

Revista de
**Direito Econômico e
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

vol. 7 | n. 2 | julho/dezembro 2016 | ISSN 2179-8214

Periodicidade semestral | www.pucpr.br/direitoeconomico

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



Direito de propriedade intelectual – formas de proteção, seu impacto no desenvolvimento econômico e propostas para sua melhoria

*Intellectual property rights – forms of protection, impacts on
economic development and improvement proposals*

José Augusto Scalea^{*}

Universidade Católica de Brasília (Brasil)
jascalea@gmail.com

Benjamin Miranda Tabak^{**}

Universidade Católica de Brasília (Brasil)
benjaminm.tabak@gmail.com

Recebido: 21/09/2016
Received: 09/21/2016

Aprovado: 19/12/2016
Approved: 12/19/2016

Como citar este artigo/How to cite this article: SCALEA, José Augusto; TABAK, Benjamin Miranda. Direito de propriedade intelectual – formas de proteção, seu impacto no desenvolvimento econômico e propostas para sua melhoria. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 7, n. 2, p. 154-174, jul./dez. 2016. doi: 10.7213/rev.dir.econ.socioambienta.07.002.AO08

^{*} Discente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Católica de Brasília (Brasília-DF, Brasil). Advogado e Diretor de Administração da Superintendência do Desenvolvimento do Centro-Oeste (SUDECO).

^{**} Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília (Brasília-DF, Brasil). Doutor em Economia pela Universidade de Brasília (Brasília-DF, Brasil). Mestre em Economia pela Universidade Federal Fluminense (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Consultor Legislativo do Senado Federal.

Resumo

O presente trabalho propõe fazer uma análise sobre os impactos causados pela proteção dos direitos de propriedade intelectual à vista da Análise Econômica Comportamental do Direito, as diferentes formas de proteção adotadas pela legislação tanto nacional quanto estrangeira e suas consequências, a ocorrência de vieses comportamentais, em especial da ocorrência do “efeito dotação”, bem como a adoção de modelos que proporcionem um maior desenvolvimento econômico e aumento do bem-estar social baseados em um melhor aproveitamento e incentivos ao potencial inovador dos detentores dos direitos de propriedade intelectual, por meio de uma nova abordagem da proteção dos mesmos.

Palavras-chave: propriedade intelectual; desenvolvimento econômico; incentivo às inovações; inclusão econômica; recompensas.

Abstract

This paper proposes to make an analysis of the impacts caused by the protection of intellectual property rights in the light of Behavioral Economic Analysis of Law, the different forms of protection adopted by both national legislation and foreign and its consequences, the occurrence of behavioral biases in especially the occurrence of the "endowment effect", and the adoption of models that provide greater economic development and increased social welfare based on a better use and incentives to the innovative potential of the holders of intellectual property rights, by a new approach to protection thereof.

Keywords: intellectual property; economic development; innovation incentives; economic inclusion, rewards.

1. Introdução

O papel das inovações científicas é crucial para o desenvolvimento da economia de um país, tendo em vista principalmente o seu potencial econômico e geração de renda que poderá advir de tais inovações. Todavia existe intenso debate, principalmente na literatura estrangeira, acerca da melhor forma de proteção a ser adotada com referência aos direitos de propriedade intelectual visando dar-lhes maior segurança e assim proporcionar um maior incentivo ao desenvolvimento de novas ideias, além de minimizar os efeitos dos vieses psicológicos que possuem papel negativo sobre a racionalidade humana e gerariam ineficiência ou na melhor das situações, uma eficiência não plena.

Assim, o presente trabalho buscou com base nos conceitos apresentados pela Análise Econômica Comportamental do Direito analisar a legislação referente à proteção dos direitos de propriedade intelectual existente tanto no Brasil quanto no mundo, verificando seus impactos e sua eficiência e comparando os resultados observados para propor sugestões que maximizem o potencial econômico que deriva das tais inovações científicas.

Verificamos com base nos textos analisados que existe externamente uma grande divergência acerca da melhor forma de proteção da propriedade intelectual, dividindo-se os autores estrangeiros quanto a adoção de regras de propriedade e regras de responsabilidade no assunto, cada um defendendo a melhor adequação de cada uma das formas de proteção e suas vantagens.

No âmbito brasileiro tal discussão ainda é mínima, todavia, observamos que existem trabalhos que tratam da proteção da propriedade intelectual sob o prisma da eficiência econômica e seus impactos com relação ao nosso ordenamento jurídico, bem como a segurança jurídica e demais consequências que advêm de tal proteção.

O presente trabalho se divide em quatro seções, além desta Introdução, que em síntese abordam os seguintes tópicos.

Na primeira seção falamos brevemente sobre a Análise Econômica Comportamental do Direito, de seus principais conceitos e contribuições para o estudo da disciplina de Direito e Economia e que podem e devem ser aplicados ao dia a dia bem como às novas proposições legislativas objetivando garantir sua eficiência e a correção de eventuais vieses que possam ser prejudiciais às pessoas.

Na segunda seção fazemos uma breve análise acerca das formas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, em especial da divergência doutrinária sobre a adoção de regras de propriedade versus regras de responsabilidade, de seus impactos e da ocorrência ou não de vieses, em especial, do viés de efeito dotação, decorrentes da racionalidade limitada do ser humano.

Na terceira seção abordamos a proteção dos direitos de propriedade intelectual no Brasil, sua estrutura, os incentivos atuais, seu impacto sobre a inovação científica, a segurança jurídica, o desenvolvimento econômico e eventuais sugestões buscando a melhoria modelo atual.

