

# Propriedade intelectual: Direito e Economia na era do conhecimento

Fabíola Wüst Zibetti<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Especialista em Propriedade Industrial e em Análise Econômica do Direito pela Universidade de Buenos Aires, Argentina; Aluna do Programa de Mestrado em Direito, área de Relações Internacionais, da Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil.

**Resumo.** Nas últimas décadas, com a ampliação das relações comerciais mundiais e a forte aproximação do Direito e Economia, numa era em que o conhecimento passa a ser altamente valorizado, resulta que este passa a ser objeto de comércio. Nesse sentido, a necessidade de sua regulamentação passa por um processo análogo ao direito de propriedade, resultando assim no que atualmente se entende por propriedade intelectual. Dentro deste contexto, o propósito do presente estudo é realizar uma análise do direito de propriedade intelectual com base na economia do conhecimento, buscando explicar os critérios econômicos que justificam sua regulação, enfocando argumentos centrados no uso eficiente do conhecimento, que considerado bem público, acessível a todos e ilimitado, passa a ser reconhecido como bem protegido pelo direito de propriedade privada, com acesso restrito e escasso.

**Palavras-chave:** Propriedade intelectual; Análise econômica do Direito; Economia do conhecimento.

## 1 Introdução

Nas últimas décadas a relação entre o direito e economia tem se acentuado cada vez mais, principalmente com a ampliação das relações comerciais mundiais. A realização de acordos internacionais, baseados em perspectivas econômicas, tem servido de marco, em muitos casos, para os Estados elaborarem suas regulamentações internas. O que de fato é o caso da propriedade intelectual.<sup>1</sup>

Neste contexto, o propósito do presente estudo é realizar uma análise do direito de propriedade intelectual com base na economia do conhecimento, buscando explicar os critérios econômicos que justificam a criação do direito de propriedade intelectual. Este trabalho enfocará os argumentos centrados no uso eficiente do conhecimento,

---

<sup>1</sup> Na América Latina, particularmente com as reformas de cunho econômico, notadamente na década de 1990, como privatização, abertura comercial, desregulamentação e reformas regulatórias na infra-estrutura e no sistema financeiro, assim como a ampliação da integração econômica mundial. A propriedade intelectual tem como marco regulatório internacional o Acordo relativo à Propriedade Intelectual relacionada ao Comércio (TRIPs) no âmbito da Organização Mundial do Comércio

que considerado um bem público<sup>2</sup>, acessível a todos e ilimitado, passa a ser reconhecido como bem protegido pelo direito de propriedade privada<sup>3</sup>, com acesso restrito e escasso.

Para isso, sem pretender uma análise exaustiva do tema, limitar-se-á ao estudo das principais teorias microeconômicas que aportam à construção (econômica) do direito de propriedade intelectual, como a teoria dos bens públicos, a teoria das externalidades, e a das falhas de mercado. Na seqüência será tratada a criação da escassez, que é a força norteadora por trás da proteção do direito de propriedade intelectual. Ainda será abordada a tragédia dos *commons* e dos anti-*commons*, assim como, das modalidades de apropriação dos bens. Uma referência às limitações relacionadas ao direito de propriedade será apontada. Trazendo, ao final, breves considerações.

## 2 O conhecimento como bem público

Pela teoria econômica de forma em geral, o conhecimento<sup>4</sup> é reconhecidamente um bem público. Esta consideração baseia-se nas suas principais qualidades no que tange ao acesso e ao uso do conhecimento: a falta de possibilidade de exclusão de usuários; e a ausência de rivalidade<sup>5</sup>.

Tem-se que a falta de possibilidade de exclusão de usuários se relaciona à qualidade de o conhecimento ser acessível a todos, havendo impossibilidade ou dificuldade de se excluir as pessoas ao seu acesso, independentemente de ser cobrado por isso.

Quanto à ausência de rivalidade, significa que o uso do bem por uma pessoa não impede que outra a utilize, e mesmo que se possa impedir alguém seria indesejável fazê-lo. De forma que as pessoas podem usar, consumir ou dispor do bem comum sem haver disputa entre elas. No caso do conhecimento, quando alguém se utiliza de uma fórmula matemática, por exemplo, não impede que outra se utilize dela também.

Sob o aspecto econômico, os bens públicos distinguem-se dos bens produzidos por empresas privadas (bens privados). O bem privado em geral apresenta um custo marginal positivo com relação à produção de mais uma unidade. Assim, o nível eficiente de fornecimento de um bem (custo marginal nulo) é determinado fazendo-se uma comparação entre o custo e benefício de produção de uma unidade a mais do bem, sendo a eficiência alcançada quando essa comparação resultar em zero, quando custo e benefício forem iguais entre si<sup>6</sup>.

Contudo, isso não ocorre quando uma empresa privada busca produzir bens caracteristicamente públicos, pois esses não apresentam um custo marginal positivo

---

<sup>2</sup> Ele é considerado um bem público mundial impuro. (Stiglitz, 1999)

<sup>3</sup> Conforme o Acordo TRIPs, de 1994.

