da utilidade e gerando a ideia de incentivo ou desincentivo a determinadas condutas.

As alternativas são ordenadas de acordo com sua utilidade, de modo que a relação custo-benefício será o norte da decisão a ser tomada, pois os indivíduos têm a tendência a escolher as soluções que propiciam maior satisfação a menor custo.

Quanto à noção de eficiência, existem dois parâmetros muito relevantes, quais sejam: a eficiência de Pareto e a eficiência Kaldor-Hicks. O chamado ótimo Parentiano representa uma situação na qual resta impossível melhorar a utilidade de um agente sem gerar alguma espécie de prejuízo a outro.

Nessa senda, haveria uma melhoria de Pareto quando existisse um benefício a alguém sem que haja prejuízo correspondente a outro indivíduo. Assim, a situação posterior se mostraria mais eficiente do que a anterior.

Já a eficiência Kaldor-Hicks traz à baila um modelo segundo o qual a utilidade é maximizadora se os ganhos dos vencedores são maiores ou

⁹ Para maiores detalhes acerca desses parâmetros, indica-se a leitura de Raimundo Frutuoso de Oliveira Jr. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3155.pdf>>.

suficientes de modo a compensar a perda sofrida pelos excluídos. Assim, uma mudança seria eficiente caso resultasse em mais benefícios experimentados do que decréscimos sofridos. Em síntese, a comparação entre os dois critérios mencionados pode ser estabelecida da seguinte forma:

Percebe-se que, no critério Kaldor-Hicks, há situações eficientes mesmo com perdas para algum agente econômico. Desta maneira, uma melhoria de Pareto pode não corresponder a um incremento numa situação contemplada pelo modelo Kaldor-Hicks. A perspectiva de cada tipo de eficiência é diferente. O modelo paretiano é voltado para os prováveis perdedores, enquanto o modelo Kaldor-Hicks tem como ponto de referência a análise sob o prisma dos vencedores em uma determinada mudança. (Rodrigues, *apud* FRUTUOSO JR., 2010, p. 370).

No que tange às falhas de mercado, entende-se que são oriundas da impossibilidade de o sistema reger-se apenas pela concorrência, o que diminuiria o grau de eficiência e de bem-estar. Assim, o Estado teria como função única e exclusiva a intervenção a fim de minimizar ou neutralizar tais falhas, objetivando o alcance final de maior grau de bem-estar.

São falhas de mercado (MONTEIRO, 2009): (i) assimetria de informações, ou seja, a falta de uniformidade de conhecimento das partes envolvidas; (ii) existência de poderes econômicos mais fortes do que os outros, a exemplo dos monopólios; (iii) externalidades, que ocorrem quando terceiros são afetados, sendo que essas afetações podem ser positivas, quando um investimento revestido em conhecimento, e negativas, a exemplo da destruição do meio ambiente; (iv) bens públicos, que são bens que não podem ser subtraídos do uso de terceiros; não há como impedir que outros (*free riders*) se beneficiem do investimento e gastos feitos pelo proprietário.

Outro importante conceito consubstancia-se na Teoria dos Jogos, elaborada e desenvolvida por John Von Neumann e John Forbes Nash Junior. Sua aplicação teria o condão de apontar quais os resultados que se pretende alcançar através do Direito. Tomando por base certos pressupostos comportamentais dos agentes econômicos envolvidos no jogo, isto é, em uma determinada situação, torna-se possível optar por certos modelos normativos em face dos possíveis resultados de sua implementação.

Esta teoria baseia-se na premissa de que os processos de tomada de decisão por indivíduos, que reconhecem sua interação mútua, são do tipo “penso que você pensa o que eu penso sobre você mesmo”. Na verdade, é um modelo de análise de interação estratégica, por meio do qual se visualiza processos cooperativos e não cooperativos resultantes de tomadas de decisão racionais, nas quais há um comportamento estratégico fundado na antecipação de uma possível decisão que será tomada pelo outro jogador. (FRUTUOSO JR., 2010, p. 371)

Finalmente, acerca dos custos de transação – faz-se mister reiterar que Ronald Coase foi o primeiro estudioso a debruçar-se sobre o estudo e a relevância de tais variáveis – são aqueles suportados pelos agentes econômicos e relacionam-se à procura, à aquisição e à operação da informação relativos ao processo de negociação desde a origem até a fase de cumprimento das obrigações estipuladas nos contratos.

