

ISSN 1022-4057

Português

English

Español



ECONOMIC ANALYSIS OF LAW REVIEW

abde
Associação Brasileira
de Direito e Economia

 Universidade
Católica de Brasília

 EDITORA
universa

www.ealr.com.br

Economic Analysis of Law Review

Bens Imateriais, Teoria dos Clubes e Análise Econômica do Direito

Carolina Leister¹

Escola de Economia FGV/SP

Pós-Doutoranda no Departamento de Economia da FEA-USP

RESUMO

Este artigo tem como propósito explorar o potencial heurístico da teoria dos clubes em matéria de proteção intelectual. Para tanto, identifica a inovação tecnológica e a livre concorrência como bens públicos substitutos e a proteção intelectual como mecanismo jurídico de limitação de mercado necessário para sanar o problema envolvendo a falha de mercado relativa à suboferta de inovação por força do comportamento de *free-rider* em estrutura de mercado de competição acirrada. Nada obstante, para justificar essa limitação contra o princípio básico da livre concorrência defendido na Constituição Federal como bem público, a proteção intelectual é interpretada, segundo a teoria dos clubes, como mecanismo de exclusão apto a regular, não apriorística, mas adaptativamente, as dimensões de mercado mantendo-o, tão próximo quanto possível, da estrutura de mercado competitivo, mas admitindo a diferenciação de produtos.

Palavras-chave: proteção intelectual, bens públicos, bens de clube, inovação tecnológica, livre mercado e formação de clubes.

JEL: K00, 034.

ABSTRACT

The purpose of this article is to explore the heuristical potential of the theory of the clubs concerning intellectual protection. To this end, it identifies technological innovation and free market as substitute public goods and the intellectual protection as a legal mechanism of market limitation necessary to solve the market failure involving the small offer of innovation due to the free-rider behavior in a structure of free market. However, to justify this limitation against the basic principle of the free market, defended as a public good in the Federal Constitution, the intellectual protection is interpreted, according to the theory of the clubs, as a mechanism of exclusion to regulate the dimensions of the market, keeping it as much as possible to the structure of free market, but allowing the differentiation of products.

Key words: intellectual protection, public goods, club goods, technological innovation, free market and formation of clubs.

R: 18/6/10 **A:** 14/12/10 **P:** 5/7/11

¹ Comentários devem ser enviados para carolina.leister@fgv.br.

1. Introito: Inovação Tecnológica e Livre Mercado como Bens Públicos

Em artigo recente para a **Folha de São Paulo**, a ministra Ellen Gracie Northfleet comenta decisão em vias de ser proferida pela Suprema Corte Americana referente ao pedido de patente para método de negócios registrado por Bilski e Warsaw no Departamento de Patentes e Marcas Registradas norte-americano (registro 08/833, 892). A novidade da decisão fica por conta da possibilidade de, se o registro for admitido, a decisão *dar conformação nova à proteção que tradicionalmente é conferida à propriedade intelectual, redefinindo aquilo que pode ou não ser objeto de patente de invenção* (Northfleet, 2010). No Brasil, a Lei de Propriedade Industrial não confere, hodiernamente, registro de patente para métodos de negócios, conforme expressamente previsto no artigo 10, III, da referida Lei (Lei Nº 9.279/1996), *verbis*:

Art. 10. Não se consideram invenção nem modelo de utilidade:

(...)

III – esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização;

