

Lei de Inovações Tecnológicas: a relação entre direito e economia na estrutura legislativa da propriedade intelectual

Fabício de Souza Oliveira

Professor Assistente da Faculdade de Direito da UFJF
Mestre em Direito pela Faculdade Milton Campos
fabriciocataguases@gmail.com

Kelly Cristine Baião Sampaio,

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFJF.
kellybaiao@gmail.com

Resumo:

O artigo analisa a Lei de Inovações Tecnológicas – Lei n.º 10.973, de 2 de dezembro de 2004 - procurando demonstrar que tal documento normativo foi influenciado por uma teoria jurídica sobre a Propriedade Intelectual fundamentada no dogma da propriedade exclusiva, sendo esse dogmatismo considerado uma fragilidade do sistema. Nesse intuito, são investigadas fórmulas alternativas para a tutela das inovações tecnológicas e para a aproximação das Universidades dos setores produtivos da sociedade. Assim, são questionadas as propostas metodológicas do positivismo jurídico.

Para tanto, o assunto é abordado sob uma metodologia interdisciplinar entre o Direito e a Economia, que propicia a crítica da legislação em vigor levando-se em conta, em um plano da filosofia prática (as escolhas dos fins do Direito para uma sociedade democrática, ou

o controle democrático do sistema econômico), os objetivos mediatos envolvidos na tutela dos inventos, e no plano empírico da economia, os objetivos imediatos, ou melhor, os estímulos indicados à indução do comportamento humano desejado.

Democracia - Inovações Tecnológicas – Propriedade Intelectual

Abstract:

The article examines the Law of Technological Innovations - Law no. 10.973/2004 - seeking to demonstrate that this document was influenced by a normative theory of law relating to intellectual property based on the dogma of exclusive property, this being considered a system fragility. So, the paper investigates alternative formulations for the protection of technological innovations and the approximation of Universities of the productive sectors of society. In this way, the methodological proposals of legal positivism is questioned.

The subject is presented from an interdisciplinary approach between law and economics, which provides a critique of existing legislation taking into account in a plan of practical philosophy (the choice of law purposes), the goals involved in the protection of inventions, and in the empirically plan of the economy, the immediate goals, or rather, the incentives given to the induction of human behavior desired.

Democracy - Technological Innovations - Intellectual Property

I – INTRODUÇÃO:

O presente trabalho objetiva discutir as bases da chamada Lei de Inovações Tecnológicas – Lei n.º 10.973, de 2 de dezembro de 2004 – por meio de uma abordagem reflexiva, em que a opção pelo dogma da exclusividade é vista como uma fragilidade do sistema em vigor.

Com a assunção desse compromisso, é questionado o sistema de propriedade exclusiva, que se baseia em um modelo teórico sobre o comportamento humano – o comportamento exclusivamente auto-interessado. A reflexão é construída em dois níveis: teórico e prático. No primeiro, é discutido o problema fundamental em Propriedade

Intelectual – a falha de mercado, como um problema econômico – e a função do sistema do direito. No segundo, os argumentos colocados têm por objeto a análise da estrutura legal do sistema de inovação tecnológica e de seus efeitos práticos.

II – A OPÇÃO METODOLÓGICA E SUA JUSTIFICATIVA:

Ante a essência do objeto da investigação proposto, o tema será enfrentado sob a metodologia do direito e da economia. Assume-se que o sistema do direito não pode ser indiferente à verdade empírica (POSNER: 2007, p. 73), por ser um sistema especializado em prescrever comportamentos humanos. Se, é esse seu objetivo, de um lado, por meio da filosofia prática, deve se preocupar com os comportamentos desejados por uma dada sociedade em um dado tempo, e por outro, se ocupar em conhecer o “mundo” – alcançar o objetivo-relativo -, ou melhor, se aparelhar de instrumentos metodológicos adequados a descrever o comportamento humano para melhor construir mecanismos preventivos e sancionatórios – estímulos a comportamentos desejados e desestímulos a comportamentos repelidos.