Assim, o propósito fundamental de uma empresa, uma vez que representa um feixe de contratos, seria o de reduzir tais custos de transação, de acordo com o ensinamento de Coase.

Diante dos breves comentários supramencionados, importa mencionar que a AED aplica tal metodologia econômica às mais diversas áreas do Direito, passando por temas como contratos, direitos constitucionais, matéria tributária, direito penal, regulação, responsabilização civil, entre outros, inclusive às áreas do Direito nas quais os direitos patrimoniais seriam considerados de segunda ordem, como é o caso do Direito de Família.

2.2 Raízes Epistemológicas

Embora a origem direta da Análise Econômica do Direito seja o desenvolvimento da doutrina na década de 1960, conforme já explicitado, suas raízes mediatas podem ser encontradas no século XVIII. Segundo Rachel Sztajn, o diálogo entre Direito e Economia remonta a Adam Smith e Jeremy Bentham, “o primeiro ao estudar os efeitos econômicos decorrentes da formulação das normas jurídicas, o outro ao associar legislação e utilitarismo” (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 74), numa demonstração da importância em se analisar de forma multidisciplinar os fatos sociais. Semelhante raciocínio também é desenvolvido por Renato Leite Monteiro:

No século 18, Adam Smith discutiu os efeitos econômicos na legislação mercantilista. Entretanto, aplicar economia para analisar a regulação de atividades não relacionadas ao mercado teve origem indireta com Jeremy Bentham (1789), e a escola do utilitarismo, teoria ética que responde a todas as questões acerca do que fazer, do que admirar e de como viver, em termos da maximização da utilidade e da felicidade. Através de seus estudos, Bentham examinou sistematicamente como se dá o comportamento dos atores sociais ao se depararem com incentivos legais e assim pôde avaliar os resultados de um estado medido através do nível de bem-estar social. Os estudos desse autor contêm uma significativa e extensa análise sobre Direito Penal, aplicação coercitiva da lei e sobre procedimentos legais. (MONTEIRO, 2009, p. 1088)

Notadamente, a AED caminha no sentido de associar o papel do Direito ao incentivo de comportamentos economicamente eficientes pelos indivíduos, com o intuito final de maximizar o bem-estar geral. Assim, os operadores do Direito – legisladores e juízes – deveriam debruçar-se sobre as consequências econômicas das normas jurídicas, uma vez que a interpretação dessas normas regularia as condutas sociais, à medida que as incentivaria ou não.

Nitidamente, a ideia de maximização do bem-estar geral como finalidade, defendida por Bentham e Mill, encontra-se presente também como um elemento importante da AED. Posner confirma tal entendimento ao afirmar que a ideia central da supramencionada obra *Economic Analysis of Law* reside no entendimento de que o homem é um maximizador da utilidade racional em todas as áreas da vida, não apenas no que tange às suas tarefas econômicas. Segundo o estudioso, “*this is an idea that goes back to Jeremy Bentham in the eighteenth century, but it received little attention from economists until the work of Gary Becker in the 1950s and 1960s*” (POSNER, 2003, p. 4)¹⁰.

Outro aspecto de interseção é a utilização dos modelos de utilidade propostos por Bentham para a avaliação da eficiência. Kaldor e Hicks sugerem que as normas devem ser produzidas com o intuito de gerar o máximo de bem-estar para o maior número possível de pessoas.

¹⁰ Tradução: “Este é um pensamento que remonta à Jeremy Bentham no século XVIII, mas recebeu pouca atenção dos economistas até o trabalho de Gary Becker nos anos 1950 e 1960”.

Identificando o problema inicial encontrado na necessidade de maximização de duas variáveis e na dificuldade de estabelecer como compensá-las, chegaram à proposição de que o melhor critério para as escolhas no que diz respeito à distribuição de benefícios é o de dar mais a quem tem maior utilidade marginal.

Desta feita, a racionalidade dos agentes - enquanto postulado econômico - é o vetor que impulsiona a procura da maximização de utilidades. Aliada à eficiência alocativa, caminharía no sentido da ideia de solidariedade e bem-estar coletivo defendida por Bentham e Mill ao aplicar o Princípio da Utilidade.

Por fim, conforme já mencionado, o Utilitarismo é uma importante vertente do raciocínio moral consequencialista. De acordo com Dussel (2002), que apresenta uma crítica à ética utilitarista, o critério de moralidade apontado pelos utilitaristas nada mais é do que “um ‘critério’ determinado por uma felicidade alcançada como cumprimento das preferências de consumo, por opção da utilidade (determinada pelo ‘desejo’ do comprador), dentro do mercado capitalista” (DUSSEL, 2002, p.111).