Relativamente aos demandantes de patentes e registros concedidos a invenções, modelos de utilidade e sinais distintivos, dentre outros bens intangíveis protegidos juridicamente, quanto maior o reforço legal à proteção e higidez do instituto da propriedade intelectual, maior a integralidade na satisfação de seus interesses privados. Diversamente, quanto ao interesse público, o rigorismo desse instituto constitui-se em óbice na disseminação do conhecimento que ensejaria carrear o aumento do bem-estar da sociedade. Em outra decisão paradigmática relativamente às patentes nos Estados Unidos, foram derrubadas patentes para genes sob a alegação de que o mero isolamento do DNA humano não pode ser caracterizado como invenção, mas como descoberta, e estas não são objetos de patente sob pena de emperrarem o avanço científico e tecnológico. Defensores dessas patentes admoestam no sentido de que novas empresas de biotecnologia terão dificuldades de se financiar sem o incentivo das patentes². A solução que enseja a composição desse conflito passa, então, primeiramente por um *trade-off* entre interesse privado e interesse público. A justificativa para se atentar ao interesse público fez-se já arrostar: a preocupação é com a garantia da propagação do conhecimento e, por consequência desta, de seu desenvolvimento e aplicação, e, daí, da possibilidade de incremento ao bem-estar geral³. Quanto à satisfação do interesse privado daqueles que pugnam pela proteção aos bens imateriais, sua motivação patente é a possibilidade de exploração econômica do objeto protegido juridicamente.

Sem embargo, antes de tornar explícita a razão pela qual o interesse público deve ser sopesado em face do interesse privado, e para melhor compreensão da problemática envolvendo a proteção aos bens imateriais/intangíveis, alguns elementos metodológicos deste trabalho devem ser aventados. O principal deles é que se adotará aqui o equacionamento dessa questão por meio da reconstrução do problema ora em apreço como um problema relativo ao *trade-off* na oferta entre dois bens públicos, a

² Essa notícia publicada no New York Times foi divulgada no Brasil na Folha de São Paulo: Juiz derruba patente de 2 genes nos EUA: decisão envolve trechos de DNA nos quais mutações levam a câncer de mama e ovário; ONG e pacientes moveram ação. In: Folha de S. Paulo, Caderno Ciência, Sábado, 3 de abril de 2010, p. A 15.

³ O livre acesso à informação é preceito expressamente disposto em nossa Constituição Federal:

Art. 5º. *omissis*

XIV – *é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao sigilo profissional.*

inovação tecnológica e a competição de mercado, para além do *trade-off* supra aventado entre interesse privado e público. De sorte que algumas diretrizes desse trabalho podem ser avançadas: primeiro, o instituto jurídico da proteção intelectual será equacionado sob o prisma da análise econômica do direito e da economia constitucional; segundo, os dois bens públicos em apreço deverão ser tratados, por força do *trade-off* subsistente na oferta de ambos, como bens substitutos, *i.e.*, ter mais de um desses bens implica na menor oferta do outro. Por bem público entende-se aquele que satisfaz as propriedades da não-rivalidade e da não-exclusão. Assim, é dito ser público, primeiro, um bem cujo consumo da parte de um indivíduo não impeça outro indivíduo de consumir o mesmo bem (não-rivalidade), posto que a quantidade ofertada é fixada e igual para cada indivíduo, e, segundo, um bem do qual não se possa excluir um indivíduo de seu consumo (não-exclusão). Os exemplos clássicos de bens públicos puros são a segurança nacional e a iluminação das vias públicas, ambas ofertadas em quantidades fixas para toda a população, e, nas duas, estão ausentes mecanismos de exclusão de consumo individualizantes.

Em matéria de propriedade intelectual, os bens públicos a serem protegidos são identificados: de um lado, a inovação tecnológica, e, de outro, a competição de mercado (Barbosa, 2003; Marques, 2003; Salomão, 2004). No que tange à inovação tecnológica, suas duas faces são o interesse público e o interesse privado. Explica-se. O investimento das empresas em inovação tecnológica é capaz de garantir-lhes diferenciação de produto, produção de bens não-homogêneos, em um mercado competitivo, e, deste modo, lhes dá ensejo para a possibilidade de manter alguma margem de determinação de preço no mercado (poder econômico ou de mercado). Em contrapartida, mas justamente em razão do interesse privado dessas empresas no lucro e na captura de parcela do excedente do consumidor, pode-se auferir como efeito secundário, não buscado intencionalmente pelo interesse privado, mas ainda mais fundamental que este, o progresso científico e tecnológico, e, por meio deste, o incremento no bem-estar social, em se supondo que a tecnologia propicia o incremento de bem-estar da população, *v.g.*, através do desenvolvimento, produção e comercialização de medicamentos farmacológicos mais poderosos e/ou menos nocivos no tratamento de doenças preexistentes, como no caso do câncer. Parece, pois, plausível supor ter-se aqui uma daquelas circunstâncias econômicas em que a satisfação do interesse privado parece engendrar, automaticamente, o incremento do interesse público, como apresentou Smith na obra *A Riqueza das Nações*. Haveria, então, no caso da propriedade intelectual a possibilidade de se coadunar interesse privado e interesse público, comumente duas parelhas opostas identificadas nas teorias econômicas da ação coletiva? Sem embargo, a suposição inicial da perfeita harmonização entre interesse privado e interesse público parece não se sustentar uma vez mais para o caso em tela.