<sup>4</sup> A economia do conhecimento e a economia da informação, de uma forma geral, baseiam-se nos mesmos argumentos quando tratam do conhecimento e da informação como bens públicos.

<sup>5</sup> Stiglitz, 1999; Kaul et al, 1999; Solá, 2004; Cooter & Ulen, 1998; Posner, 1998; Sullivan & Grimes, 2000.

<sup>6</sup> Pindyck & Rubinfeld, 1999, p. 731

com relação à produção de mais uma unidade, e sim um custo marginal nulo (igual à zero). Assim, a princípio, a provisão pública resulta economicamente mais eficiente, pois se considera que os bens públicos quando fornecidos por empresas privadas são subutilizados, isso porque havendo cobrança pelo seu uso, o preço cobrado dissuadirá os consumidores a utilizá-lo, ou o utilizarão sem pagar (não pagadores).

A partir disso haverá uma perda de bem-estar (peso-morto), o que indica que os bens cujo custo marginal de fornecimento é zero devem ser fornecidos gratuitamente, independentemente de que seja viável ou não cobrar por eles<sup>7</sup>.

Nesse contexto, mesmo que seja mais eficiente a provisão pública, não necessariamente ela vai ocorrer, e havendo falta de interesse de provisão privada, o conhecimento como um bem público torna por se defrontar com problemas de provisão no mercado.

Além disso, há o problema do beneficiário gratuito, também conhecido como “carona” (*free riding*)<sup>8</sup>. Como o custo de produção de uma unidade a mais (custo marginal) é zero para um consumidor adicional que desfrute do bem, a produção do conhecimento por algumas pessoas, leva outras de “carona” que não empreendem, seja seu tempo, gasto, ou qualquer ação visando cooperar para a sua produção. Então, em razão da dificuldade de se excluir os indivíduos, como por exemplo, os não-pagadores, isso se torna um problema. Assim, quem está disposto a pagar pelo bem público em questão tem a opção individualmente mais atrativa de aproveitar-se gratuitamente das quantidades que tenham decidido adquirir de outras pessoas<sup>9</sup>.

Em face disso, como bem público o conhecimento é tratado como uma falha de mercado.

### 3 O conhecimento como gerador de externalidades no mercado

A partir da perspectiva econômica, então, o conhecimento em geral no que se refere ao seu acesso e uso se caracteriza pela não exclusão e pela ausência de rivalidade. Mas também possui outra característica: seu caráter cumulativo. As duas primeiras características se relacionam com a indivisibilidade do conhecimento e com seu caráter de bem público; enquanto a cumulatividade faz referência ao fato de não poder controlar plenamente suas modalidades de apropriação, produzindo desse modo externalidades positivas<sup>10</sup>.

Antes de se tratar propriamente das externalidades geradas pela produção de conhecimento, é importante esclarecer que as externalidades se referem aos efeitos de atividades de produção e consumo que não se refletem diretamente no mercado, são externas a ele.

Considera-se que quando houver externalidades, sejam elas positivas ou negativas, a destinação de recursos pode não ser eficiente, e os níveis de produção e os gastos destinados ao seu controle incorretos<sup>11</sup>. Como as externalidades não estão refletidas

---

<sup>7</sup> Solá, 2004, p. 323.

<sup>8</sup> Kaul et al, 1999.

<sup>9</sup> Coloma, 2001, p. 51.

<sup>10</sup> Herscovici, 2004, p. 161; Stiglitz, 1999.

<sup>11</sup> Solá, 2004, p. 716.

nos preços de mercado podem afetar o mercado tornar-se uma causa de ineficiência econômica<sup>12</sup>.

Há externalidades positivas e negativas, as quais podem surgir entre produtores, entre consumidores ou entre ambos. As negativas surgem no instante em que a ação de uma das partes impõe custos sobre a outra, ou seja, refere-se aos custos de produção ou de consumo que não são assumidos pelo produtor ou quem o utilizar, como exemplo a poluição<sup>13</sup>.

No que tange às externalidades positivas, essas existem quando a ação de uma das partes traz benefício à outra, e o produtor é incapaz de “internalizar” todos os benefícios do que foi produzido. Toda atividade produtiva que gera externalidade positiva produz, por definição, um benefício social maior do que o privado - maior do que o apropriado pelo produtor.

Ao se fazer a análise de custo e benefício referente à produção de um bem, o agente privado compara o benefício privado com o custo privado, que é igual ao custo social de produção do bem. Conseqüentemente, na maioria dos casos, o produtor produzirá menos do que o ótimo, ou mesmo deixará de produzir o bem ainda que o resultado seja socialmente vantajoso (benefício social maior do que o custo social)<sup>14</sup>.

Nesse sentido, geralmente, requer-se que aqueles que utilizem uma externalidade positiva, paguem por sua utilização<sup>15</sup>.