Na quarta seção concluímos o presente trabalho apontando de qual forma a legislação brasileira poderia maximizar o efeito econômico com

relação a propriedade intelectual incentivando a inovação e gerando maiores ganhos econômicos para o país apenas utilizando-se das ferramentas da Análise Econômica Comportamental do Direito.

2. A Análise Econômica Comportamental do Direito

A Análise Econômica Comportamental do Direito, busca seus fundamentos principalmente na área da Psicologia tentando explicar a motivação dos fenômenos que causam um desvio da atitude humana esperada, considerando-se o ser humano como um ser racional.

Com o advento da Teoria da Utilidade Esperada por Von Neumann e Morgenstern, em 1944, tais autores acreditavam que, se verificados os seus axiomas, as escolhas feitas pelas pessoas deveriam sempre tender a uma escolha racional, uma escolha que buscasse a maximização da sua utilidade. Todavia, em 1953, Maurice Allais demonstrou que nem sempre as escolhas dos seres humanos correspondiam ao modelo proposto por Von Neumann e Morgenstern, o que ficou conhecido como o Paradoxo de Allais, onde a inversão nas preferências dos sujeitos não tinha explicação aparente, mas ocorria sistematicamente. Posteriormente, Herbert Simon, em 1957, cunhou o termo racionalidade limitada, o qual buscava explicar as causas de tais inversões, alegando, em resumo, que a racionalidade dos seres humanos era limitada, e quando se encontravam diante de problemas complexos, os mesmos se utilizavam de instrumentos heurísticos para formular suas escolhas, abandonando a Teoria da Utilidade Esperada e as escolhas racionais.

As pesquisas sobre tais desvios e atitudes “irracionais” continuou até que, em 1979, dois psicólogos, Daniel Kahneman e Amos Tversky, propuseram uma nova teoria para explicar o comportamento humano, a qual ficou conhecida com a Teoria do Prospecto ou Teoria da Perspectiva. Tal teoria, em resumo, justifica a tomada de decisões dos seres humanos com base não no valor final, mas sim na análise das perdas e ganhos envolvidos no processo todo e a utilização de heurísticas durante o processo de escolha, o que explicaria o abandono à Teoria da Utilidade Esperada, que seria a escolha mais racional.

Desde então, diversos autores, inclusive o próprio Kahneman, têm buscado explicar melhor o comportamento humano diante de situações de escolha e os vieses que afetam tais escolhas. A lista de vieses psicológicos já

estudados é extensa e ainda continua em expansão, tendo em vista que a cada nova pesquisa ou estudo verifica-se ou confirma-se a existência de um novo viés, mas se pode destacar, dentre os já estudados, os seguintes: aversão à perda, otimismo exagerado, heurística, desconto hiperbólico, efeito enquadramento, ancoragem, percepção tardia e em especial o que guarda maior relação com o presente trabalho, efeito dotação.

Um dos principais nomes da Economia Comportamental é Richard Thaler, que cunhou a expressão efeito dotação para se referir a situação em que uma pessoa tende a valorizar mais um item que tenha a propriedade do que o mesmo item se não fizer parte das suas posses. Trata-se da diferença entre o valor que as pessoas estão dispostas a receber (*willingness to accept*) e o valor que estão dispostos a pagar (*willingness to pay*) por um mesmo item. Thaler acredita que tal diferença ocorre, principalmente, em decorrência da aversão à perda, descrita por Kahneman e Tversky na sua Teoria do Prospecto, que atribui as perdas praticamente o dobro do peso dado aos ganhos para uma pessoa.

Observando tais vieses e comportamentos, e como isso impacta nas escolhas dos indivíduos, a Análise Econômica Comportamental do Direito tem evoluído na busca pela formulação de novas formas de legislação que conduzam as pessoas, que como visto, possuem uma racionalidade limitada ou “enviesada”, a fazerem escolhas melhores, que maximizem sua utilidade, de forma menos invasiva, ou como alguns autores denominaram, de paternalismo libertário. Ficou claro em algumas situações que a simples alteração do default ou valor pré-definido em formulários pode impactar enormemente o resultado de uma escolha, como no caso da doação de órgãos ou até da adesão a planos de previdência.

A criação e adoção de novas leis que levem em conta a racionalidade limitada dos indivíduos é tarefa da Análise Econômica Comportamental do Direito também no que diz respeito aos impactos econômicos causados por tal limitação. A alocação inicial de recursos como proposta por Coase tem grande influência e relevância sobre os efeitos financeiros posteriores e como veremos, deve ser analisada sob a ótica das teorias já descritas, bem como dos vieses e comportamentos adotados pelos seus titulares, que podem ser guiados para um resultado mais eficiente do ponto de vista econômico utilizando-se das ferramentas fornecidas pela Análise Econômica Comportamental do Direito.

3. A legislação acerca da proteção da propriedade intelectual no mundo

Desde a publicação do trabalho seminal de Calabresi e Melamed (1972) acerca dos direitos de propriedade muito se tem discutido sobre qual seria a melhor forma de proteção dos mesmos, se por meio de regras de propriedade ou regras de responsabilidade.

Em seu artigo, Calabresi e Melamed (1972) analisam ambas as formas de proteção, as regras de propriedade e as regras de responsabilidade, apontando suas vantagens e desvantagens em relação a vários aspectos inerentes as mesmas. Os autores ressaltam, por exemplo, que a primeira alocação de tais direitos possui um papel extremamente relevante sobre as futuras consequências econômicas da propriedade do bem, no mesmo sentido defendido por Coase (1960) quando da formulação do seu Teorema Normativo, o que significa dizer que a alocação deverá ser feita àquele indivíduo que der maior valor ao bem, objetivando diminuir os custos de transação e potencializar os ganhos de toda a economia. Destacam ainda que o Estado deveria fazer o mínimo esforço para que tal alocação se mantenha, evitando, assim, aumentar seus gastos e gerar ineficiência do ponto de vista econômico, ou seja, a intervenção estatal deveria se resumir a alocação inicial da titularidade do bem.