Como se observa, a metodologia do direito não pode ficar restrita ao método de investigação da lógica formal, à maneira do positivismo jurídico. Dessa forma, a construção interdisciplinar do direito e da economia é antes de tudo uma opção metodológica diferente do método de investigação do positivismo jurídico, para o qual a investigação jurídica deve ser restrita à análise formal. Para essa escola do Direito, a distinção entre o direito real e o direito ideal se presta a demarcar o objeto de estudo do jurista – o direito real, como sendo aquele vigente em uma sociedade localizada em tempo e espaço. Essa metodologia, típica do positivismo jurídico, parte da crença (...) *que devemos reduzir as normas a factos. Mas tais factos são, desta vez, factos sociológicos, a saber, as próprias normas existentes.* (POPPER: 1998, p. 85).

Essa metodologia do positivismo jurídico, forma intermediária entre o monismo e o dualismo crítico (ou dualismo entre factos e decisões) acaba por retirar do indivíduo a possibilidade de julgar as normas do estado, antes, é o estado que fornece as normas pelas quais o indivíduo deve ser julgado. (POPPER: 1998, p. 85) O efeito prático da adoção desse método de pesquisa do positivismo jurídico é eliminar do objeto da investigação questões de

conteúdo, já que ideais valorativos não são relevantes para a atividade do jurista, segundo afirma (BOBBIO: 1999, P. 37).¹

Entende-se, nesse trabalho, que

(...) Nas instituições, as Leis Normativas e as Leis Sociológicas, isto é, naturais, estreitamente se entrecruzam, sendo portanto impossível compreender o funcionamento das instituições sem a capacidade de distinguir entre essas duas espécies de leis. (POPPER: 1998, p. 82).

Dessa forma, se o objeto aqui estudado é uma instituição do Direito – espécie de instituição social – é imprescindível discernir e se ocupar de ambas as leis: naturais e normativas.

A par da distinção mencionada e implicada na opção metodológica, entende-se, também, que, no plano epistemológico, essa investigação deve estar comprometida com o dualismo crítico de Popper, para o qual:

Todas as decisões morais se relacionam desse modo a um ou outro facto, especialmente a algum facto da vida social, e todos os factos (alteráveis) da vida social podem dar origem a muitas decisões diferentes. Isso mostra que as decisões não podem nunca derivar-se desses factos ou de uma descrição desses factos. (POPPER: 1998, P. 76).

Assim, se entendemos que o Direito, como as convenções, não é derivado dos factos, também acreditamos que as convenções – e, portanto, o Direito – devem ser compatíveis com esses fatos. Essa última asserção justifica o método aqui perseguido: a pesquisa interdisciplinar entre Direito e Economia.

A economia - aqui entendida como uma ciência empírica, apta a trabalhar com a natureza humana, por meio de experimentos que indiquem as regularidades psicológicas e sócio-psicológicas do comportamento humano, ou melhor, apta a encontrar as “leis da natureza humana”, entendidas como leis naturais (descrição de fatos) em contraposição às leis convencionais (prescrição de condutas) – fornece um conteúdo empirista e realista, que

¹ Sobre hermenêutica em Direito Privado, ver: GONTIJO, Vinícius. *O empresário no Código Civil brasileiro*.

pretende a construção de modelos teóricos sobre o comportamento humano e suas motivações, tornando possível *predizer, com base em experiências dadas ou imediatas, experiências posteriores e, tanto quanto possível, submetê-las a controle* (POPPER: 2007. P. 107).²

Ainda nesse plano epistemológico, pode-se conceber que a realidade objetiva, tida como o objetivo-relativo³ em contraste com o subjetivo-absoluto, é possível de ser alcançada por meio da competição entre as várias teorias propostas sobre determinado objeto de investigação – no caso entre as várias teorias propostas sobre o modelo de comportamento humano.