No caso do conhecimento, ele é insumo para a produção de novos conhecimentos (cumulatividade), o que gera externalidades positivas, ou seja, aumenta a produtividade na produção de novos conhecimentos<sup>16</sup>.

Como exemplo tem-se o caso do investimento que as empresas fazem em pesquisa e desenvolvimento (P&D). Em geral, as inovações resultantes não podem ser protegidas do interesse das outras empresas. Assim, entende-se que se há possibilidade de o produto ser protegido por meio de direitos de exclusividade, a empresa investidora pode por meio da produção e comercialização obter lucros; já se não for possível essa proteção, se o produto puder ser legalmente reproduzido (copiado) pelas demais empresas (“caronas”), essas poderão produzir e comercializar produtos similares, competindo e obtendo parte do lucro que seria auferido pela empresa que realizou o investimento<sup>17</sup>.

No contexto econômico as externalidades, assim como os bens públicos, constituem falhas de mercado, significando dessa forma um desvio de eficiência. Com isso, quando se fazem presentes, o preço<sup>18</sup> de um bem privado (mercadoria) não reflete necessariamente seu valor social. O que de fato pode ocorrer é as empresas produzirem quantidades excessivas ou insuficientes de certa mercadoria, de modo que a produção de mercado seja ineficiente<sup>19</sup>.

---

<sup>12</sup> Pindyck & Rubinfeld, 1999, p. 702. Num mercado competitivo a eficiência econômica refere-se ao bem-estar agregado de consumidores e produtores em conjunto. (Pindyck & Rubinfeld, 1999, p. 314)

<sup>13</sup> Pindyck & Rubinfeld, 1999, p. 702.

<sup>14</sup> Pindyck & Rubinfeld, 1999, p. 702.

<sup>15</sup> Solá, 2004, p. 738.

<sup>16</sup> Herscovici, 2004, p. 161.

<sup>17</sup> Sullivan & Grimes, 2000.

<sup>18</sup> Pindyck & Rubinfeld, 1999, p. 663.

<sup>19</sup> Pindyck & Rubinfeld, 1999, p. 701.

## 4 Teoria das falhas de mercado e a regulamentação estatal

Como coloca Stiglitz, “recentemente tem havido um reconhecimento crescente de que o governo e o setor privado se encontram muito mais intimamente entrelaçados,” assim, “o governo deveria servir como complemento dos mercados, empreendendo ações que façam com que os mercados funcionem melhor e corrigindo as falhas de mercado”<sup>20</sup>.

Com o reconhecimento das falhas de mercado<sup>21</sup>, em razão de os mercados (incompletos)<sup>22</sup> produzirem resultados que nem sempre são eficientes, associados com as externalidades, os bens públicos e a informação imperfeita<sup>23</sup>, justifica-se a intervenção estatal, visando corrigir os desvios de eficiência.

Além disso, no que tange à produção do conhecimento, tem-se outro aspecto que reforça as falhas de mercado, que são os custos de transação. Enquanto é custoso de se produzir (custos fixos), é menos custoso reproduzir (custos de transferência). Nesse sentido, o criador do conhecimento precisa ter um mercado suficientemente amplo para cobrir seus custos fixos investidos na inovação – no desenvolvimento de um produto - e o fato de serem os custos de reprodução “zero”, significa que os preços podem ser e provavelmente serão baixos. Por sua vez, torna difícil assegurar que os custos para desenvolver um produto serão cobertos<sup>24</sup>.

Nesse contexto, quando os mercados<sup>25</sup> não podem resolver satisfatoriamente o problema das falhas de mercado torna-se necessária intervenção estatal, principalmente quando envolve problemas como: a questão da provisão dos bens públicos; a existência de informação imperfeita; os altos custos de transação; a falta de cooperação; a falta de direitos de propriedade claramente determinados<sup>26</sup>.

Para a redução desses problemas, em geral, o estado se utiliza alguns instrumentos públicos como: subsídio de gastos; incentivos fiscais; a determinação de regulamentação ou conjunto de direitos (de propriedade); ainda, com o poder coercitivo do governo, como a imposição de multas<sup>27</sup>.

Com relação ao conhecimento, ação do Estado pode tomar várias formas: o Estado pode produzir ou financiar sua produção; pode subsidiar os custos privados de sua

---

<sup>20</sup> Stiglitz, 2002, p. 42.

