

A Propriedade Intelectual e a teoria do market failure

Denis Borges Barbosa (2002)

A Propriedade Intelectual e a teoria do market failure	1
Bens e interesses públicos.....	4
Market failure e licenças compulsórias	5

Uma importante corrente da doutrina jurídica e econômica americana tem dedicado, nos últimos anos, considerável literatura ao tema da aplicação da teoria das falhas de mercado à propriedade intelectual ¹ .

Numa intervenção, em julho de 2000, num simpósio sobre tecnologia ², assim indiquei a pertinência do tema:

“... num regime econômico ideal, as forças de mercado atuariam livremente e, pela eterna e onipotente mão do mercado, haveria a distribuição natural dos recursos e proveitos. .

No entanto, existe um problema: a natureza dos bens imateriais, que fazem com que, em grande parte das hipóteses, um bem imaterial, uma vez colocado no mercado, seja suscetível de imediata dispersão. . Colocar o conhecimento em si numa revista científica, se não houver nenhuma restrição de ordem jurídica, transforma-se em domínio comum, ou seja, ele se torna absorvível, assimilável e utilizável por qualquer um. . Na proporção em que esse conhecimento tenha uma projeção econômica, ele serve apenas de nivelamento da competição. . Ou, se não houver nivelamento, favorecerá aqueles titulares de empresas que mais estiverem aptos na competição a aproveitar dessa margem acumulativa de conhecimento. .

Mas a desvantagem dessa dispersão do conhecimento é que não há retorno na atividade econômica da pesquisa. . Consequentemente, é preciso resolver o que os economistas chamam de falha de mercado, que é a tendência à dispersão dos bens imateriais, principalmente aqueles que pressupõem conhecimento, através de um mecanismo jurídico que crie uma segunda falha de mercado, que vem a ser a restrição de direitos. . O direito torna-se indisponível, reservado, fechado o que naturalmente tenderia à dispersão” .

1 A exposição de tal doutrina se encontra em Wendy J. Gordon, Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors, 82 Colum. L. Rev. 1600 (1982); Michael G. Anderson & Paul F. Brown, The Economics Behind Copyright Fair Use: A Principled and Predictable Body of Law, 24 Loy. U. Chi. L. J. 143 (1993). Vide Wendy J. Gordon, Asymmetric Market Failure and Prisoner's Dilemma in Intellectual Property, 17 U. Dayton L. Rev. 853, 861-67 (1992); do mesmo autor, On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary Impulse, 78 Va. L. Rev. 149, 222-58 (1992) e Assertive Modesty: An Economy of Intangibles, 94 Col. L. Rev. 8, 2587 (1994). Vide também Samuelson, Davis, Kapor e Reichmann, A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs, 94 Col. L. Rev. 8, 2308, 2339 (1994). Ejan Machaay, Legal Hybrids: Beyond Property and Monopoly, 94 Col. L. Rev. 8, 2637 (1994).

2 Vide nosso estudo sobre “O Valor Político e Social das Patentes”.

O pressuposto de uma teoria dos limites da propriedade intelectual, num contexto de economia de mercado, é a assunção de que em primeiro lugar, a livre concorrência deve presidir todas as relações econômicas; e que, em segundo lugar, é uma falha ou impossibilidade de correto funcionamento da livre concorrência que leva ao aparecimento do conjunto de restrições à concorrência em que consiste a propriedade intelectual. .

Assim, se um agente do mercado investe num desenvolvimento de uma certa tecnologia, e esta, por suas características, importa em alto custo de desenvolvimento e facilidade de cópia, o mercado é insuficiente para garantir que se mantenha um fluxo de investimento. . Com efeito, a apropriação pelo concorrente da nova solução técnica permite que este reduza as margens de retorno do primeiro investidor. . Quem não investe auferir, assim, maior prêmio do que aquele que realiza os gastos com o desenvolvimento da tecnologia. . Temos aí a imperfeição do mercado, que desfavorece a continuidade do investimento em inovação.