Esse produto – as leis da natureza humana - é que é entregue ao Direito. Sendo que, cabe a esse último filtrar os dados e conclusões fornecidos pela economia. Essa filtragem do direito passa por uma investigação filosófica, que busca mostrar quais valores devem ser perseguidos, por considerações ideológicas e por crenças. Entretanto, não se quer aqui concluir que a decisão do Direito é uma escolha política. Lembra-se que as convicções e as crenças são motivos possíveis das decisões, o que não quer significar que são uma justificação aceitável. A justificação, ao contrário dos motivos, deve se dar segundo as regras do próprio sistema do Direito. Afasta-se, em consequência, do Juiz intersticial de Holmes, para o qual *o juiz decidirá de acordo com a regra que promulgaria caso fosse um legislador* (citado em: POSNER: 2007, p. 175), assim como do Juiz formulador de políticas públicas de Posner (POSNER: 2007, p. 177).

III – A COMPETIÇÃO ENTRE AS TEORIAS ECONÔMICAS - A SELEÇÃO DO MODELO DE COMPORTAMENTO HUMANO PROPOSTO POR AMARTHYA SEN⁴:

² Lembrando que Popper utiliza o método do falseamento para se contrapor a metodologia inducionista.

³ Lembrando a observação feita em nota por Popper, segundo a qual: *este par de opostos, absoluto-subjetivo e relativo-objetivo, parece encerrar uma das mais profundas verdades epistemológicas que podem ser alcançadas mediante o estudo da natureza. Quem deseja o absoluto precisa dar, em troca, a subjetividade (o egocentrismo); e quem anseia por objetividade não pode evitar a questão do relativismo. Aquilo que é experimentado de imediato é subjetivo e absoluto; o mundo objetivo, de outra parte ... é relativo*(ver em *A Lógica da Pesquisa Científica*, p. 119). De outra forma, pode-se dizer que o que se acessa pelo experimentalismo empírico é a síntese e não as percepções individuais – as concepções. Por isso, pode concluir Popper sobre a instrumentalidade da pesquisa empírica: *...Uma teoria é um instrumento que submetemos a prova pela aplicação e que julgamos, quanto à capacidade, pelos resultados das aplicações* (ver em *A Lógica da Pesquisa Científica*, p. 116).

⁴ Amartya Sen é filósofo indiano, autor de várias obras, dentre as quais se destacam: *Escolha Coletiva e Bem Estar Social*, de 1970, e *Desenvolvimento como Liberdade*, de 1996.

Após a colocação das questões metodológicas pertinentes, passa-se à próxima fase do trabalho: a seleção da teoria sobre o comportamento humano. Como já mencionado, a idéia aqui é obter uma descrição teórica sobre a regularidade em termos de estímulos ou de motivos do comportamento humano, se exclusivamente auto-interessado (no sentido de melhorar sua situação individual) ou se plurinteressado (no sentido de aceitar outros motivos que não somente aquele de melhora de sua situação individual).

Nesse intuito, parafraseando Popper, *optamos pela teoria que melhor se mantém, no confronto com as demais, aquela que por seleção natural, mostra-se mais capaz de sobreviver* (POPPER: 2007, P. 116), a solução de Amartya Sen para os fins aqui trabalhados.

Amartya Sen questiona o modelo teórico chamado “homem econômico”, que busca seus próprios interesses, como enunciado que melhor descreve o comportamento humano em realidade. Assevera que foram feitos pouquíssimos testes empíricos desse tipo, seja em economia, seja em relações como as conjugais ou o comportamento religioso. Argumenta que são muitas as afirmações de convicção, mas raras as constatações. Apresenta como argumento empírico, o caso japonês, alegando existirem inúmeras provas de que afastamentos sistemáticos do comportamento auto-interessado em direção ao dever, à lealdade e à boa vontade têm desempenhado um papel importante no êxito da indústria daquele país.