A inovação tecnológica, e por trás dela a promoção e desenvolvimento de conhecimento aplicado, constitui-se em um bem dotado de uma *gestalt* que o aproxima dos lindes de um bem público, *i.e.*, um bem de consumo não-rival e não-excludente. Tal se dá porque, uma vez desenvolvida e aplicada a inovação na produção de bens e serviços de consumo no mercado por uma empresa X que investiu, não raro, soma substancial em pesquisa e desenvolvimento, outras empresas podem, *v.g.*, por meio da engenharia reversa, se apropriar desse mesmo conhecimento com vistas a produzir bens e serviços similares àquele ofertado pela empresa que investiu pesadamente no desenvolvimento da tecnologia, isto, contudo, sem ter investido quaisquer recursos próprios na elaboração tecnológica, mas apenas aproveitando-se dos frutos gerados do investimento alheio. Equacionando essa problemática: sendo o conhecimento um bem cujo consumo é não-rival – *i.e.*, o consumo de conhecimento por um indivíduo não diminui o montante de conhecimento que pode ser adquirido por outro indivíduo – e não-excludente – posto que, não raro, o conhecimento não

pode ser mantido em segredo⁴, notadamente nos casos em que, por meio dele são produzidos bens de consumo cuja engenharia reversa admite a decomposição do produto e a reconstrução da tecnologia, ou regra de reprodução (Barbosa, 2003) envolvida em sua produção –, este mesmo conhecimento apresenta as características próprias de um bem público⁵.

Sendo este o caso em tela, a matéria atinente à promoção da inovação tecnológica pode ser representada ou traduzida nos termos de um problema relativo à oferta de um bem público. Sabe-se, de plano, que um bem público é ofertado em níveis subótimos pelo mercado em razão, justamente, do comportamento oportunista, que, no exemplo supra arrolado, é aquele relativo à apropriação, por outras empresas, da inovação tecnológica produzida pela empresa X. Na teoria dos bens públicos este comportamento oportunista é conhecido como comportamento de carona (*free-rider*)⁶. Assim sendo, como o bem é público, *i.e.*, não existe para ele um mecanismo de exclusão individualizante de seu consumo, então, cada qual pode consumir integralmente do bem ofertado ainda quando não tenha arcado com nenhum montante da contribuição destinada a custear sua produção/oferta (Olson, 1999). A informação e o conhecimento afeiçoam-se bastante bem à categoria dos bens públicos pelas razões supramencionadas: não há rivalidade, pois o consumo de conhecimento por um indivíduo não reduz o montante que outro indivíduo possa consumir desse conhecimento, nem exclusão, posto que, tendo sido disponibilizada uma vez a informação, sua propagação não encontra óbices, isto é, a informação e o conhecimento não dispõem, muito comumente, de mecanismos naturais de exclusão de consumo (sem olvidar, obviamente, aqui daqueles casos que poderiam ser protegidos como segredo de negócio, ainda que a custos mais gravosos). O resultado desse estado de coisas é, *ipso facto*, a falta de incentivos para que a oferta do bem público seja fornecida a níveis ótimos. Cada qual quer lograr do benefício granjeado com a oferta do bem sem contribuir individualmente no custeio de sua produção, posto raciocinar que sua contribuição é ínfima considerando o agregado dos contribuintes, e que, portanto, sua não contribuição não impediria que o bem fosse ofertado. Admitindo-se que cada uma das partes beneficiárias realiza esse mesmo cálculo racional, é suposto que, no final das contas, o bem não será ofertado, ou o será em níveis subótimos, por mor, justamente, do comportamento de *free-rider* decorrente deste raciocínio. A suboferta de bens públicos constitui-se em uma das falhas de mercado em função da qual o Estado é chamado a intervir e sanar.