<sup>21</sup> Conforme Stiglitz as falhas de mercado se referem as situações em que uma economia de mercado não logra eficiência econômica. (2003, p.580)

<sup>22</sup> Um mercado incompleto ocorre quando um mercado privado não proporciona um bem ou um serviço, ainda quando o custo de ministrá-lo seja inferior ao que os consumidores estejam dispostos a pagar, existe uma falha de mercado. (Solá, 2004, p. 62-3)

<sup>23</sup> A informação imperfeita, ou incompleta, refere-se à falta de informações exatas a respeito de, por exemplo, preços de mercado ou da qualidade do produto, o que faz com que o sistema não opere eficientemente. A falta de informação pode estimular os produtores a ofertarem quantidades excessivas de determinados produtos e quantidades insuficientes de outros. (Pindyck & Rubinfeld, 1999, p. 662-3)

<sup>24</sup> Sullivan & Grimes, 2000

<sup>25</sup> A eficiência econômica pode ser obtida sem intervenção governamental quando a externalidade envolve relativamente poucas pessoas e quando o direito de propriedade é bem especificado. (Pindyck & Rubinfeld, 1999, p. 723)

<sup>26</sup> Solá, 2004; Kaul et al, 1999.

<sup>27</sup> Solá, 2004, p.718; Kaul et al, 1999, p. 9.

produção; ou pode criar uma garantia temporária de apropriação por meio de direitos aos seus produtores<sup>28</sup>.

Com isso, tem-se que a criação de direitos de propriedade vem a ser um meio para a correção de desvios de eficiência do mercado, por meio da intervenção estatal, e com isso os direitos de propriedade passam a se desenvolver quando se faz econômico e necessário para aqueles que se vêem afetados por falhas de mercado<sup>29</sup>. Conforme Barbosa<sup>30</sup>, a teoria das falhas de mercado tem um interessante efeito que é evidenciar a natureza primária da intervenção do Estado na proteção da propriedade intelectual.

## **5 A justificação do direito de propriedade intelectual e a construção da escassez**

Na economia, por definição, se estuda os direitos de propriedade sobre os recursos escassos<sup>31</sup>. Importa notar que economicamente à sociedade lhe convém definir e proteger os direitos de propriedade privada porque os bens são escassos<sup>32</sup>. Assim a propriedade privada garante que os bens escassos sejam usados de forma mais eficiente e produtiva.

Contudo, há dificuldade de se justificar os direitos de propriedade intelectual sob essa definição, tendo em vista que eles não surgem da escassez dos bens (intelectuais) apropriados. Ocorre então que o propósito desse direito é justamente criar uma escassez, ou seja, neste caso a lei não protege a propriedade de um bem escasso primeiramente, senão que a escassez é criada pela mesma lei, trata-se de uma escassez artificial. Com isso, se possibilita valorar (precificar) o direito de propriedade sobre o conhecimento, tornando possível a sua mercantilização (*commoditification*), e deste modo gerar uma renda exclusiva “monopólica” para seus titulares<sup>33</sup>.

Em uma clara colocação disso Arrow anota que se a informação (conhecimento) não for um bem apropriável, os incentivos para criá-la faltarão. Então, exemplificativamente, patentes e direitos autorais são inovações sociais projetadas para criar escassezes artificiais onde não existe naturalmente. Essa escassez é pretendida para criar a necessidade de incentivos para adquirir a informação<sup>34</sup>.

Ademais, a crítica econômica afirma que há a noção implícita de que a propriedade se elevou, como alguma instituição, para cumprir uma determinada função: a alocação eficiente de recursos econômicos escassos. Então, o argumento que justifica a propriedade intelectual segue a lógica de que a eficiência alocativa depende dos mercados; mas, como somente os recursos escassos podem ser alocados através dos mercados; por sua vez, o conhecimento deve ser tratado como a propriedade porque apenas então será ele escasso e conseqüentemente trazido ao mercado; e os mercados

---

<sup>28</sup> Em geral, a combinação das diversas formas de intervenção é utilizada pelos Estados para incrementar o conhecimento comum. (Stiglitz, 2003, p. 168)

<sup>29</sup> Solá, 2004, p. 244.

<sup>30</sup> Barbosa, 2003, p. 88.

<sup>31</sup> Solá, 2004, p. 235

<sup>32</sup> Os preços transmitem a informação sobre a escassez. (Stiglitz, 2003, p. 166)

<sup>33</sup> May, 2001.

<sup>34</sup> Arrow apud May, 2001.

asseguram essa eficiência. Assim, para derivar o maior benefício social do conhecimento, ele deve conseqüentemente ser tratado como propriedade (bem privado)<sup>35</sup>.

O problema alocativo (eficiência) com o qual a propriedade intelectual trata é que os mercados podem gerar investimentos inadequados em inovação porque, sem propriedade intelectual, haverá presença do “carona”, e os inovadores são incapazes de internalizar alguma retribuição sobre seus investimentos<sup>36</sup>.

Assim, a justificativa econômica argumenta que a propriedade busca a alocação ótima dos recursos e o bem-estar social buscando um equilíbrio, de um lado, concedendo exclusividade suficiente para suprir o incentivo necessário para encorajar a inovação e, de outro, assegurando adequado acesso e preparo para combater do conhecimento potencial desenvolvido, evitando assim o acesso gratuito, desnecessário ou a excessiva proteção, provendo informação sobre inovações e protegendo o domínio público<sup>37</sup>.