De maneira semelhante, o consequencialismo se mostra presente na AED, à medida que esta visa compreender os fatos sociais e auxiliar a tomada racional de decisões jurídicas para alcançar o bem-estar. Assim, traz a ideia de que a adequação de determinada norma está atrelada às suas reais consequências sobre a sociedade, a partir da lógica de mercado.

3. Análise Econômica do Direito e Propriedade Intelectual: o estudo de Landes e Posner

Ao estudarem especificamente o ramo jurídico da Propriedade Intelectual na obra *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Landes e Posner (2003) concedem que os institutos que o compõem sempre levantaram questões econômicas relevantes, bem antes do desenvolvimento do moderno movimento da AED.

Importa observar, conceitualmente, que os referidos autores compreendem propriedade intelectual a partir de uma concepção ampla, qual seja: ideias, invenções, descobertas, símbolos, imagens, trabalhos

expressos, (verbais, musicais, visuais, teatrais), isto é, qualquer produto humano potencialmente valioso (ou seja, “informação”) que possa existir separadamente de um corpo físico, não importando se o produto foi “apropriado”¹¹.

Notadamente, a justificativa mais difundida para a existência de um regime jurídico de propriedade sobre os chamados bens intelectuais ou imateriais (incentivo necessário à continuidade da atividade criativa/inventiva ao longo dos anos) é uma lógica que existe desde a Idade Média e continua a ser empregada até os dias atuais. São exemplos de marcos relevantes desse sistema o Ato Veneziano sobre Patentes de 1474, O Estatuto Inglês sobre Monopólios de 1624, o Estatuto da Rainha Anne de 1710 (ou Estatuto Inglês em matéria de Copyright¹²), a cláusula sobre patentes e copyright da Constituição Norte-Americana de 1787, os Estatutos estadunidenses sobre patentes e copyright de 1790 e o Ato Francês sobre patentes de 1791 (LANDES; POSNER 2003, p. 1).

Já uma análise econômica sobre a propriedade intelectual, segundo os autores, remonta a breves discussões empreendidas por Smith, Bentham, Mill e outros economistas clássicos e passam pelos estudos de economistas do início do século XX como Pigou, Taussig, e Plant, este último responsável por uma série de artigos pioneiros sobre patentes e copyright na década de 1930 (LANDES; POSNER, 2003, p. 2).

Landes e Posner (2003) apontam, no entanto, que a literatura sobre análise econômica da propriedade intelectual tornou-se robusta e abrangente das várias formas que o ramo jurídico compreende apenas a partir da década de 1970. Assim, observam que esse fenômeno nada mais é do que reflexo do crescimento que o paradigma da análise econômica do direito em geral experimentou no período. Outro fator importante foi o aumento da importância da propriedade intelectual para a economia norte-americana e mundial, além de um movimento poderoso e bastante significativo que advogava a expansão da proteção dos direitos sobre tais formas de propriedade, fenômeno que também não se limitou aos Estados

¹¹ A “apropriação” à qual os autores fazem referência nada mais é do que um produto submetido ao regime jurídico dos direitos de propriedade (LANDES; POSNER, 2003, p. 1).

¹² Nota de esclarecimento: normalmente o termo “copyright” é traduzido para a língua portuguesa automaticamente com a expressão “direito de autor”. Embora ambos os institutos tratem essencialmente da proteção dos mesmos direitos, não são exatamente sinônimos, sobretudo em função das particularidades das tradições jurídicas às quais se vinculam, respectivamente, Common Law e Civil Law. Por tal razão, este trabalho opta pela manutenção do termo original.

Unidos e produziu como resultado várias iniciativas de ordem legislativa, judicial e executiva sobre a matéria.

Os reflexos desse contexto foram sentidos, principalmente, durante os anos 1970, 1980 e parte da década de 1990. Isso porque acreditava-se que o declínio da economia dos Estados Unidos só poderia ser revertido através de uma ênfase em inovação tecnológica como vetor de crescimento econômico, pois o país perdia em competitividade para outras nações, particularmente o Japão.

Os autores indicam que seus estudos iniciais sobre propriedade intelectual tiveram início na metade da década de 1980, particularmente com artigos tratando sobre aspectos econômicos do direito de marca e do *copyright*. Comentam que nesse período ainda havia a necessidade de justificar a perspectiva econômica sobre o direito tanto para profissionais do ramo jurídico quanto para economistas e profissionais dedicados à elaboração de políticas públicas (LANDES; POSNER, 2003, p. 3-4).