A proteção aos bens imateriais ou intangíveis amoldada sob a égide dos instrumentos jurídicos recepcionados pelo instituto da proteção intelectual, quer sob a chancela do regime de direito de autor (Lei N° 9.610/1998), quer sob aquela da propriedade industrial (Lei N° 9.279/1996), ou ainda, por meio de regimes híbridos (*softwares*, cultivares, conhecimentos tradicionais, biotecnologia, etc.), tem por propósito ínsito proporcionar incentivos às empresas e potenciais desenvolvedores de conhecimentos e tecnologias, protegendo as inovações fundadas nos

⁴ Em havendo possibilidade de manter o conhecimento em segredo, sua proteção pode ser engendrada, alternativamente, ou pela patente ou pelo segredo de negócio. No primeiro caso, a proteção é uma proteção de direito, no segundo uma proteção de fato, *i.e.*, dada pela dificuldade de se obter a tecnologia ou fórmula usada no desenvolvimento de um produto ou serviço. A proteção de fato do segredo de negócio conta, nada obstante, com um mecanismo mais fraco de proteção da parte do direito, qual seja ele, a proteção do segredo de negócio por força da concorrência desleal, mas aqui cabe à empresa que teve seu segredo violado o ônus de provar que não foi ela mesma quem repassou suas informações a uma concorrente, tendo em vista a presunção relativa de que se apenas ela detém essas informações, sua origem não poderia ser outra senão ela própria.

⁵ A engenharia reversa permite reproduzir o bem quando este incorpora fisicamente sua regra de reprodução (Barbosa, 2003).

⁶ A vinculação do instituto da propriedade intelectual ao comportamento de *free-rider* e como bem público foi anteriormente aventada e debatida na literatura, por exemplo, por Marques (2003) e Barbosa (2003), dentre outros.

direitos: (i) de ser reconhecido como autor da obra (direito moral); (ii) de exploração econômica granejada da obra, da inovação tecnológica ou dos sinais distintivos (direito patrimonial).

Tais instrumentos, quais sejam, a mera subscrição em obras literárias, artísticas e científicas originárias ou derivadas e a previsão de violação de direito autoral (art. 184 do Código Penal) para os direitos de autor, patentes, registros e os crimes envolvendo concorrência desleal para a propriedade industrial, concedem ao autor/inventor, pessoa física ou jurídica, o direito de ser identificado como o criador da obra/invenção, e, ainda, o direito de explorá-la economicamente⁷. O foco da presente discussão incide sobre esse segundo aspecto da proteção: a proteção patrimonial ou econômica do bem imaterial. Na compreensão aqui adotada, o comportamento de *free-rider* que o instituto da propriedade intelectual pretende flanquear não é outro senão aquele exemplificado supra, a saber, a apropriação da tecnologia desenvolvida sob os auspícios da empresa X pelas demais empresas concorrentes de seu ramo no intuito de explorar economicamente os benefícios da inovação, sem contribuir com seu financiamento. Destarte, se o dispêndio ou investimento da empresa X para produzir um bem de escol, com características diferenciadas, *i.e.*, um bem não-homogêneo, que lhe daria poder de mercado, é intempestivamente mal baratado pela difusão da tecnologia, e, desta feita, pela dispersão dos lucros esperados que se poderiam auferir entre as demais empresas do mesmo ramo, o resultado final é que, *ipso facto*, nenhuma empresa encontrará incentivo para investir em inovação se ausentes mecanismos de proteção à sua expectativa de retorno desse investimento. A oferta de inovação tecnológica pelo setor privado de pronto é malograda, cabendo ao setor público, nessas circunstâncias de livre dissipação da inovação pelas concorrentes em um mercado de competição acirrada, tornar-se o único agente responsável pelo seu desenvolvimento e oferta.