Tem-se que a construção da escassez com a transformação do conhecimento em uma *commodity* representa um papel vital na operação do capitalismo moderno, e como argumenta May<sup>38</sup> em um caminho ou outro esses argumentos freqüentemente extraem sua inspiração a partir da “tragédia dos *commons*”.

## 6 A “tragédia dos commons” e os “anti-commons”

A metáfora de Garret Hardin, a “tragédia dos *commons*”, originalmente tomada como uma estimativa histórica do uso exagerado e a degradação de recursos ambientais, ela apresenta considerável importância para a questão da propriedade. Ele infere que uma vez mantenha-se elevado o crescimento populacional (com o declínio da mortalidade, saúde melhor), em mundo finito (recursos limitados), em que a população combina o uso da capacidade máxima que pode ser suportada pelo bem comum, então a “tragédia”<sup>39</sup> desenvolve.

A “tragédia dos *commons*” (recursos comuns) propõe que a procura por ganhos individuais ou os interesses individuais com a utilização excessiva dos recursos comuns limitados (escassos), na ausência de regras para seu uso, acaba por ultrapassar a capacidade regenerativa ou de suporte desses recursos. A tragédia dos recursos comuns seria, então, inevitável; a despeito de se saber que ela acontecerá ao se manter as atitudes referendadas pelos interesses individuais, nada se faz para evitá-la. Assim, segundo Hardin torna imperativo limitar ou anular o livre acesso aos recursos comuns, por meio da regulamentação da apropriação dos bens visando reduzir a possibilidade de ocorrer a tragédia. Ele defende a necessidade de direitos de propriedade legalmente instituídos.

---

<sup>35</sup> May, 2001

<sup>36</sup> Sullivan & Grimes, 2000, p. 801.

<sup>37</sup> Sullivan & Grimes, 2000, p. 801

<sup>38</sup> May, 2001.

<sup>39</sup> Hardin, 1968.

No âmbito dos bens intangíveis, sob outro enfoque argumenta May<sup>40</sup> que com a instituição dos direitos de propriedade intelectual pode haver uma reversão desse problema, propondo a possibilidade de uma “tragédia diferente” – a “tragédia dos anti-*commons*” - em que as pessoas subutilizam os recursos escassos (artificialmente escassos), como o conhecimento, porque muitos há possibilidade de excluir o acesso e impedir o consumo (nos *commons* ninguém tem esse direito).

Uma situação em que se depara com “tragédia dos *anti-commons*”, como Heller e Eisenberg<sup>41</sup> descrevem, é quando múltiplos titulares possuem patentes (direitos de propriedade intelectual) excessivamente fragmentadas, situação em que nenhum único proprietário possui significativamente um conjunto de direitos comerciáveis. Um anti-*commons* particularmente ocorreria nesse caso, em havendo um bloqueio entre as patentes (*blocking patents*)<sup>42</sup>, em razão de as reivindicações de patentes de diferentes titulares bloquearem uma a outra, o que podem levar paradoxalmente a menor utilidade dos bens. Por exemplo, quando um titular possui uma reivindicação de patente de uma invenção básica e outros diversos titulares possuem reivindicações de patente de aperfeiçoamentos.

Em uma situação como essa se propõe a comunhão de patentes ou a realização de mecanismos contratuais entre os possuidores de patentes complementares, como a licença-cruzada<sup>43</sup>, como forma de superar os problemas dos anti-*commons*. Isso cria uma forma de gestão comum (coletiva) dos direitos de propriedade intelectual, que em regra são regulados a partir de contratos privados dentro das necessidades de mercado e dos limites das normas estatais reguladoras desses direitos. Exemplo disso tem-se os casos DVD, MPEGLA<sup>44</sup>, dentre outros envolvendo especialmente a criação de padrões tecnológicos.

## **7. As modalidades de apropriação dos bens: a eficiência da propriedade privada?**

A possibilidade de subprodução do conhecimento leva à intervenção do Estado por meio da garantia de direitos temporários. Isso requer um sistema de direitos de propriedade intelectual que regule a apropriação, definindo e tornando exigíveis esses direitos.

A definição de tipos de propriedade a partir dos regimes de apropriação apresenta impacto significativo sobre a eficiência do mercado, assim a instituição de direitos de propriedade leva à análise das modalidades de apropriação, que refletem principalmente nos custos de transação, conforme será tratado.

---

<sup>40</sup> May, 2001.

<sup>41</sup> *apud* Hovenkamp et al, 2004 supplement.

<sup>42</sup> Hovenkamp et al, 2003/2004 Supplement, 34-7.

<sup>43</sup> A licença-cruzada é uma troca mútua de licenças entre partes não relacionadas. (Hovenkamp et al, 2003 supplement).

<sup>44</sup> Consultar sites: <http://www.dvd6cla.com/> e [www.mpegla.com](http://www.mpegla.com).