Com suporte em Michio Morishima e seu *éthos* japonês, argumenta ser difícil encaixar esse comportamentos em qualquer descrição de comportamento auto-interessado, mesmo se levado em consideração os efeitos indiretos do comportamento. Para o autor, o predomínio do comportamento baseado em regras no Japão pode ser visto não só nos assuntos econômicos, mas também em outras esferas da conduta social, como, por exemplo, a raridade com que se joga lixo nas ruas, a pouca frequência de litígios, um número incomumente pequeno de advogados e baixo índice de criminalidade em comparação com países do mesmo nível de riqueza. (SEN: 2008. P. 31-34)

Necessário lembrar que Sen não nega, em seu modelo, a existência de comportamentos auto-interessados, o que ele pretende é demonstrar a existência de pluralidade de motivações. Nesse intuito, esclarece que o contraste entre o modelo uninteressado e o plurinteressado não se dá necessariamente entre o auto-interesse, de um lado, e algum tipo de preocupação geral por todas as pessoas, de outro. Segundo o autor, a

tradicional dicotomia entre egoísmo e utilitarismo é enganosa em vários aspectos, inclusive no fato de os grupos que atuam como intermediários entre o indivíduo e o todo – como classe, comunidade ou grupos ocupacionais – fornecerem o enfoque para muitas ações que envolvem comportamento com comprometimento. Os membros de cada grupo podem ter interesses que são em parte convergentes e em parte conflitantes. As ações baseadas na lealdade do grupo, segundo ainda relatado, podem também facilitar, em outros aspectos, maior realização do auto-interesse. O equilíbrio relativo desses dois resultados pode variar. (SEN: 2008. P. 35-36)

A partir dos argumentos colocados, assume-se nesse trabalho o modelo teórico de comportamento humano plurinteressado, que se caracteriza como enunciado básico, que é aceito como satisfatório e como suficientemente provado, passando a assumir para os efeitos instrumentais dessa pesquisa, o caráter de dogma, mas apenas na medida em que “... *desistimos de justificá-los por argumentos outros (ou por outras provas)*” (POPPER: 2007, P. 112). Entretanto, como o próprio Popper adverte, esse dogmatismo é inócuo (no sentido mesmo de produção de efeitos), já que as provas desses argumentos, caso se façam necessárias, podem ser facilmente remetidas aos trabalhos de Amartya Sen, aqui adotados como marco teórico.

IV – A OPÇÃO DO DIREITO:

Após a seleção do modelo teórico do comportamento humano, passa-se à análise valorativa sobre o sistema regulamentado pela Lei n.º 10.973/76, conhecida como Lei das Inovações Tecnológicas.

Nesse momento, é assumida uma posição de valor, no sentido que deve haver uma *área de coincidência entre as condições do progresso prático e as exigências da emancipação do indivíduo* (UNGER: 1998, P. 13). Essa afirmação tem seu fundamento no art. 1.º, inciso III, no art. 3.º, inciso II, e no art. 218 e parágrafos, todos da Constituição Federal de 1988. Assim, entendendo que a inovação tecnológica é espécie do gênero progresso prático, afirma-se que uma lei que pretenda estabelecer *medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação e ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento industrial do País* (art. 1.º, da Lei n.º 10.973/2004) , desenhando instrumentos que pretendem a aproximação

das Universidades do setor produtivo, deve se preocupar com o desenvolvimento tanto do aspecto individualista quanto do aspecto coletivista.

Nesse intuito, primeiramente deve ser afirmado que o trabalho aqui apresentado é desenvolvido segundo uma teoria racional e humanitária do Estado, que não está propriamente preocupada com a essência ou com a origem histórica do Estado e de suas instituições, mas que está comprometida em apresentar os fins do Estado e de suas instituições (POPPER: 1997, P. 124).

Dessa forma, o que se pretende aqui é uma análise da racionalidade da Lei de Inovações Tecnológicas, enquanto instituição, considerando: (i) o que se deve esperar de um documento normativo que pretende incentivar o progresso tecnológico no País por meio da aproximação das Universidades do setor produtivo; (ii) quais os instrumentos devem ser pensados para resolver os problemas práticos envolvidos com essa finalidade.