Com relação as formas de proteção, Calabresi e Melamed (1972) destacam algumas características que julgam importantes, como por exemplo, que as regras de propriedade pressupõem um desejo ou vontade voluntária de seu titular para serem negociadas e transferidas a outro titular, sendo que a valoração de tais direitos é feita pelo titular e pelo interessado, com mínima intervenção estatal e, por consequência, de acordo com o citado Teorema Normativo de Coase, que prevê que os bens devem estar sempre em posse daqueles que lhes valorizem mais, gerando um ganho econômico para a sociedade de um modo geral.

Por outro lado, os autores apontam que as regras de propriedade podem exigir mais intervenção do Estado para a sua proteção e manutenção, por vezes demandando uma atividade ostensiva, como o policiamento,

a fiscalização, e por outras através da aplicação de sanções criminais contra aqueles que violarem os direitos estabelecidos.

Quanto às regras de responsabilidade, destacam que elas demandam uma maior atuação do Estado, tendo em vista que não há a vontade livre do titular em transferir sua propriedade a outrem e a mesma lhe é tomada a força, usada indevidamente ou até destruída por outro indivíduo, o que geraria a necessidade de fixação de uma indenização a ser paga ao titular da propriedade e cuja valoração será feita provavelmente de forma externa ou coletiva, ou seja, não apenas pelos interessados mas sim eventualmente pelo Estado através do seu Poder Judiciário e com base apenas nos dados e informações a que ele tiver acesso, o que poderá conseqüentemente gerar uma valoração inferior do bem violado por não levar em conta características relevantes ao seu proprietário como por exemplo o valor sentimental do mesmo. Por outro lado, os autores defendem que as regras de responsabilidade combinam efeitos distributivos e uma maior eficiência decorrente da sua valoração externa quando esta for feita com dados e informações completas.

Assim, para eles, quando existir possibilidade de negociação cujos custos de transação sejam baixos deveriam ser adotadas regras de propriedade e quando tais custos forem altos, deveriam ser adotadas regras de responsabilidade, sempre tendo em vista a busca pela eficiência econômica, que seria aqui vislumbrada pelo menor custo de transação envolvido.

Krier e Schwab (1995), em sua análise sobre o assunto dos direitos de propriedade, chegam basicamente as mesmas conclusões de Calabresi e Melamed (1972), ressaltando, todavia, que além dos custos de transação existentes nas negociações voluntárias de bens resguardados por regras de propriedade, deverá ser levado em conta também o custo de avaliação quando for necessária a atuação do Poder Judiciário para a valoração de um bem protegido pelas regras de responsabilidade, mais uma vez sempre em busca da eficiência econômica.

A contribuição de Kaplow e Shavell (1996) para a discussão resumiu-se ao seu posicionamento de que, se houver negociação bem-sucedida, a adoção de qualquer uma das formas de proteção, regras de propriedade ou de responsabilidade, é indiferente, sendo a negociação entre as partes o resultado ótimo, entretanto, no caso de negociação infrutífera ou com alto custo de transação eles sugerem a adoção de uma regra de responsabilidade, tendo em vista que a ineficiência nessas situações tende a ser apenas

moderada utilizando-se desta regra. Mesmo assim, fazem a ressalva de que sob regras de responsabilidade é comum haver uma subestimação do valor a ser pago ao titular do direito decorrente principalmente da dificuldade em se calcular tal valor com base em aspectos pessoais ou valores idiossincráticos conhecidos apenas pelo dono do bem, como por exemplo, a localização, o design, as características do bem. Começa-se aqui a aventar a ocorrência de efeito dotação sobre os bens quando a regra utilizada for uma regra de responsabilidade.

Esse posicionamento ganha corpo com o trabalho de Lewinsohn-Zamir (2001) que sugere o aumento da ocorrência do efeito dotação quando a regra de responsabilidade é escolhida como forma de proteção aos direitos de propriedade, tendo em vista principalmente que o titular do direito não tem vontade livre de transferir sua titularidade a outrem e dessa forma apenas concordaria em se desfazer do bem por um preço superior ao valor do mesmo. Para a autora, as regras de propriedade são mais eficientes economicamente, pois possibilitam mais transações em potencial entre as partes e não causariam a incidência de efeito dotação, já que seriam voluntárias. A justificativa principal para o argumento de aumento de efeito dotação nos casos de utilização de regras de responsabilidade é que o titular, não tendo vontade livre de negociar, estaria sendo coagido a aceitar a indenização pela perda do seu bem e, de acordo com os estudos de Kahneman e Tversky (1979), essa coerção guardaria relação com o viés de aversão à perdas que possui um impacto aproximadamente duas vezes maior na percepção dos indivíduos. Assim, a “perda” da titularidade seria mais dolorosa para o titular e sua indenização conseqüentemente acabará sendo mais alta. As ressalvas feitas pela autora são que o efeito dotação é mais forte em bens destinados para uso do que aqueles bens destinados ao comércio, sugerindo inclusive que os bens destinados ao comércio não sofreriam o efeito dotação, e também que o efeito dotação seria mais forte naquelas pessoas que acreditam que sua titularidade decorre de seu talento e esforço.