Destaca-se, sobre a aplicação da metodologia da AED ao direito de propriedade intelectual, a seguinte passagem:

That is no longer the case with regard to bodies of law that regulate primarily commercial relations, which is a generally apt description of the laws pertaining to intellectual property. Today it is acknowledged that analysis and evaluation of intellectual property law are appropriately conducted within an economic framework that seeks to align that law with the dictates of economic efficiency¹³ (LANDES; POSNER, 2003, p. 4).

Assim, a proposta da AED perpassa a análise de doutrinas, casos concretos, princípios, políticas públicas e legislações a partir do princípio econômico da eficiência. Ou seja, descobrir se eles são eficientes do ponto de vista econômico ou não, e de que maneira seria possível torná-los eficientes.

Cumprе observar que a literatura especializada fornece outras perspectivas – além da econômica – para a investigação do direito da

¹³ Tradução dos autores: Este não é mais o caso no que concerne campos do direito que regulam precipuamente relações comerciais, que é genericamente uma descrição adequada das leis pertencentes ao ramo da propriedade intelectual. Atualmente existe o reconhecimento de que a análise e a avaliação do direito de propriedade intelectual são adequadamente conduzidas através de uma estrutura econômica visando alinhar esse direito aos ditames da eficiência econômica.

propriedade intelectual. William Fisher (2001) comenta que a maioria dos estudos atuais sobre a teoria da propriedade intelectual busca suas raízes em uma de quatro principais abordagens distintas.

A primeira delas, que o autor argumenta ser o mote de Landes e Posner em estudos sobre *copyright* e marcas¹⁴, também é a mais popular. Trata-se da orientação utilitária segundo a qual a baliza para os legisladores ao moldarem direitos de propriedade deve ser a maximização do bem-estar social.

Buscar tal fim no contexto da propriedade intelectual significaria, portanto, uma atuação legislativa no sentido de “atingir um equilíbrio ótimo entre, de um lado, o poder que direitos exclusivos têm de estimular a criação de invenções e obras artísticas e, de outro, a tendência parcialmente oposta desses direitos em cercear a ampla fruição pública dessas criações”¹⁵ (FISHER, 2001, p. 2).

A argumentação principal é de que existiriam duas principais características nos bens intelectuais: facilidade de cópia e o fato de que o uso desses bens por uma determinada pessoa não impede o uso simultâneo por outra. Isso seria um desincentivo aos criadores, que não conseguiriam recuperar seus “custos de expressão” ao competir com outros agentes que seriam meros copiadoreis (atividade menos custosa).

Em uma segunda abordagem também muito difundida, argumenta-se que a justificativa para a proteção de bens imateriais via direito de propriedade (sobretudo patentes e *copyright*) pode ser encontrada a partir da teoria de que o trabalho cria um direito daquele que o realizou sobre seus frutos, desenvolvida por Locke.

Segundo Fisher, a popularidade dessa argumentação no campo da propriedade intelectual pode ser explicada pelo fato de que nesse campo específico, “a matéria-prima (fatos e conceitos) parece estar, em certo

¹⁴ O autor cita especificamente as duas obras a seguir: *An Economic Analysis of Copyright Law*, publicada em 1989 pelo *Journal of Legal Studies*; e *Trademark Law: An Economic Perspective*, publicada pelo *Jornal de Direito e Economia* em 1987.

¹⁵ No texto original: “(...) requires lawmakers to strike an optimal balance between, on one hand, the power of exclusive rights to stimulate the creation of inventions and works of art and, on the other, the partially offsetting tendency of such rights to curtail widespread public enjoyment of those creations”.

sentido, disponível a todos, de modo que o trabalho parece ser fator de contribuição determinante para o valor dos produtos finais” (2001, p. 4)¹⁶.

A terceira abordagem busca inspiração nas teorias desenvolvidas por Kant e, principalmente, Hegel. No que tange às propostas de análise do direito de propriedade intelectual a partir dos pressupostos hegelianos, o foco está na ideia de que possuir uma propriedade é uma marca do homem livre. Com efeito, os direitos de propriedade (privada) seriam cruciais para a satisfação de necessidades humanas fundamentais, o que deveria orientar os legisladores e desenvolvedores de políticas públicas a criar e alocar o direito a recursos que permitam a melhor maneira para o atingimento dessas necessidades pelas pessoas.