Em resposta às questões apontadas, pode-se esperar o estabelecimento de um Direito que estimule os movimentos de inovação (na perspectiva individual), pensando em mecanismos de tutela dos interesses diretamente envolvidos no processo de criação, mas também em medidas de governança (controle individual *versus* controle coletivo) dos direitos derivados da tutela das criações. A idéia aqui é a criação de um Direito apto a estimular os indivíduos a investir recursos no processo de inovação tecnológica, mas também criar mecanismos que estabeleçam um processo mais eficiente no retorno para a coletividade. Esse, resumidamente, é o efeito prático esperado.

IV.1 Os mecanismos previstos na Lei de Inovações Tecnológicas:

Por inovação tecnológica compreende-se a introdução de produtos ou processos tecnologicamente novos e melhorias significativas que tenham sido implementadas em produtos e processos existentes. Considera-se uma inovação tecnológica de produto ou processo aquela que tenha sido implementada e introduzida no mercado – inovação de produto – ou utilizada no processo de produção – inovação de processo (PEREIRA E KRUGLIANSKAS: 2005).

Pode-se afirmar que a Lei n.º 10.973/2004 está orientada para: a criação de um ambiente propício a parcerias estratégicas entre universidades, institutos tecnológicos e instituições privadas; estimular a participação de instituições de ciência e tecnologia no processo de inovação; incentivar a transferência de tecnologia das universidades para o setor produtivo; possibilitar autorizações para a incubação de empresas no espaço público e a possibilidade de compartilhamento de infraestrutura, equipamentos e recursos humanos, públicos e privados, para o desenvolvimento tecnológico e a geração de processos e produtos inovadores; possibilitar a concessão de recursos financeiros, sob a forma de subvenção econômica, financiamento ou participação societária (PEREIRA E KRUGLIANSKAS: 2005).

Os estímulos direcionados aos recursos humanos previstos na Lei de Inovações Tecnológicas podem ser resumidos aos seguintes: a bolsa de estímulo à inovação (art. 9, §1.º), o pagamento ao servidor público de adicional variável não-incorporável à remuneração permanente (art. 8.º, §2.º), o afastamento do pesquisador público com o vencimento do cargo efetivo (art. 14).

A solução sobre a titularidade da propriedade intelectual, objeto das parcerias das denominadas Instituições Científicas e Tecnológicas – ICT's - com as instituições públicas e privadas é contratual, segundo a regra prevista no art. 9.º, §2.º. Percebe-se, então, uma remissão feita pela Lei de Inovações Tecnológicas para a Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996. Ou melhor, as formas de tutelar os direitos advindos das inovações são as formas tradicionais (patentes de invenção e modelo de utilidade, registros e direitos autorais).

IV.2 Os problemas teóricos envolvidos:

- a) O dogma da exclusividade – a lógica do comportamento humano exclusivamente auto-interessado:

O aspecto da Lei de Inovações Tecnológicas abordado nesse momento é a lógica de sua concepção, ou melhor dizendo, são analisados os modelos teóricos que influenciam a norma prática.

Parte-se da afirmação inicial de que o texto normativo em vigor pretende fomentar o progresso tecnológico no País por meio da aproximação entre as universidades e os setores

públicos e privados, como já dito. Para tanto, se aparelha de instrumentos que visam a estimular comportamentos desejados: as atividades inventivas.

Em primeiro lugar, devem-se afastar argumentos que defendem o reconhecimento da exclusividade pelo Direito como que apoiado em direito natural do ser humano. Para ilustrar o argumento lógico aqui defendido, é interessante a análise de trecho de carta enviada por Thomas Jefferson a Isaac McPherson, citado por James Boyle, em artigo intitulado *The Second Enclosure Movement And The Construction Of The Public Domain*:

If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it.

Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me. That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density in any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement for exclusive appropriation. Inventions then cannot, in nature, be a subject of property.

(...)