Esta breve análise baseia-se na distinção oferecida por alguns economistas, em que se tem a propriedade de livre acesso, a propriedade pública ou estatal, a propriedade comunal e a propriedade privada<sup>45</sup>.

Com relação ao regime de livre acesso, tem-se que este apresenta maior suscetibilidade à “tragédia dos *commons*” ou ao esgotamento dos recursos comuns, em razão de não haver regulamentação sobre o acesso e uso, revelando desse modo importância na exclusão ao uso de recursos escassos, como justifica Hardin, a partir da imposição legal de um regime de propriedade. Nessa modalidade de apropriação pode ser enquadrado o conhecimento considerado de domínio público.

No que tange ao regime de propriedade estatal<sup>46</sup>, este se revela extremamente importante quando o bem comum está envolvido e quando este não pode ser confiado a outros regimes de apropriação<sup>47</sup>. Implica que o estado pode excluir qualquer pessoa do uso de um direito na medida em que atende aos procedimentos politicamente aceitos que definem quem pode ou não utilizar o bem estatal<sup>48</sup>. Pode considerar-se relacionado a esse regime o conhecimento subsidiado e protegido pelo Estado, por meio de suas entidades, empresas públicas, universidades, centros de pesquisa, por exemplo.

O regime de propriedade estatal em geral apresenta dificuldades, como o excesso de regulamentações, a falta de garantia de cumprimento da legislação, e o reconhecimento da legitimidade, sendo problemática a exclusão de usuários<sup>49</sup>.

Quanto aos regimes de propriedade comunal<sup>50</sup>, a exclusão refere-se às pessoas que não pertencem ao grupo que controla determinados recursos, ou seja, que não participa de sua estrutura organizacional comunitária. A permanência do processo de exclusão estabelecido no regime comunal de apropriação de recursos comuns está alicerçada sobre a necessidade de seu reconhecimento legal (e moral) pelos membros e por aqueles não-membros do grupo comunal<sup>51</sup>. Os conhecimentos das comunidades tradicionais enquadrar-se-iam nesse regime de apropriação, assim como a cotitularidade em direitos de propriedade intelectual.

Segundo Demsetz, essa forma de propriedade falha na possibilidade de não concentrar em uma só pessoa o exercício do direito comunal, tornando os custos de transação (negociação) sobre os bens e direitos de propriedade comunais<sup>52</sup> altos (e em geral, mais demorados) porque o exercício do direito por muitas pessoas (comunidade) em geral dificulta o alcance um acordo mutuamente satisfatório. Ainda que se chegue a um acordo, ainda há os custos de se estabelecer mecanismos para levar em efeito o acordo, o que pode também ser elevado. Levando-se em conta,

---

<sup>45</sup> Berkes, 1999. Essa classificação não é unânime, por exemplo, Garret Hardin não faz distinção entre o livre acesso e a propriedade comunal, tratando apenas da propriedade comunal, estatal e privada.

<sup>46</sup> Berkes, 1999.

<sup>47</sup> Berkes, 1999.

<sup>48</sup> Demsetz, 1967.

<sup>49</sup> Berkes, 1999.

<sup>50</sup> Berkes, 1999.

<sup>51</sup> Berkes, 1999.

<sup>52</sup> Há uma distinção aqui entre bens comunais, que são de propriedade de uma comunidade, pluralidade (comunhão) de pessoas, e bens comuns, que são de comuns de todos, como os bens públicos.

também, que depois de se efetuar um acordo, ninguém poderá exercer privadamente o direito. Com isso, tem-se que o regime de propriedade comunal resulta em grandes externalidades<sup>53</sup>.

O desenvolvimento de direitos privados permite ao seu titular limitar o uso do bem, o qual é proprietário, podendo restringir o acesso, excluindo outros. Se a titularidade se limitar a apenas uma pessoa, essa buscará aumentar seu valor atual, levando em conta as possibilidades futuras, custos e benefícios, e selecionar o que melhor maximizará seu valor. Conforme Demsetz, neste caso haverá uma concentração de custos e benefícios sobre a mesma pessoa, assim criando incentivos para utilizar os recursos de forma mais eficiente.

Entretanto, a propriedade privada lida com algumas externalidades, não apenas os custos de especificar e conceder direitos de propriedade, como os custos de monitorar e fazer cumprir todas as obrigações que os direitos de propriedade impõem sobre os demais, os custos de exclusão<sup>54</sup>. A privatização de acesso aos recursos (comuns) é promotora de regulamentação de uso e acesso desses bens, e tal condição sugere regulamentação de acordo com objetivos privados<sup>55</sup>.

Muito embora o problema de cumprimento de legislação seja comum a todos os regimes de apropriação de recursos, aliado ao problema de exclusão característico dos recursos comuns, tais condições são reveladoras no regime de propriedade privada, em que a questão do reconhecimento, da legitimação dos direitos de apropriação privada aumenta os custos de fiscalização para se fazer cumprir a legislação<sup>56</sup>.