Assim, duas justificativas emergem para o direito de propriedade intelectual: (i) protege de apropriação ou modificação artefatos através dos quais criadores expressaram suas vontades (atividade ligada à personalidade); ou (ii) cria condições que conduzem à atividade intelectual criativa, que é relevante para o desenvolvimento humano (FISHER, 2001).

Nesse contexto, alguns advogam que, assim como a liberdade é inalienável, a propriedade intelectual também deveria sê-lo. Doutrinas relevantes que têm raízes na perspectiva de Hegel¹⁷ são o direito de sequência (mais conhecido como *droit de suite*, que permite ao criador receber *royalties* sobre sua obra mesmo que ele a tenha cedido, muito discutido em relação às obras de arte) e os direitos morais atribuídos aos criadores protegidos via direito de autor, extremamente relevantes na lógica da proteção aos direitos autorais no sistema do *Civil Law*.

Finalmente, a quarta abordagem trabalha com a ideia de que direitos de propriedade em geral (e de propriedade intelectual especificamente) podem e devem ser moldados como vetores aptos a ajudar a atingir uma cultura justa e atrativa. Segundo Fisher (2001), existe uma similitude com a perspectiva utilitária no que tange à teleologia. No entanto, dela se distancia porque imagina um conceito de sociedade mais rico e diversificado do que

¹⁶ No texto original: “(...) where the pertinent raw materials (facts and concepts) do seem in some sense to be “held in common” and where labor seems to contribute so importantly to the value of finished products”. Fisher afirma que a breve – embora relevante – discussão sobre patentes, empreendida por Robert Nozick na obra “Anarquia, Estado e Utopia”, bebe na fonte da teoria de Locke. Para maior aprofundamento, ver: FISHER, William. *Theories of Intellectual Property*.

¹⁷ Fisher cita como principal expoente dessa abordagem John Hughes, que busca inspiração na Filosofia do Direito de Hegel para criar argumentações a respeito de um sistema de propriedade intelectual adequado em sua obra “Filosofia da Propriedade Intelectual” (FISHER, 2001, p. 6).

os conceitos de sociedade fulcrada no bem-estar que derivam das proposições inspiradas no utilitarismo.

Importa observar, contudo, que esta perspectiva é bem menos difundida e reconhecida que as outras já explicitadas. Existe, inclusive, uma dificuldade em rotulá-la. Nesse sentido, Fisher (2001, p. 7) sugere a denominação “Teoria do Planejamento Social” (*Social Planning Theory*) e cita como exemplo o ensaio *Copyright* e uma Sociedade Civil Democrática (*Copyright and a Democratic Civil Society*), de Neil Netanel, em que o autor defende, entre outras medidas, uma diminuição tanto no prazo de proteção dos direitos autorais quanto nas prerrogativas de controle dos titulares sobre obras derivadas, cuja consequência última seria o aumento no espectro do domínio público disponível para a atividade criativa.

Landes e Posner (2003) criticam tais perspectivas e afirmam encarar teorias não econômicas sobre propriedade intelectual com ceticismo. Para os autores, o problema em basear a justificação dos direitos intelectuais proprietários em doutrinas de matriz hegeliana reside no fato de que a liberdade do indivíduo é diminuída e não aumentada ao operar-se uma limitação ao seu direito de vender determinada propriedade em troca de dinheiro (o qual esse indivíduo pode empregar na compra de bens que necessita ou simplesmente deseja ter em maior quantidade).

Já sobre as doutrinas baseadas na teoria de Locke, os autores afirmam que “não está claro até que ponto um direito de propriedade intelectual pode ser considerado de maneira realística o fruto exclusivo do trabalho de seu titular” (LANDES, POSNER, 2003, p. 4). Isso porque afirmam que a propriedade intelectual é um processo cumulativo no qual cada criador de um “novo” bem intelectual se vale das criações de seus predecessores, e que as formas de proteção mais usadas (patente e *copyright*) conferem um prazo extenso de propriedade a alguém que pode ter sido mais rápido na corrida por uma unidade de tempo irrelevante.

A análise de Landes e Posner (2003) perpassa a noção de que existiria suporte econômico para afirmar que o grau de proteção dos direitos de propriedade intelectual deveria ser menor do que hoje existe. Ademais, entendem os autores que a argumentação que fundamenta a proteção via regime jurídico de propriedade intelectual apenas pela ênfase no incentivo para a manutenção do fluxo de produção de conhecimento seria inadequada.