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

Nesse extrato citado, podem-se perceber dois argumentos:

O primeiro é aquele que compreende a Propriedade Intelectual como tutela jurídica de informação. Antecede o conceito de informação o conceito de idéia, sendo que essa última muda sua natureza quando circula no meio social – deixa de ser uma idéia e passa a ser uma informação. Como tal, apresenta duas significativas propriedades – são não excludentes e não rivais. Economicamente, a informação é considerada bem público, no sentido de que seu uso não exclui a possibilidade da utilização por um indivíduo adicional (não excludente), e

também no sentido de que seu uso não exclui a possibilidade da utilização por outros indivíduos, admitindo, portanto, o uso simultâneo (não rivalidade). Dessa forma, pode-se dizer que o fato social (a posse da informação) não segue lei natural de exclusividade, pelo contrário, é difusa. Entendendo-se a informação como bem, a sua utilização social se dá em consideração ao seu valor de uso e de troca. A informação, socialmente útil, já contém em si, conteúdo de bem juridicamente tutelado, dada a sua necessária efetividade nas relações sociais, sendo a estrutura da informação juridicamente relevante, aquela que contém valor socialmente relevante.⁵

O segundo argumento é aquele que identifica os direitos de Propriedade Intelectual como produto da criação cultural. Nesse sentido, repita-se o dito no tópico relativo à metodologia, esse trabalho adota o referencial teórico do dualismo crítico de Popper, asseverando que as normas e as leis normativas podem ser feitas e alteradas pelo homem, e mais especialmente por uma decisão ou convenção no sentido de observá-las ou alterá-las, sendo, portanto o homem moralmente responsável por elas, não talvez pelas normas que encontre na sociedade quando começou a refletir sobre elas, mas pelas normas que verificou poder fazer algo para mudá-las (POPPER: 1997, P. 75).

Assim, a norma que determina a exclusividade no uso da informação (tutelada pela Propriedade Industrial e pelos Direitos Autorais) é cultural, no sentido de não decorrer do fato psicológico – o surgimento da idéia – ou do fato social – a comunicação dessa idéia a outros indivíduos. Portanto, essa lei normativa, não se confunde com eventuais leis naturais (aquelas que procuram explicar os mecanismos mentais e sociais por meio de um padrão de regularidade).

Logo, se a exclusividade não é fruto do reconhecimento de um Direito natural do ser humano, qual a sua justificativa moral?

⁵ No estudo e aplicação do direito de propriedade visualizam-se os aspectos: estrutural e funcional. Da estrutura, entende Tepedino, pode-se retirar um elemento interno ou econômico e outro elemento mais propriamente jurídico, externo. O elemento interno consubstancia-se nas faculdades de usar, gozar, dispor, primado da liberdade individual, da autonomia da vontade. A faculdade de exclusão de ingerências alheias representa o elemento externo ou jurídico da propriedade. Esses aspectos, econômico e jurídico, conjuntamente, representam, numa visão tradicional, a estrutura do direito de propriedade. (Temas de Direito Civil, Tomo I, Rio de Janeiro, Renovar, 2000).

A princípio cabe destacar que a decisão moral, fruto da qual é criada a norma de tutela dos Direitos da Propriedade Intelectual inverte estrategicamente a lógica da tutela das idéias: é concebido um sistema para alimentar o domínio público, fornecendo direitos temporários e limitados ao seu criador, sujeitando-os a restrições consideráveis, mesmo durante sua existência temporária - tudo com o objetivo final de promover o comportamento criativo e o acesso livre às informações (BOYLE, P. 60).

Diz-se que a lógica é invertida porque as leis naturais constataam que *a regra é a liberdade, o exclusivo industrial ou comercial é a exceção* (Avelãs Nunes e outros). A liberdade é referida ao fluxo natural da informação, a referência ao exclusivo comercial e industrial pode muito bem ser estendida para abarcar a situação do exclusivo intelectual.