A principal oposição a este posicionamento vem do trabalho de Rachlinski e Jourden (1998) que tem entendimento diverso, fundada na ideia que as regras de propriedade causariam um aumento de ocorrência do efeito dotação tendo em vista que seriam uma forma mais completa de proteção, gerando um maior apego do titular do direito ao seu bem por conta dessa maior garantia. Por outro lado, as regras de responsabilidade

por serem mais precárias, mais incertas, gerariam um menor efeito dotação sobre seus titulares, por causa de um menor apego dos mesmos aos bens. Esse entendimento é compartilhado também por Jolls e Sunstein (2006) que defendem um menor impacto do efeito dotação sobre as pessoas quando são escolhidas regras de responsabilidade, sob os mesmos argumentos, alegando que os indivíduos tendem a aceitar valores menores quando seus direitos são protegidos pelas regras de responsabilidade tendo em vista o menor apego e a garantia menos completa que os mesmos proporcionam, reduzindo assim o efeito dotação.

Parece claro que, apesar da extensa discussão acerca da melhor forma de proteção dos direitos de propriedade, uma coisa é certa: o efeito dotação se verifica em várias situações, seja pela sensação de perda decorrente da falta de vontade do titular de negociar seu bem, seja pela ausência de um substituto equivalente àqueles bens que não são destinados ao comércio e sim ao uso pessoal do titular. As explicações para a ocorrência de tal efeito podem ser dadas conjugando-se alguns estudos sobre os vieses psicológicos, como o trabalho de Kahneman e Tversky (1979) que trata da aversão à perda, atribuindo a mesma um peso aproximadamente duas vezes maior do que aos ganhos e explicaria assim o porquê da maior valoração dada aos titulares de um direito quando tem o mesmo usurpado. Outra explicação pode ser tirada do trabalho de Samuelson e Zeckhauser (1988) que trata do viés do status quo que atribui aos indivíduos a intenção de permanecerem na situação que se encontram, sendo avessos a mudanças, e que justificaria o efeito dotação quando a troca de titularidade não ocorrer de forma voluntária. Em suma, parece-nos que a ocorrência do chamado efeito dotação está ligada mais ao conceito da titularidade do bem e da vontade de negociar livremente o mesmo, do que à forma de proteção atribuída ao mesmo, podendo ser visualizado quando as regras forem de propriedade ou de responsabilidade.

Cabe, todavia, salientar que nos casos onde mais se aplicam as regras de responsabilidade, as indenizações, inicialmente não se verifica uma livre vontade de transferência de titularidade dos bens, e portanto o proprietário estaria mais sujeito ao efeito dotação, em decorrência da sua sensação de perda e da possível ausência de um bem igual para substituição, seria claramente a influência da aversão à perda e a manutenção do status quo agindo para influenciar no valor a ser aceito como compensação. Em contrapartida, podemos concluir que os bens destinados ao comércio sofreri-

am pouco ou nenhum impacto do efeito dotação, seja qual for o conjunto de regras adotados para protegê-los pelo simples fato de que não gerariam em seus titulares os mesmos efeitos de aversão à perda ou manutenção do status quo, pela sua própria natureza.

Por fim, apesar de termos tratado aqui de diversas discussões acerca da proteção dos direitos de propriedade de forma ampla vários dos trabalhos e obras citadas fazem referência explícita aos direitos de propriedade intelectual ou direitos autorais, aplicando seus argumentos e conclusões a esta categoria de direitos de propriedade também.

4. A legislação de proteção da propriedade intelectual no Brasil

No Brasil a proteção aos direitos de propriedade intelectual é tratada inicialmente pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXIX, que garante aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Além da Carta Magna, diversas outras leis regem o assunto da proteção dos direitos de propriedade intelectual no Brasil, das quais podemos citar como maiores exemplos a Lei nº 9.279/1996 (Propriedade Intelectual), Lei nº 9.609/1998 (Propriedade Intelectual de Programas de Computador) e Lei nº 9.610/1998 (Direitos Autorais). Destacamos também a participação do Brasil no Acordo TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) no âmbito da Organização Mundial do Comércio, do qual o país é integrante e signatário e comprometeu-se a cumprir a partir do ano 2000.

Com base nas normas legais acima, entendemos que o Brasil protege os direitos de propriedade intelectual em sentido amplo por meio de regras de propriedade, não excluindo, todavia, a aplicação de regras de responsabilidade nos casos de violação de tais direitos por terceiros, ou seja, um sistema misto de proteção. Em que pese tal proteção estar positivada em nosso sistema jurídico, o Brasil é frequentemente acusado pelos países desenvolvidos detentores de várias titularidades de propriedade intelectual de não proteger de forma efetiva a titularidade de tais direitos sob as alegações de que o país não combate a produção de produtos falsos de forma

contundente, permitindo a chamada “pirataria” e gerando perda de receitas econômicas aos proprietários estrangeiros.

Além disso, como bem destacado por Timm e Caovilla (2010) em seu brilhante trabalho, no Brasil o conceito de propriedade está intimamente ligado ao conceito de função social da mesma, devido em grande parte pela influência solidarista em contraposição a concepção liberal e individualista dos direitos de propriedade observada principalmente nos países da Common Law. Esse pensamento busca seu fundamento principalmente nas ideias de Durkheim e Duguit, bem como na doutrina social da Igreja Católica, amplamente dominante no aspecto religioso no Brasil, e em resumo entende que os proprietários não seriam titulares de direitos subjetivos, mas seriam meros detentores dos bens que devem ser socialmente úteis. Este entendimento pode ser visualizado inclusive na Constituição Federal de 1988, quando em seu artigo 5º, inciso XIII determina que a propriedade atenderá a sua função social. Os autores apontam então para o risco de politização do Direito, tendo em vista a dificuldade de se definir o que seria essa função social e a imensa carga que tal conceito lançaria em especial sobre o Poder Judiciário, a quem caberia decidir sobre tal questão.