Ainda assim, grande parte dos analistas econômicos do direito considera que a proteção jurídica dos direitos de propriedade individual (privada) tem a função econômica de criar incentivos de utilizar os recursos de forma eficiente, considera-se a mais eficiente das modalidades de apropriação<sup>57</sup>. Contudo, quando se trata de direitos de propriedade intelectual, como foi brevemente colocado no ponto anterior, isso se torna discutível, podendo muitas vezes ser mais eficiente a gestão coletiva, quando adequadamente administrada, especialmente em seus custos de transação.

## **8 As restrições ao direito de propriedade intelectual**

No âmbito da economia que trata do conhecimento, existe uma divergência entre o interesse público e os interesses privados. Quanto ao interesse público, a maximização do interesse coletivo corresponde à produção de externalidades positivas e à difusão gratuita do conhecimento<sup>58</sup>. Não obstante, esta gratuidade não permite criar os incentivos suficientes para que o setor privado continue a investir na produção de conhecimento, assim se as externalidades de demanda foram maximizadas, o lucro do

---

<sup>53</sup> Demsetz, 1967.

<sup>54</sup> Nesse sentido: Solá, 2004, p. 251.

<sup>55</sup> Berkes, 1999.

<sup>56</sup> Berkes, 1999.

<sup>57</sup> Sola, 2004.

<sup>58</sup> Isso à medida que o custo marginal de uso do conhecimento é nulo, a maximização da função de bem estar coletiva implica que seu preço seja, igualmente, igual à zero. (Herscovici, 2004, p. 161)

produtor de conhecimento seria nulo. Então, surge a necessidade de incentivos para a produção privada de conhecimento, o que faz com que seja preciso limitar, a partir de um regime de direitos de propriedade, as modalidades de acesso e de uso desse conhecimento<sup>59</sup>.

Como se pode observar o principal problema dos regimes de propriedade intelectual é do ponto de vista social em que a limitação do acesso e uso gera custos sociais. A instituição de direitos de propriedade sobre a criação intelectual resulta em benefícios e custos sociais, mas seu próprio mecanismo visa encontrar um equilíbrio que maximiza o benefício público e reduza os danos ao conferir os direitos de propriedade intelectual<sup>60</sup>.

Ao se impor um direito de propriedade cria-se direitos, mas em contrapartida restrições, como o dever de se cumprir com o bem comum, com a função social da propriedade. O que aponta haver um amplo marco para a determinação da propriedade e do interesse público. A referência ao caráter social da propriedade intelectual não é o único limite com a qual se depara o titular do direito de propriedade, ainda são criadas restrições<sup>61</sup> quanto ao conteúdo, tempo (alcance e exigibilidade), por meio das normas. Isso cumpre com um incentivo econômico.

A própria norma que cria o direito garante mecanismos, impondo como restrições, exceções, requisitos e condições relativas ao direito de propriedade intelectual, que visa promover o equilíbrio, e a partir da aplicação dessas normas, seja por meio de procedimentos administrativos ou judiciais, se possa por meio de decisões, caso a caso, promover a eficiência e tornar mais eficiente o direito<sup>62</sup>.

O sistema legal que protege a propriedade intelectual, sob diferentes regimes – patentes, desenhos industriais, marcas, indicações geográficas, direitos de autor e conexos, software, concorrência desleal e outros - buscando estabelecer esse equilíbrio. Eles fixam o objeto que pode ser protegido estabelecendo precondições substantivas para proteção, delimitando, ainda, o escopo e o termo (prazo) dentro dos quais será garantida a proteção<sup>63</sup>. Assim, como exemplo, nos termos que limitam as patentes e direitos de autor (as marcas registradas podem ser renovadas indefinidamente) há um balanço entre o bem social e benefício privado no centro da construção legal da propriedade intelectual<sup>64</sup>.

No caso de patentes, exemplificativamente, elas são disponíveis para processos e produtos, sendo patenteável a invenção que atenda um nível alto de exigências, e requisitos como novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, requisitos sem os quais não se poderá proteger. Uma patente conferirá a seu titular direitos exclusivos como o de evitar que terceiros sem seu consentimento produzam, usem, coloquem a venda, vendam, ou importem, com vigência limitada no tempo pela legislação.

---

<sup>59</sup> Herscovici, 2004, p. 161.

<sup>60</sup> Sullivam & Grimes, 2000.

<sup>61</sup> Consultar: Stiglitz, 2003, p. 51.

<sup>62</sup> Sullivam & Grimes, 2000.

<sup>63</sup> Sullivam & Grimes, 2000.

<sup>64</sup> May, 2001.

## 9 Considerações finais

A partir deste estudo, pode-se melhor compreender, o que permite servir de base para futuramente avaliar detalhadamente os critérios de destinação dos direitos de propriedade intelectual sob a perspectiva econômica.

Considera-se que a análise econômica do direito assume um importante papel quando se trata de aplicar as normas de direito, em especial referentes à propriedade intelectual, visando superar as dificuldades que se tornam presentes na implementação destas normas.