Esse sistema de exclusividade da Propriedade Intelectual se apóia no dogma do comportamento humano exclusivamente auto-interessado. É como se fosse irracional o ser humano agir sem perseguir seu interesse próprio exclusivamente. O argumento empírico contra esse modelo de comportamento em Propriedade Intelectual é aquele derivado da observação do comportamento dos interessados e criadores dos chamados *software* livres. Na realidade, os envolvidos nesse mercado são sensíveis a argumentos morais tais como a melhora de sua reputação, a melhora da performance dos produtos, os ganhos para a comunidade, etc... Argumentos esses, que refutam a idéia de comportamentos exclusivamente auto-interessados.

Outro argumento, agora histórico, é que uma espécie de direitos da Propriedade Intelectual, os chamados direitos autorais, não foram criados para premiar e estimular o gênio criativo dos autores, mas para protegê-los (seus interesses) do poder dos editores (ver JAMES BOYLE).

Por essas razões o modelo de comportamento teórico que influencia a Lei n.º 10.973/2004, assim como o sistema de Propriedade Intelectual – o comportamento exclusivamente auto-interessado – é tratado como um dogma, já que não pode ser justificado.

- b) O dogma da tutela da Propriedade Intelectual por meio de regras de propriedade exclusiva:

Nesse ponto do trabalho, pode-se afirmar que se a Lei n.º 10.973/2004 visa a fomentar as atividades inventivas, facilitando a parceria entre as universidades e o setor produtivo, pode-se também afirmar que tal lei se apóia no sistema de Propriedade Intelectual, sistema esse especializado em fornecer informações ao domínio público (finalidade Mediata – o atendimento da coletividade) por meio da concessão de incentivos privados ao autor (finalidade Imediata – o atendimento dos interesses individuais). Essa, a lógica do sistema, essa, a lógica do comportamento exclusivamente auto-interessado.

Acompanhando essa idéia, o sistema trabalha com regras do modelo proprietário (é uma propriedade temporária), cujo efeito potencial mais relevante não é – como alguns podem imaginar – o de redistribuir para a coletividade os custos dos investimentos em Propriedade Intelectual, mas o de, potencialmente, provocar uma posição de domínio no mercado (situação monopolística).

Argumentam aqueles que defendem a posição tradicional do sistema que é preferível pagar esse preço (é uma falha de mercado) a se lidar com outro problema – a inexistência de valor econômico para as informações. Explica-se: como as informações são não excludentes e não rivais, não há, em relação a esses bens, a escassez necessária à sua valorização. Diante de tal situação, não haveria incentivos para a produção de novas informações (invenções).

Ocorre que, um modelo de governança dos direitos advindos da tutela da Propriedade Intelectual pode substituir o modelo de propriedade exclusiva. Nesse caso, a medida da eficiência de determinado arranjo institucional poderia ser aferido empiricamente por meio dos modelos da Nova Economia Institucional (o acréscimo dos custos burocráticos menos a redução dos custos com a retribuição do titular e dos custos relativos aos efeitos da posição monopolística).

Um sistema de governança baseado em regras de responsabilidade em substituição ao modelo proprietário é construído em torno das noções de: impedir o monopólio sobre a exploração das informações protegidas, a fim de preservar a inovação; permitindo ainda um tipo de organização de gestão coletiva visando a evitar uma tragédia dos comuns. (BOYLE, P. 69).

Argumento empírico a favor da adoção das regras de governança pode ser extraído da experiência do *software* livre, relatado por James Boyle, em relação ao direito estadunidense, conforme relato a seguir transcrito, em tradução livre:

Ainda que os jornalistas freqüentemente e equivocadamente afirmem o contrário, nem o "software livre", nem a maioria dos "softwares de código aberto" está no domínio público. Afinal, o que faz o trabalho de código aberto do software é a General Public License.

Todas as coisas que parecem tão interessantes sobre o código-fonte aberto - do seu modelo de produção empresarial, a forma de crescimento, a ligação com futuros inovadores que fazem uso dele para adicionar a loja em si - são construídas sobre esta licença.

Essa licença, por sua vez, baseia-se em um direito de propriedade intelectual, os direitos autorais titularizados pela Free Software Foundation e outras entidades.