Dessa forma, ao atribuir à propriedade, inclusive a propriedade intelectual, a necessidade de cumprir sua função social, o legislador brasileiro buscou fazer justiça distributiva no âmbito privado buscando reduzir as desigualdades sociais, mas sem levar em conta as consequências que isso pode trazer ao sistema econômico nacional, nas palavras de Timm e Caovilla (2010).

Nesse sentido é válido analisarmos o caso ocorrido no Brasil com relação aos medicamentos antirretrovirais usados no combate a AIDS. No ano de 1996 o Brasil promulgou a Lei nº 9.313/96 que determinava que seriam distribuídos gratuitamente pela sua rede de saúde pública os medicamentos antirretrovirais para todos os portadores do vírus HIV, todavia com a edição da Lei nº 9.279/96 que passou a conceder patente aos medicamentos no Brasil, o fornecimento de tais medicamentos passou a ter um custo extremamente elevado para o país, tendo em vista o direito de propriedade intelectual dos laboratórios farmacêuticos titulares e seus consequentes direitos econômicos sobre os citados medicamentos. Levando em conta o imenso impacto econômico decorrente da distribuição gratuita de tais medicamentos, mas visando garantir tal política pública que é considerada extremamente importante do ponto de vista social, o Brasil chegou a ame-

açar os laboratórios produtores de tais medicamentos por duas vezes, em 2001 e em 2003, caso não reduzissem o preço dos mesmos, de utilizando-se de um mecanismo previsto no âmbito do próprio Acordo TRIPS, conhecido por Licença Compulsória, quebras as patentes dos referidos medicamentos para continuar a distribuição na rede pública. Nas duas oportunidades citadas os laboratórios concordaram em reduzir os valores cobrados pelos medicamentos e não foi necessária a utilização da licença compulsória. No ano de 2005 o Brasil declarou o medicamento Kaletra do Laboratório Abbott como um medicamento de interesse público, abrindo a possibilidade de utilização do mecanismo de licença compulsória novamente, o que foi revertido com novo acordo com a indústria farmacêutica logo em seguida. Em 2007 efetivamente o Brasil utilizou-se do mecanismo de licença compulsória após declarar o medicamento efavirenz do Laboratório Merck Sharp and Dohme como medicamento de interesse público e não tendo conseguido finalizar negociação favorável com a empresa.

Tais medidas, por mais nobres que sejam, e por mais que beneficiem a saúde pública, devem ser usadas apenas de forma extraordinária, tendo em vista que a principal forma de retribuição dos indivíduos, sejam eles cidadãos ou empresas, pelos seus investimentos em pesquisa e desenvolvimento é justamente a receita auferida com a venda no mercado de seus produtos. O desrespeito aos direitos de propriedade intelectual tem o condão de causar uma diminuição nos investimentos por parte dos particulares sob o argumento de que o risco de terem seus direitos desrespeitados não justifica o valor dispendido. Mesmo com o pagamento parcial dos direitos a que fazem jus as empresas podem perder o interesse em investir ou até no mercado nacional por conta desse risco. Trata-se aqui de um desincentivo econômico usado sob o argumento já citado da função social da propriedade.

Outro importante trabalho acadêmico que deve ser aqui destacado pela sua completude e relevância para o tema em tela é o de Leister (2011), que aborda a questão da proteção da propriedade intelectual sob a ótica da Teoria dos Clubes e da Análise Econômica do Direito. No referido estudo, a brilhante autora traça um paralelo entre bens públicos, bens privados e bens de clube, aos quais defende que devam ser alocados os direitos de proteção à propriedade intelectual para o melhor aproveitamento do potencial de inovação da iniciativa privada. Fica claro que a proteção à propriedade intelectual é o combustível que fomenta a inovação tecnológica e

possibilita o aumento do bem-estar social. Todavia a ressalva feita é de que se tal proteção for feita de maneira ilimitada ou absoluta a consequência poderá ser a criação de um monopólio legal que inviabilize a livre concorrência, prevista na Constituição Federal em seu artigo 170, inciso IV. Assim, propõe-se que a proteção da propriedade intelectual assuma uma característica de direito obrigacional, e não real, na forma de um contrato bilateral celebrado entre a empresa investidora e inovador e a sociedade personificada pelo Estado. Desta forma, tal proteção além de garantir o mínimo de segurança e incentivo àqueles que pretendem investir em pesquisa e desenvolvimento, seria regida pelos princípios do Direito Público, por ter o Estado como um dos contratantes, permitindo assim a observância ao interesse e bem-estar social.

Doutro lado, como já citamos, para Coase (1960) a alocação de recursos sempre ocorrerá de forma a atribuir a titularidade de um direito àquele que lhe atribui maior valor, dessa forma maximizando os efeitos econômicos da mesma, e permitindo assim que o mercado se encarregue de corrigir as eventuais falhas de alocação pela livre negociação através de acordos privados, com os bens sendo transferidos daqueles que lhes dão menor valor para aqueles que lhes valorizam mais, quando os custos de transação forem baixos. Após sua apresentação esse princípio proposto por Coase foi testado e questionado por diversas vezes e em consequência evoluiu para o que conhecemos atualmente como o Teorema Normativo de Coase, que em suma aduz que o ideal é que se estructurem as leis de modo a remover os impedimentos aos acordos privados, como nos ensinam Cooter e Ulen (2010) em sua obra.

Em paralelo, Cooter e Ulen (2010) destacam que com base nas ideias de Hobbes ainda no século XVII, foi proposto um outro princípio normativo, chamado de Teorema Normativo de Hobbes, que trataria dos casos onde a livre negociação de acordos privados não teve sucesso, em especial devido aos altos custos de transação, que em resumo assevera que a lei deve ser estruturada de forma a minimizar o prejuízo causado por fracassos na negociação de acordos privados. Esses dois teoremas apresentados são a base de grande parte da doutrina referente aos direitos de propriedade e tem ampla aceitação no mundo acadêmico da Análise Econômica do Direito por buscar maximizar a eficiência econômica e gerar assim desenvolvimento.