Um dos maiores teóricos da Propriedade Intelectual de nossos dias assim comenta:

The liberal economic system of the nineteenth century formally recognized only two fundamental exceptions to the general norms of competition, one for patentable inventions that took a major step beyond the pre-existing prior art, and another for literary and artistic works subject to the very different and far more generous modalities of the copyright paradigm. . Since then, economists have become increasingly convinced that the exceptions to the rules of competition that patent and copyright laws carve out for inventors and authors at any given level of innovation actually stimulate competition in the long run by eliciting the production of scarce intangible goods and by elevating routine technical skills to ever higher levels. . Succinctly stated, this body of law grants creators a bundle of exclusive property rights devised to overcome the “public good” problem arising from the intangible, indivisible and inexhaustible nature of intellectual creations, which allows them to be copied by second comers who have not shared in the costs and risks of the creative endeavor³. .

Tais noções já se encontram, aliás, na magistral análise que Edith Penrose⁴ fez do sistema de patentes, justificando a necessidade inexorável de sua internacionalização:

Se há um sistema de propriedade dos bens intelectuais, ele deve ser, necessariamente, internacional. . Este postulado é particularmente claro no que toca à proteção da tecnologia. . O país que concede um monopólio de exploração ao titular de um invento está em desvantagem em relação aos que não o outorgam: seus consumidores sofreriam um preço monopolista, enquanto os demais teriam o benefício da concorrência, além de não necessitarem alocar recursos para a pesquisa e desenvolvimento. .

De outro lado, a internacionalização da propriedade da tecnologia tem a vantagem de racionalizar a distribuição física dos centros produtores. . Se em determinado país a nova tecnologia pode ser melhor explorada com a qualidade da mão-de-obra local, com o acesso mais fácil ao capital financeiro e à matéria-prima, para produzir bens que serão vendidos, com exclusividade, em todo mundo, o preço e a qualidade serão os melhores possíveis⁵. .

3 J.H. Reichman, Charting the Collapse of the Patent-Copyright Dichotomy: Premises for a restructured International Intellectual Property System 13 Cardozo Arts & Ent. L.J. 475 (1995).

4 PENROSE, E. (1973) La Economía del Sistema Internacional de Patentes. México, Ed. Siglo Vinteuno.

5 "L'ordre technologique modifie l'ordre juridique, et l'on peut dire à ce titre qu'il produit du droit comme n'importe quel autre élément de l'ordre social." Marie-Angèle Hermitte, L'autonomie du droit par rapport a l'ordre technologique, in Ordre juridique et ordre technologique, Cahiers S.T.S., Ed. du CNRS, nr. 12, 1986.

A tese de que o sistema de propriedade intelectual se justifica por uma inabilidade da livre concorrência de resolver um problema de longo prazo encontra outras vertentes, comparáveis ao que ocorre no investimento em tecnologia, no campo do Direito Autoral:

In the context of copyright law the market can fail for several reasons: high transaction costs associated with achieving a market bargain, high externalities that cannot be internalized in a bargained-for exchange, or the existence of non-monetizable interests that are not factored into the bargain by the parties⁶.

Nos termos de tal tese, a propriedade intelectual, como exceção ao regime da livre concorrência, seria justificada todas as vezes em que ocorressem tais distúrbios na teia da livre concorrência. Exemplos de tais distúrbios seriam os monopólios, a apropriação livre por todos dos bens fora do comércio (ou no dizer do Código Civil de 2002, art. 98, bens de uso comum do povo), a existência de externalidades, e a hipótese de detenção desigual de informações entre agentes econômicos⁷. A questão da livre cópia das inovações cairia na segunda hipótese, de bens livremente apropriáveis por todos⁸.