No intuito de evitar este cenário é que a proteção ao direito de exploração econômica da tecnologia desenvolvida e aplicada na atividade industrial produtiva, fundada no direito patrimonial, configura-se expediente apto para coibir o comportamento do *free-rider*, concedendo incentivos para que as empresas logrem esforços para investir em inovação tecnológica. A tese esposada neste artigo sustenta ser a proteção ao bem imaterial/intangível um mecanismo de exclusão à participação no mercado que tem o condão de transformar um bem com características de um bem público, não-rival e não-excludente, em um bem de clube, não-rival, porém excludente⁸. Noutras palavras, cinge-se a proteção intelectual (ou mais especificamente, em função do foco deste trabalho, a propriedade industrial) na imputação legal de um direito de exclusividade sobre a exploração econômica da inovação tecnológica ensejada pelo investimento. Ora, se o investimento em inovação tecnológica que possibilita a produção de um bem não-homogêneo, que garantiria poder de mercado à empresa investidora, comumente implica em altíssimos custos fixos (pense-se aqui, *v.g.*, no caso das pesquisas envolvendo o desenvolvimento de produtos farmacológicos), este poderia ser implementado apenas por empresas de grande porte, o que lhes conferiria um '*monopólio natural*' sobre a possibilidade de investimento em inovação tecnológica. Esse monopólio seria vertido em nada tão logo o produto fosse colocado no mercado, visto que empresas (não raro incitadas pelos seus países sede), lançando mão da engenharia reversa, e sem maiores custos com pesquisas, poderiam produzir o mesmo bem a um custo muito menor, de modo que o dispêndio com a maior parcela do custo de produção daquele

⁷ Malgrado muito dessa discussão dispor de aptidão para referendar tanto o direito de autor quanto a propriedade industrial, o foco deste escrutínio recai, prioritariamente, sobre esta.

⁸ Segundo Cornes & Sandler (1986), a presença de um mecanismo de exclusão viável para barrar não contribuintes responsáveis pela oferta do bem é fundamental para caracterizá-lo como um bem de clube.

bem, o custo fixo decorrente da pesquisa e desenvolvimento da tecnologia, seria internalizado apenas pela empresa incubadora da tecnologia⁹.

O cariz de '*monopólio natural*' atribuído aos setores que demandam investimento em inovação, por força da exigência do grande porte necessário às empresas incubadoras de desenvolvimento tecnológico (ou, no mínimo, de vultoso aporte financeiro), em virtude de ser este um investimento de riscos não módicos, mostrar-se-ia insidioso, pois rapidamente o mercado internalizaria os benefícios do capital investido, restando à empresa inovadora o ônus de arcar com seus custos sem angariar a totalidade dos lucros esperados que dele adviriam. Noutras palavras, a força corrosiva da competição de mercado dissiparia os lucros a serem auferidos do investimento da empresa X em inovação tecnológica.

A solução para proteger o capital investido pela empresa na inovação da fagocitose praticada sobre esta a partir do comportamento de *free-rider* de seus concorrentes é restituir-lhe o monopólio, agora como monopólio legal. Para lograr este feito é forjado o instituto da proteção intelectual. Nessa esteira, seu propósito é devolver à empresa investidora o direito a explorar com exclusividade os benefícios auferidos da inovação obtida por ela. A concessão dessa exclusividade criaria incentivos para que o bem público inovação pudesse ser ofertado a níveis mais próximos do ótimo.