O movimento do software livre intenta construir um ambiente de código aberto, onde o preço de admissão é o compromisso de fazer a sua parte no incremento do ambiente.

IV.3 O desencontro entre o racionalmente esperado e o previsto – o problema prático:

Nesse momento, cumpre repisar que a metodologia da Lei n.º 10.973/2004 deve estar comprometida em provocar uma *área de coincidência entre as condições do progresso prático e as exigências da emancipação do indivíduo* (UNGER: 1998, P. 13), como impõe a exegese dos art. 1.º, inciso III, no art. 3.º, inciso II, e no art. 218 e parágrafos, todos da Constituição Federal de 1988.

Assim, a chamada Lei de Inovação Tecnológica perde ao não experimentar introduzir no direito brasileiro mecanismo legal apto a regulamentar um sistema de governança coletiva dos direitos tutelados pela Propriedade Intelectual em relação às criações geradas em função das parcerias por ela regulamentadas. Percebe-se que se assim o fizesse, trabalharia com um sistema alternativo de incentivos a comportamentos criativos (inventivos) baseado em experiências anteriores, minimizando, nesse espaço – ainda restrito – os efeitos de eventuais posições monopolísticas geradas em função da atribuição de exclusividades, como ocorre no sistema tradicional.

V. CONCLUSÃO

A introdução de um modelo de controle coletivo dos direitos protegidos pela chamada Propriedade Intelectual pela Lei de Inovações Tecnológicas revelaria um ganho de eficiência do sistema normativo, já que, na perspectiva individualista haveria a tutela dos interesses do autor da criação (havendo, portanto, incentivos ao comportamento inventivo) e, na perspectiva coletivista, a sociedade se enriqueceria com as externalidades dos efeitos do comportamento inventivo, sem ter que pagar o preço de outra falha: as posições monopolísticas potencialmente provocadas pela forma tradicional de tutela das criações. A racionalidade do sistema estaria assim sendo melhor atingida. Por fim, encerra um fragmento do pensamento sociológico de Karl Popper sobre a introdução de pequenas mudanças na sociedade, seguindo uma racionalidade instrumental:

(...) Mas as experiências sociais graduais podem ser realizadas em condições realistas, no meio da sociedade, a despeito de serem em pequena escala, isto é, sem revolucionarem a sociedade inteira. (...) A introdução de um novo seguro de vida, de uma nova espécie de tributação, de uma nova reforma penal, tudo isso são experiências sociais que têm repercussões em toda a sociedade sem remodelar a sociedade como um todo (POPPER: 1997, P 178).

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura a Função*. Barueri: Manole, 2007.

BOURDIEU, Pierre. *A Força do Direito: Elementos para uma sociologia crítica do campo jurídico*. In O Poder Simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004, 7ª ed.

CATEB, Alexandre. *Breves Notas sobre a teoria dos Contratos incompletos*.

COOTER, Robert. Ulen, Thomas. *Law and Economics*. Pearson Addison Wesley, 4ª ed., 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ETICA CONCORRENCIAL. *Direito e economia*. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERES, Marcos Vinício Chein. *O Princípio da Eficiência Econômica*.

FERES, Marcos Vinício Chein. *Direito Econômico: Uma proposição teórico-metodológica*.

FRANCO SILVA, Denis. *O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução*. In *Princípios de Direito Civil Contemporâneo*, Maria Celina Bodin de Moraes, organizadora. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GONTIJO, Vinícius. *O empresário no Código Civil brasileiro*.

PIPES, Richard. *Propriedade & Liberdade*. Tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 2001.

POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*; tradução Milton Amaro. – 3ª ed. – Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1998.

POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*; tradução Leonidas Hegemberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 2007.

POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*; tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard. *Direito, Pragmatismo e democracia*; tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*; Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic institutions of capitalism*. New York: The Free Press. 1985.

ZYLBERSZTAJN, Direito e Economia/Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

www.ecsbdefesa.com.br

Universidade Federal de Juiz de Fora