À primeira vista, tal proposição pode se mostrar surpreendente e até mesmo contraditória. No entanto, os autores frisam que o elemento incentivo-acesso como um *tradeoff* não deixa de existir e continua desempenhando um papel bastante relevante para o sistema, mas que não deve ser a única variável a ser considerada ao se empreender uma análise econômica sobre o direito da propriedade intelectual. Assim, alertam para a tendência que muitos analistas econômicos da propriedade intelectual têm de reduzir todo o fenômeno à ideia de que a exclusividade inerente a esses direitos incentiva a continuidade da atividade inventiva que, em termos práticos, acabaria por gerar um benefício à sociedade que teria acesso aos resultados¹⁸.

Com efeito, a proteção advinda dos direitos de propriedade intelectual, de uma maneira geral, significaria uma espécie de contraprestação aos titulares em função dos custos que geralmente são associados aos referidos direitos. Sob essa óptica, destacam-se três aspectos: (i) custos de transação; (ii) *rent seeking*; e (iii) custos de proteção.

No que tange aos custos de transação (quanto custa transferir tais direitos), existe a tendência de que sejam altos em se tratando de propriedade intelectual, mesmo quando existirem poucos agentes (efetiva ou potencialmente). Isso se dá pela dificuldade de identificação do objeto daquela propriedade, dada sua natureza imaterial e ausência de corpo físico exclusivo, ao contrário do que ocorre com a propriedade sobre um imóvel, por exemplo (LANDES, POSNER, 2003, p. 17).

Economistas utilizam a expressão "*rent seeking*" para denominar o motivo que justifica a obtenção de um direito de propriedade. O "*rent*" significa uma renda que, na perspectiva econômica, representa um retorno para além do custo de geração daquele retorno, ou seja, é o lucro em estado puro. Segundo Landes e Posner (2003, p.18), a proteção via propriedade intelectual gera sérios problemas de *rent seeking* porque bens intelectuais estão à espera da descoberta ou da invenção, dando causa a situações como a chamada "corrida pelas patentes" ou "*patent race*". Assim, o *rent seeking* produziria um desperdício passível de ser obtido pelo excesso no

¹⁸ O raciocínio defendido pelos autores, no original: "(...) a tendency among economic analysts of intellectual property to reduce the entire problem of intellectual property rights to a tradeoff between 'incentive' and 'access' (...). Not that the incentive-access tradeoff is nonexistent or even unimportant; but there is much else to consider in an economic analysis of intellectual property law" (LANDES; POSNER, 2003, p. 11).

investimento ótimo menos qualquer benefício social produzido pelo investimento adicional. Para ilustrar o raciocínio, os autores trazem o seguinte comentário de George Stigler: *“the prospects of monopoly pricing [of patents] will lead to such a scale of investment in producing knowledge that it will return only the competitive rate of return on average”*¹⁹.

A respeito dos custos de proteção da propriedade intelectual, a tendência é que sejam particularmente elevados por conta de sua característica de bem público (não-rivalidade e não-exclusividade)²⁰. Isso porque existe maior dificuldade de se evitar tanto uma apropriação indevida quanto de se implementar possibilidades de exclusão dos chamados *free riders*²¹ quando se está diante de um cenário em que não exista um espectro de proteção jurídica. Os autores chamam atenção, ainda, para a dificuldade em até mesmo detectar um uso não autorizado de determinado bem protegido quando a tutela legal está presente (LANDES; POSNER, 2003, p. 18).

Afirmando que a economia é um ótimo elemento simplificador do direito, Landes e Posner chamam atenção para o fato de que o regime jurídico da propriedade intelectual contempla uma boa variedade de nichos (direito de autor, patentes, marcas, segredos industriais, etc.) que envolvem legislação e estatutos próprios e estão espalhados por uma ampla rede de atividades e indústrias. Contudo, atribuem à análise econômica o papel de revelar os pilares comuns de sustentação dessa variedade jurídico-empírica, que seria marcada por contemplar “mais distinções do que diferenças significativas” (LANDES; POSNER, 2003, p. 420).

Ainda sobre esse tema, os autores chamam atenção sobre a decisão a respeito do tempo de proteção e da amplitude dessa tutela no que se refere aos direitos de propriedade intelectual. Assim, apontam que a fórmula ideal para decidir sobre a extensão desses direitos seria através da classificação das diferentes formas de propriedade intelectual de acordo com o resultado

¹⁹ Tradução: “os prospectos dos preços de monopólio [das patentes] levarão a uma escala de investimento em produção de conhecimento na qual haverá apenas o retorno da taxa competitiva em média”.