Uma patente, por exemplo, é uma exclusividade temporária, assegurada pelo Estado, para garantir o retorno do investimento o qual, pelas forças normais do mercado, seria erodido pela livre cópia. O Estado intervém no livre fluxo da concorrência através da concessão da patente, para corrigir o *market failure*. A correção de tal falha da livre concorrência – especificamente, a do desestímulo no investimento de longo prazo na inovação pela livre cópia das novas criações - se daria através da garantia legal de um *lead time*, direito exclusivo ou garantia de indenização – em ambos casos, temporária - para quem investisse na nova criação tecnológica ou autoral⁹.

Exaurida a intervenção estatal corretiva, ter-se-ia um reequilíbrio dos fluxos econômicos, redirecionados pela instituição de uma patente, direito autoral, ou pelas regras da leal concorrência; o investimento de longo prazo voltaria a ser incentivado, pelo mecanismo jurídico de restrição artificial à concorrência.

Um segundo nível de *market failure* ocorreria, de outro lado, quando o novo plano de concorrência, corrigido pelas normas da propriedade intelectual, se mostrasse incapaz de reconduzir à situação ideal do equilíbrio das forças de mercado, objetivo dessa análise econômica de feitio neoclássico. Tal impotência do sistema de propriedade intelectual justificaria, por exemplo, os casos de *fair usage*, ou uso autorizado, das patentes e do direito autoral.

Assim, quando mesmo o sistema de propriedade intelectual se mostrasse incapaz de assegurar a receita dos titulares de criações e investimentos, a norma jurídica, ela mesma, determinaria a inaplicabilidade da restrição à concorrência por ela criada. Se não é economicamente plausível para o titular do direito autoral evitar que cada estudante tire uma cópia única, individual, sem visar a lucro, de um livro didático já esgotado, permite-se

6 Lydia Pallas Loren, Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems, the Journal of Intellectual Property Law, Volume 5 Fall 1997, No. 1

7 Mackaay, op. cit.loc.cit.

8 Mackaay, op. cit., p.2636.

9 J.H.Reichmann, Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms, 94 Col.L.Rev. 8, 2530 (1994).

tal uso, ainda que não autorizado, do direito pertinente ¹⁰. . Não sendo economicamente possível reprimir a formulação de medicamentos por farmácias de manipulação, permite-se o uso inautorizado da patente. .

Outra forma de *market failure*, finalmente, ocorreria quando a proteção legal da propriedade intelectual levasse, por sua vez, a uma situação de monopólio imitigado, ou uma posição de poder jurídico excessivo, não correspondente à necessidade de superar a primeira modalidade de falha de mercado (a da livre cópia por todos). .

O mérito da teoria da *market failure* em matéria de propriedade intelectual é prover uma doutrina coerente para explicar como uma patente, marca ou direito autoral, sendo um monopólio ou quase-monopólio, resta compatível com os pressupostos da livre concorrência. . A restrição à concorrência, que surge como uma intervenção estatal nas forças livres de mercado ¹¹, existe como garantia de que os objetivos de equilíbrio final não sejam comprometidos por uma incompetência do próprio mercado. .

O que será talvez a mais importante carência de tal doutrina, de outro lado, é a incorporação da noção de “bens públicos” – os de uso comum do povo - como apenas um exemplo de falha do mercado. . Veremos o que disso decorre. .

Bens e interesses públicos

A noção de bens fora do comércio, ou de bens de uso comum, é milenar em Direito. . Há certos bens que, por sua natureza, fogem à apropriação individualizada: o ar, as águas do oceano, as ruas e praças públicas, o conhecimento científico, são exemplos clássicos dessa categoria. .

Não é o fato de que tais bens estejam *naturalmente* livres de propriedade que os caracterizam como tais: os peixes e a caça, igualmente livres, são apropriados por quem os capture; as praças públicas podem ser utilizados com exclusividade, ainda que precariamente, por exemplo, por bancas de jornal. .