Ainda com relação à eficiência e desenvolvimento econômico, Cooter e Ulen (2010) destacam que a titularidade dos direitos de propriedade

intelectual permite aos proprietários exercer o poder de exclusão de terceiros, possibilitando assim a extração de um preço dos usuários de tal direito que seria de certa forma a recompensa ao proprietário pela sua criação. O resultado dessa recompensa seria o incentivo a novas pesquisas e estudos culminando com novas inovações que agregariam valores a economia e é chamado pelos autores de “eficiência dinâmica”. Além disso, a atribuição de direitos de propriedade intelectual eficazes permitiria uma maior disseminação das inovações, por garantir aos seus titulares que serão recompensados efetivamente, criando assim uma “eficiência estática”.

De alguma forma, o cerne das ideias já apresentadas pode ser encontrado também no trabalho de Costa e Sola (2010), que argumentam que os direitos de autor fazem parte da base da chamada sociedade da informação, estando intimamente ligados com o conceito de desenvolvimento econômico atual, em que pese a ressalva feita pelos mesmos quanto à barreira que os direitos de autor criariam tendo em vista seu caráter excludente.

O professor Acemoglu (2012) em sua obra que aborda o sucesso e o fracasso de várias nações ao redor do mundo e nos mais diversos períodos da história, apresenta um conceito de que para que uma nação obtenha o sucesso dentre outras coisas ela deve incentivar a inovação, ou em outros termos a destruição criativa. Para Acemoglu (2012) o papel do Estado em garantir que seu cidadão terá seus direitos de propriedade intelectual resguardados nos casos de inovação científica é crucial haja vista que somente assim os indivíduos se sentirão estimulados a buscar novas formas de produção ou de melhorar as já existentes, possibilitando assim um ganho econômico para si e para a nação. O autor relata diversas situações ao longo da história mundial que desempenharam papel fundamental para o desenvolvimento das nações com relação a proteção ou não dos direitos de propriedade intelectual, uma delas é o caso da Inglaterra no período da famosa Revolução Industrial, que de acordo com o autor, só foi possível pois aquele país protegia as invenções de seus cidadãos garantindo-lhes o pagamento em caso de uso e permitindo sua livre negociação. Para ele, a ausência de leis semelhantes na França e em outras nações europeias no mesmo período foi determinante para o protagonismo inglês em detrimento dos demais, proporcionando um crescimento econômico incomparável que culminou com a criação do império britânico. Em contrapartida, o autor demonstra que no caso da União Soviética após o final da Segunda Guerra

Mundial apesar de ter experimentado considerável período de crescimento econômico atribuído a outros fatores, como a alocação de mão de obra excedente e barata nas recém criadas fábricas, a ausência de inovações devido à falta de proteção dos direitos de propriedade intelectual acabou por gerar a estagnação da economia nacional causando o colapso da economia por conta da utilização de meios de produção arcaicos e ineficientes.

Parece-nos claro que a efetiva proteção aos direitos de propriedade intelectual é fator determinante para o crescimento econômico, tendo em vista o importante impacto que as mesmas desempenham sobre a pesquisa e desenvolvimento e a indução de inovações, que geram fortes resultados sobre a economia de um país. North (1994) ressalta que as instituições de um país formam a estrutura de incentivos que recai sobre a sociedade, e que são para ele, as regras do jogo, mais importantes até do que os recursos naturais, o clima ou a agricultura para o seu desenvolvimento econômico. Cooter e Ulen (2010) também ressaltam que a proteção dos direitos de propriedade intelectual encoraja a produção, desincentivam o roubo e reduzem os custos de proteger os bens, reduzindo assim as externalidades negativas. Este também o pensamento de Leister (2011) que inclusive salienta que se entendendo a proteção como direito obrigacional, como contrato, possibilita-se que a mesma seja um instrumento de política pública industrial e de desenvolvimento nacional.

Feitas todas essas considerações acerca do assunto, passaremos agora a análise da suposta incidência do chamado efeito dotação sobre os direitos de propriedade intelectual e sua proteção pelas regras de responsabilidade e de propriedade.

Nos parece que grande parte da literatura aqui citada concorda com o ponto de vista de que a ocorrência do efeito dotação surge basicamente quando o titular do direito vê o mesmo usurpado ou violado, em decorrência dos vieses citados de aversão à perda, do status quo e da impossibilidade de substituição do bem, além da diferenciação quanto à destinação final do bem, qual seja, o uso pessoal ou o comércio.

Nesse sentido, acreditamos que os bens destinados ao comércio pouco ou sequer sofram a influência do efeito dotação, tendo em vista que seus titulares os possuem ou criam exatamente com a ideia de negociá-los livremente pelo preço que o mercado julgar mais adequado. Assim, uma empresa que investe em pesquisa e desenvolvimento buscando criar ou melhorar um produto destinado ao livre mercado inicialmente não seria

afetada pelo efeito dotação, tendo em vista estarem ausentes os vieses de aversão à perda, o status quo e até a possibilidade de substituição do bem em questão. Tais empresas têm como sua finalidade básica a busca do lucro e isso somente ocorrerá se os valores que foram investidos em pesquisa e desenvolvimento de seus produtos retornarem sobre a forma de pagamento, seja pela venda da titularidade do direito de propriedade intelectual, seja pela exploração econômica que o mesmo lhes proporcionar.