²⁰ Do ponto de vista econômico, os bens de inovação são considerados bens públicos, na medida em que possuem duas características bastante específicas: não-rivalidade, no sentido de que a utilização do bem por uma pessoa não impede ou reduz a possibilidade de utilização simultânea do mesmo bem por outra pessoa, e não-exclusividade, na medida em que é difícil ou impossível impedir que terceiros não autorizados façam uso do bem (NUNES, 2016, p. 31).

²¹ Agentes econômicos que acabam usufruindo um determinado benefício proveniente de um bem, sem que tenham contribuído para sua obtenção.

provável a ser produzido com e sem o reconhecimento do direito em análise para, portanto, conceder tal reconhecimento apenas para aquelas categorias nas quais o resultado seria abaixo do ideal sem ele. A partir da adoção do raciocínio em comento, seria possível vislumbrar que

Nas áreas da propriedade intelectual em que os custos fixos fossem baixos ou que apresentassem de maneira significativa outros incentivos além da prospecção da renda dos *royalties*, a tutela via propriedade intelectual seria fraca ou até mesmo negada totalmente (LANDES; POSNER, 2003, p. 24)²².

Alerta-se, no entanto que existe o risco de que tal classificação, uma vez realizada²³, possa se tornar na verdade um instrumento político de favorecimento a determinados produtores de propriedade intelectual, aos quais haveria a concessão de direitos mais amplos.

Destaca-se, ainda, que quanto mais altos os custos de duplicação de um determinado bem, maior é a possibilidade de eliminação do parasitismo – ou *free riding* – e, conseqüentemente, para essas hipóteses, a tutela via propriedade intelectual se revelaria relativamente sem importância (LANDES; POSNER, 2003).

Nesse diapasão, torna-se interessante expor brevemente a perspectiva empreendida pelos autores em destaque no que tange ao instituto da patente. Para que seja possível decidir se um determinado grau de proteção patentária é socialmente desejável, Landes e Posner (2003, p.300) defendem a análise a partir dos seguintes elementos: (i) custos fixos do titular da patente; (ii) a dificuldade inerente de realizar inventos próximos à inovação patenteada; e (iii) os lucros extras que podem ser esperados pelo titular da patente ao receber uma maior proteção.

A partir de um estudo comparativo sobre o percentual de desvalorização das diversas formas de propriedade intelectual no período compreendido entre 1934 e 1991, Landes e Posner (2003) se mostram céticos quanto à essencialidade do nível de proteção atual das patentes enquanto instrumento de recuperação dos custos fixos investidos pelos

²² No texto original: “So in areas of intellectual property where fixed costs were or other incentives besides the prospect of royalty income were present in force, intellectual property protection would be slight or would even be withheld altogether”.

²³ Landes e Posner afirmam que estudos empíricos necessários à condução adequada dessa classificação ainda não foram realizados (2003, p. 24).

titulares²⁴. Isso porque os cálculos realizados demonstram que a perda de valor foi de: (i) 13,4% para os direitos autorais sobre artes gráficas; (ii) 9,2% para os direitos autorais de livros; (iii) 6,5% para marcas; (iv) 4,1% para direitos autorais sobre músicas; e (v) 6% para as patentes – apesar dos altos valores das taxas de renovação desse direito em particular – (LANDES; POSNER, 2003, p. 312).

Assim, concluem os autores (LANDES; POSNER, 2003, p. 323-325) que as consequências de uma interpretação mais ampla dos direitos de propriedade intelectual no que concerne às patentes seriam: (i) possibilidade de gerar monopólio substancial; (ii) incremento no poder do titular da patente de excluir a competição; (iii) possibilidade de estipulação de um preço mais alto do que o seria advindo de uma proteção menor, em função da falta de substitutos próximos; (iv) o reforço do retorno dos gastos da invenção para o primeiro inventor, ainda que signifique um incentivo interessante à primeira invenção, pode significar um desincentivo aos sucessores por gerar aumento dos seus custos de invenção.

4. Conclusão

A proposta deste trabalho calca-se no olhar que a metodologia da Análise Econômica do Direito lança sobre o ramo jurídico da Propriedade Intelectual. A partir do reconhecimento de que o movimento *Law ad Economics* possui diversas vertentes e representantes, fez-se a opção por abordá-lo conforme a teoria de Richard Posner e, no que tange especificamente à Propriedade Intelectual, os estudos de Posner e William Landes.