Assim tem-se que o padrão de solução encontrado pela economia para os bens comuns físico é garantir direitos de propriedade privada, como estratégia regulatória de ganhos individuais. Contudo, isso nem sempre ocorre quando se trata de bens comuns intelectuais, requerendo-se soluções diferentes ligada ao exercício dos direitos de propriedade intelectual privados, concedidos pelo Estado – de forma análoga aos bens materiais. Isso, pois, muitas vezes a exclusão pode gerar perdas individuais, ao invés de ganhos. Trata-se de um desafio, que tem encontrado muitas vezes como solução a gestão comum (coletiva) como solução, a exemplo a comunhão de patentes, como nos casos do DVD, MPEGLA, entre outros.

Então, numa época em que as tecnologias da informação, a comunicação e troca de informações tem acelerado cada vez mais, e gerado novos e complexos desafios no âmbito do direito e economia da propriedade intelectual, uma constante reflexão a cerca deles se faz necessária.

## Referências

1. Barbosa, D. Uma introdução à propriedade intelectual. 2ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.
2. Basso, M. Propriedade Intelectual na era pós OMC. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.
3. Cabanellas de las Cuevas, G. Derecho de las patentes de invención. 2ed. Buenos Aires: Heliasta, 2004, v.1 e v.2.
4. Coase, R. El problema del costo social. Disponível em <www.eumed.net> Acesso em: fevereiro, 2004.
5. Coloma, G. Análisis económico del Derecho. Privado y regulatório. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001.
6. Cooter, R; Ulen, T. Derecho y Economía. Fondo de Cultura Económica, 1998.
7. Correa, C. Intellectual property rights, the WTO and developing countries: the ADPIC agreements and policy options. Malaysia, Third World Network, 2000.
8. Demsetz, H. Hacia una teoría de los derechos de propiedad. American Economic Review, mayo de 1967. Disponível em <www.eumed.net> Acesso em: fevereiro, 2004. (Tradutor: não identificado)
9. Drahos, P. The regulation of public goods. Journal of International Economic Law. Oxford: Jun 2004.Vol.7, Iss. 2; pg. 321
10. Hardin, G. The tragedy of the commons. Science, v. 162 (1968), pp. 1243-1248. Gaceta Ecológica, núm. 37, Instituto Nacional de Ecología, México, 1995. Disponível em <www.eumed.net> Acesso em: fevereiro, 2004.

11. Herscovici, A. Economia da Informação, direitos de propriedade intelectual, Conhecimento e novas modalidades de re-apropriação social da Informação. Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación. Vol. VI, n. 3, Set/Dec, 2004. Disponível em: <[www.eptic.com.br](http://www.eptic.com.br)> Acesso em: fevereiro, 2005.
12. Hovenkamp, H; et al. IP and Antitrust: an analysis of antitrust principles applied to intellectual property rights. New York, Aspen, 2002, 2003, 2004 supplements.
13. Kaul, I; et al (Eds.). Bienes públicos mundiales: la cooperación internacional em e siglo XXII. México, Oxford University Press, 1999.
14. May, C. Fishing with dynamite: knowledge commons in the global political economy. Presented at the ISA Annual Conference, Chicago 2001. Disponível em: <[www.Isanet.org/paperarchive.html](http://www.Isanet.org/paperarchive.html)> Acesso em: fevereiro 2005.
15. Maskus, K. Intellectual property rights in the global economy. Washington, DC, Institute for International Economics, 2000.
16. Pimentel, L. Comercio internacional e processo de globalização: as normas jurídicas da propriedade intelectual. In: SCALOPPE, Luiz Alberto Esteves (org.). A internacionalização do Direito. Cuiabá, FESMP, 2001.
17. \_\_\_\_\_. Las funciones del derecho mundial de patentes. Córdoba, Argentina, Advocatus, 2000.
18. Pindyck, R.; Rubinfeld, D. Microeconomia. 4ed. São Paulo, Makron Books, 1999.
19. Posner, R. El análisis económico del derecho. México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
20. \_\_\_\_\_.; Easterbrook, F. Antitrust: cases, economic notes and others materials. 2ed. USA, West Group, 1981.
21. Solá, J. Constitución y Economía. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004.
22. Stiglitz, J. El conocimiento como un bien público mundial. In: Kaul, I; et al (Eds.). Bienes públicos mundiales: la cooperación internacional em e siglo XXII. México, Oxford University Press, 1999, p.328-345.
23. \_\_\_\_\_. Microeconomía. 2ed. Barcelona: Ariel, 2003.
24. \_\_\_\_\_.; Meier, G. (Eds.) Fronteras de la economía del desarrollo: el futuro en perspectiva. México, Banco Mundial/ Alfaomega, 2002.
25. Sullivan, L.; Grimes, W. The law of antitrust: an integrated handbook. USA, West Wadsworth, 2000.