Todavia, nos casos onde os detentores da titularidade da propriedade intelectual eventualmente sentirem-se ameaçados, seja pela não existência de leis que resguardem seus direitos, seja pela não aplicação efetiva de tais leis, entendemos que poderá ocorrer o efeito dotação, tendo em vista que estará presente, pelo menos, o viés de aversão à perda com relação aos valores investidos para a pesquisa e desenvolvimento e inovações por parte de seus titulares. Esse posicionamento pode inclusive tentar explicar a informação contida no trabalho de Timm e Caovilla (2010) de que as empresas multinacionais no Brasil se preocupam muito mais em adaptar seus produtos já existentes ao nosso mercado do que desenvolver novos produtos em nosso país. O risco de terem seus direitos violados, seja pela produção de produtos falsificados, seja pela falta de fiscalização efetiva pelo Estado, ou até em decorrência de atitudes adotadas pelo próprio governo, como no caso do licenciamento compulsório dos medicamentos antirretrovirais ocorrido no Brasil, poderá gerar nos detentores de direitos de propriedade intelectual um aumento no valor que estão dispostos a receber como forma de compensar as suas eventuais perdas financeiras. Em casos extremos tal insegurança jurídica poderia levar até mesmo ao abandono por parte de certas empresas do país.

Entendemos que, em sua busca por maximizar seus ganhos, os detentores de direitos de propriedade intelectual irão se sentir mais confortáveis e seguros em países que protejam seus direitos de forma mais efetiva, evitando assim que os valores investidos em pesquisa, desenvolvimento e inovação se percam ou tenham que ser absorvidos como prejuízo por tais titulares. Dessa forma, ressaltamos mais uma vez não só a importância da segurança jurídica quanto as regras a serem observadas, mas também da real efetividade da proteção dos direitos garantidos por lei, a fim de incentivar o investimento em inovação em busca de um ciclo virtuoso que proporcione a maior eficiência econômica e o desenvolvimento da economia nacional decorrente das receitas geradas pelas inovações, incluídas aí tam-

bém as receitas tributárias que serão auferidas com a ocorrência um maior fluxo comercial interno.

Ademais, a proteção dos direitos de propriedade intelectual é ferramenta extremamente relevante para a indução de inovações tecnológicas, como vimos, e que possuem um valor econômico agregado muito superior as produções de apenas produtos primários para a economia. Atualmente o Brasil conta com a Lei nº 10.973/2004 que dispõe sobre as medidas de incentivo à inovação, à pesquisa científica e tecnológica e que busca garantir a autonomia tecnológica e o desenvolvimento do sistema produtivo nacional, mas como salientam Timm e Caovilla (2010) o Brasil além de ser um país de industrialização tardia deve levar em conta que o desenvolvimento de inovações leva tempo e recursos. Além disso demonstram que grande, senão a maior parte dos investimentos de recursos em inovação parte do próprio Estado e não dos particulares, ao contrário de outros países mais desenvolvidos, onde a iniciativa privada responde pela maior parte dos investimentos em pesquisa e desenvolvimento, bem como que a maioria, aproximadamente 75% dos pesquisadores pós-graduados no Brasil trabalham no setor público e apenas 25% trabalham no setor empresarial, ao passo que nos Estados Unidos e Coréia do Sul, por exemplo, o percentual de pesquisadores no setor empresarial chega a 80%.

Observamos então, que a mera edição de uma lei, como ocorreu no caso brasileiro, que se propõe a incentivar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico não é suficiente para substituir a importância da iniciativa privada nessa tarefa, cabendo a nós com o auxílio das ferramentas e conhecimentos tanto da Análise Econômica do Direito como de sua versão Comportamental sugerir melhorias que possam efetivamente incentivar o investimento em inovações gerando assim um considerável ganho econômico para o país.

Nesse sentido julgamos interessante trazer a proposta apresentada por Shavell e van Ypersele (2001) que propõe a adoção de um regime misto, onde o Estado possa tanto atribuir um direito de propriedade intelectual como possa pagar uma recompensa aos criadores de inovações, estimulando assim a atividade de pesquisa e desenvolvimento. Na visão dos autores, os indivíduos ou empresas dispostos a investir em inovação poderão escolher qual das duas formas lhes proporcionaria um maior retorno financeiro, seja pela exploração comercial da inovação criada garantida pela concessão de um direito de propriedade intelectual, seja pelo recebimento

de uma recompensa a ser paga pelo Estado e que cobriria todos os seus custos com a pesquisa desenvolvida, com a consequente entrega das ideias inovadoras para que todas as empresas interessadas possam produzir o invento sem ter necessitado dispendir recursos com a pesquisa e desenvolvimento do mesmo. Neste cenário o custo de produção seria reduzido e consequentemente o custo do produto também, o que possibilitaria o maior acesso à inovação.

Algumas considerações foram feitas pelos autores, entre elas vale destacar que os mesmos entendem que na maioria das situações o pagamento de uma recompensa seria um sistema superior ao atual sistema de proteção de direitos de propriedade intelectual, tendo em vista que iria estimular a pesquisa pelo simples fato de que aqueles que se dispuserem a pesquisar não necessariamente precisariam contar com os meios de produção para viabilizar o aferimento de rendimentos de suas descobertas. Todavia eles alertam para a possível ocorrência de uma corrida em busca de ser o primeiro a receber a recompensa, o que poderia prejudicar a alocação de recursos na economia. Ademais, os autores não apresentam a forma pela qual o Estado iria arrecadar os recursos para poder pagar as recompensas aos inventores, sugerindo apenas que tais recursos poderiam ser conseguidos por alguma forma de tributação.