Demonstrou-se que as raízes da abordagem econômica do direito são encontradas nos postulados utilitaristas, a partir da ideia segundo a qual indivíduos racionais agem de modo a maximizar seu bem-estar. Na perspectiva da Análise Econômica do Direito, a solução dos problemas jurídicos pressupõe o estudo de suas dimensões econômicas. Assim, o foco se dá na eficiência econômico-social do sistema jurídico.

Assim, a AED traz como ponto central o postulado da eficiência – seu grau maior ou menor as operações negociais, as normas jurídicas e as

²⁴ Em sentido oposto, Ricardo Dutra Nunes questiona a “noção constantemente reproduzida por autores que se dedicaram a estudar o sistema de patentes à luz da análise econômica do direito: a ideia de que as corridas por patentes, situação em que diferentes players buscam criar e patentear uma solução para determinado problema técnico, constituem um desperdício de recursos e uma ineficiência do sistema de patentes”. Para maior aprofundamento no tema, recomenda-se a leitura de NUNES, 2016.

decisões judiciais, componentes que têm o condão de afetar a alocação de recursos nos sistemas produtivos.

Em termos de teoria do direito da propriedade intelectual, a perspectiva econômica insere-se na abordagem utilitária. No entanto, Landes e Posner (2003) defendem que a lógica que permeia o sistema de propriedade intelectual não pode ser reduzida apenas ao binômio “incentivo-acesso”, embora este seja uma variável importante na consideração acerca de sua eficiência.

Com efeito, uma análise econômica dos direitos de propriedade intelectual precisa levar em conta pelo menos três aspectos: (i) custos de transação; (ii) *rent seeking*; e (iii) custos de proteção. Através de pesquisa empírica conduzida pelos próprios autores, Landes e Posner (2003) defendem que conferir maior amplitude aos direitos decorrentes de uma patente não seria socialmente desejável e, mais precisamente, representaria uma ineficiência.

5. Referências

BAUMOL, William. **The free-market innovation machine: analysing the growth miracle of capitalism**. Princeton: Princeton University Press, 2002.

CAVALLI, Cássio. **Empresa, Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FORGIONI, Paula A. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FISHER III, William. Theories of Intellectual Property. in MUNZER, Stephen (ed.), **New Essays in the Legal and Political Theory of Property**. Cambridge University Press, 2001. Disponível em: <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

FRUTUOSO JR., Raimundo de Oliveira. **Aplicações da Análise Econômica do Direito**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3155.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 13, n. 47, p. 25-65, jan./mar. 2010.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

LOPES, José Reinaldo de L. Raciocínio jurídico e economia. **Revista de Direito Público da Economia**, n. 8, out.-dez./2004.

MONTEIRO, Renato Leite. **Análise Econômica do Direito: uma visão didática**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2425.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2016.

MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do Direito: leituras escolhidas em Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NUNES, Ricardo Dutra. **Análise Econômica do Direito e o sistema de patentes como mecanismo de regulação da inovação: comentários às corridas por patentes**. Rio de Janeiro, 2016. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas. Escola de Direito do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/15978/Disserta%3a7%3a3o%20Ricardo%20Nunes%20Mestrado%20FGV%20Direito%20Rio%20FIAL%20assinada%20com%20ficha%20catalogr%3a1ficha.pdf?sequence=1&isAlloved=y>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 6. ed. New York: ASPEN Publishers, 2003.

POSNER, Richard. O movimento Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*). In: TEIXEIRA, Anderson V., OLIVEIRA, Elton S. de (org.). **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. São Paulo: Manole, 2010.

POSNER, Richard. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. **Direito da concorrência e a obrigação de contratar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SANDEL, Michael. **Justice**. Disponível em: <<http://www.justiceharvard.org/2011>>. Acesso em: 12 out. 2013.

SAVARIS, José Antônio. **Uma Teoria da Decisão Judicial da Previdência Social:** contributo para a superação da prática utilitarista. São Paulo: 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-25082011-161508/es.php>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

STIGLER, George. Law or Economics?. **The Journal of Law & Economics**, Chicago: University of Chicago Law School, v. 35, n. 2, oct. 1992.

SZTAJN, Rachel. Direito e economia. **Revista de Direito Mercantil**, n. 144, out./dez. de 2006.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito, definições e fins do Direito, os meios do Direito.** Martins Fontes: São Paulo, 2003.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.