Mesmo considerando que possa haver uma vertente fáctica na livre apropriação (o ar é inapropriável pois que, no momento, não existem meio para controlar seu fluxo) o determinante na incomercialidade do bens é a preexistência de uma apropriação coletiva, que é distinta da apropriação pelo Estado ¹²; tais bens *extra commercium* o são porque a lei assim impõe. . A propriedade individual, exclusiva, é contrária, neste caso específico, ao interesse coletivo. . Tais bens são fora de comércio – fora do mercado – por que o interesse público, ou coletivo, assim o determina. .

Assim, a ocorrência de bens coletivos não é exatamente uma *market failure*, mas um limite jurídico ao próprio mercado. . Sobreleva a apropriação coletiva à apropriação individual. . A recuperação de tal fenômeno, pela doutrina econômica neoclássica, como sendo uma *falha de mercado*, indica a existência de um dogma, centrado em particular nas

10 O exemplo aplica-se à Lei 5.998/73, ainda que já não mais à vigente Lei Autoral, 9.609/98.

11 Reichmann, op. cit., loc.cit.

12 Ao contrário dos bens de entes públicos, também bens públicos conforme o Código Civil.

peculiaridades do sistema político americano, segundo o qual a economia prevalece sobre o interesse social, e na sedução de um princípio geral de explicação das forças sociais¹³. .

Mesmo no sistema americano, a prevalência de tal análise de *market failure*, refletida na jurisprudência mais recente, encontra resistência dos juristas, que apontam que na sistemática constitucional existem limites à total recuperação da propriedade intelectual pelos interesses do mercado:

“However, because any work inevitably builds on previous works, some to a greater extent than others, providing too large a monopoly will actually hinder the development of new works by limiting future creators use of earlier works. . Herein lies the fundamental tension in copyright law. . Copyright law does not seek to maximize the financial returns to creators of works or to maximize the absolute number of works created; rather, copyright law in the United States seeks to promote the progress of knowledge and learning”¹⁴. .

Market failure e licenças compulsórias¹⁵

Aqueles que se opõem a que o Estado intervenha para a proteção do equilíbrio de interesses da comunidade e do inventor, se esquecem de que não é verdade que o próprio mercado, na sua infinita e onisciente sabedoria, tem a capacidade de se auto-regular. . Tal conceito, aliás, contraria a existência do sistema de propriedade industrial, que nasce da constatação de que o mercado não é capaz de garantir esse investimento, porque é possível copiar e com isso eliminar as vantagens comparativas do investimento. .

É exatamente por isso que foi preciso criar um sistema de regulação, de intervenção estatal para corrigir essa falha de mercado, da possibilidade de cópia. . Uma nova intervenção no sentido de compatibilizar interesses e equilibrar direitos tem a rejeição severa daqueles que, uma vez consolidados os direitos dos investidores, não querem mais nenhuma intervenção no mercado

A recusa de intervenção dos Estados no sentido de compatibilizar interesses coletivos e individuais, acrescenta ao paradigma do TRIPS, dos direitos mínimos, da uniformidade da proteção resultante do TRIPS, mais uma distorção. . Os dois conceitos se aproximam, se completam. . O conceito de que não se deve intervir seja, por exemplo, pelos mecanismos da licença compulsória de patentes ou de direitos autorais, mas se deve livremente deixar fluir o mercado regulando a propriedade industrial. . É mais absurdo isso na área da propriedade intelectual porque ela, por questão de falha de mercado, já resultou, em seu nascimento, da intervenção do Estado, criando mecanismos de monopólio na propriedade industrial no direito autoral. .

13 Sobre a peculiaridade de tal *weltanschauung* no sistema político dos Estados Unidos, em oposição aos países desenvolvidos da Europa e do Japão, vide Peter Drucker, A burocracia Japonesa in Gazeta Mercantil de 9/10/98.

14 Lydia Pallas Loren, op. cit.

15 Este segmento transcreve palestra do autor, de julho de 1998, do Simpósio promovido pela Rede Nacional de Tecnologia.