Outra dificuldade apresentada seria quanto a fixação do valor da recompensa, ou seja, o Estado teria que analisar os recursos efetivamente gastos pelo pesquisador para poder retribuir-lhe corretamente, sob pena de subestimar ou superestimar o valor. Além disso seria necessária uma equipe técnica altamente qualificada e em número relativamente grande para analisar todos os pedidos de recompensa e verificar se os mesmos podem ser realmente considerados inovações, sob pena aqui de se utilizar recursos estatais para recompensar algo que não seja efetivamente uma inovação passível de comercialização.

Em que pesem esses argumentos, acreditamos que tal proposta lança uma nova luz no cenário de proteção dos direitos de propriedade, abrindo uma nova fronteira para o seu desenvolvimento e o consequente desenvolvimento da economia.

5. Conclusões

Com base em tudo que foi aqui discutido, podemos observar que os direitos de propriedade intelectual possuem um papel fundamental no desenvolvimento das economias e, portanto, devem ser protegidos pelo Estado de forma efetiva. A forma de proteção, por meio de regras de propriedade ou de responsabilidade nos parece indiferente, pelo menos no caso brasileiro, sendo importante apenas a garantia de sua eficácia. A mera edição de leis sobre a matéria não se mostra suficiente para garantir que os interessados em desenvolver inovações iniciem o processo, é necessário algo mais para tanto.

Além disso, parece-nos após a análise da literatura colacionada, que apesar de confirmação da existência do chamado efeito dotação e do seu impacto real sobre os valores dos bens, nos casos de bens destinados ao comércio ele teria pouco ou nenhuma influência, pela própria característica da destinação destes bens, não afetando assim a economia. Ressaltamos, todavia, que mesmo nos casos de bens destinados ao comércio, os titulares de tais bens podem sim sofrer o viés do efeito dotação, caso não verifiquem a existência de segurança jurídica, ou percebem a sistemática violação de seus direitos, como nos casos de falsificações e até no caso de licenciamento compulsório de patentes ocorrido no Brasil em 2007, elevando os valores dos mesmos e gerando ineficiência do ponto de vista econômico.

Algumas ideias para incentivar a indução de investimentos na área de pesquisa e desenvolvimento foram apresentadas, como, por exemplo, a adoção de um modelo de proteção dos direitos de propriedade intelectual misto, como proposto por Shavell e van Ypersele (2001), que poderia ser melhor analisado e elaborado para adequar-se a realidade brasileira.

Outras medidas que poderiam ser adotadas seriam a criação de outros incentivos aos particulares que invistam consideravelmente em capacitação, pesquisa e inovação, como, por exemplo, àqueles que comprovem investimento de determinado valor e por determinado tempo nessa área, como redução dos seus tributos federais e/ou estaduais.

A criação de mais cursos técnicos e com maior qualidade poderá gerar no futuro também um novo grupo de pesquisadores, que deveriam preferencialmente ser alocados no setor empresarial, ao contrário do que vem ocorrendo no Brasil atualmente como vimos no decorrer do presente trabalho, e para tanto, a Economia Comportamental pode contribuir com suas ferramentas e ensinamentos, auxiliando as pessoas a fazerem suas escolhas de forma mais racional e potencializando seus ganhos.

Referências

ACEMOGLU, D.; ROBINSON, J. A. *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity, and Poverty*. 1st ed. New York: Crown Publishers. 2012.

CALABRESI, G; MELAMED, D. A. *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*. *Harvard Law Review* 85, p. 1089–1128, 1972.

COASE, R. H. *The Problem of Social Cost*. *Journal of Law and Economics*, v. 3, n. 1, p. 1-44, 1960.

COOTER, R. D.; ULEN, T. S. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA, J. A. F.; SOLA, F. Desenvolvimento e direito de autor na sociedade de informação. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 285-301, jul./dez. 2010

JOLLS, C.; SUNSTEIN, C. R. Debiasing Through Law. *Journal of Legal Studies*, 35, p. 199-241, 2006.

---. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review* 50, p. 1471–1550, 1998.

KAHNEMAN, D. *Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

---; KNETSCH, J.; THALER, R. Experimental Tests of the Endowment Effect and the Cause Theorem. *Journal of Political Economy* 98, p. 1325–1348, 1990.

---; TVERSKY, A. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. *Econometrica* 47, p. 263–292, 1979.

KAPLOW, L.; SHAVELL, S. Property Rules versus Liability Rules: An Economic Analysis. *Harvard Law Review* 109, p. 713–790, 1996.

KRIER, J. E.; SCHWAB, S. J. Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light. *New York University Law Review* 70, no. 2, p. 440-483, 1995.

LEISTER, C. Bens Imateriais, Teoria dos Clubes e Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 2, n. 1, p. 1-29, 2011.

LEWINSOHN-ZAMIR, D. The Choice between Property Rules and Liability Rules Revisited: Critical Observations from Behavioral Studies. *Texas Law Review* 80, p. 219–260, 2001.

NORTH, D. C. Economic Performance Through Time. *The American Economic Review*, v. 84, n. 3, p.360, 1994.

POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*. 8th ed. New York: Aspen Publishers, 2011.

RACHLINSKI, J.; JOURDEN, F. Remedies and the Psychology of Ownership. *Vanderbilt Law Review* 51, p. 1541–1582, 1998.

SAMUELSON, W.; ZECKHAUSER, R. Status Quo Bias in Decision Making. *Journal of Risk and Uncertainty* 1, p. 7-59, 1988.

SHAVELL, S.; VAN YPERSELE, T. Rewards versus Intellectual Property Rights. *Journal of Law and Economics*, v. XLIV, p. 525-547, 2001.

SUNSTEIN, C. R. *Behavioral Law & Economics*. 1st ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

THALER, R. *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics*. 1st ed. New York: W.W. Norton & Company, 2015.

TIMM, L. B.; CAOVILLA, R. As Teorias Rivais sobre Propriedade Intelectual no Brasil. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 49-77, 2010.