Nada obstante, o instituto da proteção intelectual parece ferir outro bem público, a livre concorrência de mercado, visto tornar defeso para outras empresas lançarem mão da inovação auferida pela empresa incubadora X, reduzindo o âmbito de concorrência ao reservar à X o direito de explorar economicamente um nicho de mercado. A eleição da livre concorrência como bem jurídico tutelado está prevista no artigo 170, IV, da Constituição Federal. A proteção, pelo Estado, da livre concorrência, justifica-se em razão do fato de que o afastamento das barreiras à entrada de qualquer empresa no mercado impede que qualquer uma delas venha a, de maneira unilateral, impor preço e capturar o excedente do consumidor, este também eleito pela Constituição Federal como agente econômico hipossuficiente e digno de proteção pelo ordenamento. Por conseguinte, proteger a livre entrada no mercado é mecanismo apto a proteger o consumidor. Assim, a livre concorrência pode ser identificada como bem público, não-rival e não-excludente. O livre mercado é protegido por meio das leis que tipificam a concorrência desleal. Nesse mister, não haveria inconsistência jurídica em conceder proteção à inovação criando um direito de atuação exclusiva para a empresa inovadora, e, por meio disso, estabelecer óbices para a entrada de novas empresas no mercado?

Como verificado, a inovação é, outrossim, um bem público, e um bem cuja oferta, se carentes incentivos para sua produção, deverá ficar abaixo do nível ótimo requerido pelas leis de mercado, por força de seu retorno (lucros esperados) ser dissipado pela concorrência. Assim, ausentes mecanismos de proteção à inovação, esta terá seu retorno sujeito a grandes incertezas. Por esta razão, sem incentivos extras para sua produção, será subofertada, constituindo-se esta circunstância em uma falha de mercado. A solução para esta falha passa por um afastamento do mercado competitivo e da livre concorrência. Noutras palavras, os bens públicos inovação e livre concorrência são bens públicos substitutos e a oferta de mais de um deles implica na menor oferta do outro. Estaria correta, pois, a tese schumpeteriana que sustenta que a estrutura de mercado monopolista competitivo é condição para a inovação tecnológica?

Como afirmado por Kaserman & Mayo (1995) e Kamien & Schwartz (1975), a visão tradicional sobre inovação tecnológica indica que a estrutura de mercado de livre competição é solo fértil para o desenvolvimento tecnológico industrial por meio da competição por minimização de custos e preços baixos. Alternativamente, Schumpeter defenderia a ideia de que os riscos envolvidos

⁹ Excetuando os casos em que a regra de reprodução não estivesse materializada no produto.

na pesquisa e desenvolvimento apenas podem ser arcados pelas empresas com algum poder de mercado. Neste segundo caso, pode-se reputar a captura de parte do excedente do consumidor por essas firmas como contribuição para o financiamento da inovação. Nada obstante, essa captura necessariamente feriria a proteção conferida ao consumidor pela Constituição pátria? Veremos que não necessariamente, muito ao contrário, o consumidor é que demanda por diferenciação de produto, aceitando pagar por ele um valor maior. Desta forma, enseja-se aqui indicar que um casamento da análise da oferta com a da demanda por inovação e diferenciação de produtos e serviços justifica o instituto da proteção ao bem imaterial.

Sob a estrutura de mercado de monopólio competitivo com diferenciação de produto, a preferência do consumidor subsiste melhor atendida, incrementa-se o bem-estar social, desde que as empresas inovadoras realizem essa melhoria por meio do atendimento às preferências de forma individualizada, e não agregada. O atendimento individualizado das preferências é proposta pugnada pelas análises da Escolha Pública de Buchanan. Na solução aqui defendida, este mercado individualiza o consumidor. O mercado de competição perfeita tem sido identificado na literatura econômica como o ideal a ser alcançado pelos mercados reais. A livre concorrência, até por mor da identificação, pelo legislador constituinte, do consumidor como hipossuficiente e pela necessidade de sua proteção, é eleita como bem público e mecanismo apto a evitar a captura do excedente obtido por ele nas relações consumeristas. Nada obstante, todo o texto constitucional tem por propósito último proteger o indivíduo (*pessoa humana* no linguajar jurídico, já que dotado de direitos e obrigações) em suas múltiplas facetas:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

Desta feita, embora o mercado ideal tenha sido identificado ao mercado de competição perfeita ou livre concorrência, a economia também identifica, em sua ontologia, o indivíduo como único, *i.e.*, dotado de preferências heterogêneas. Ora, um mercado de livre concorrência é caracterizado por ofertar produtos homogêneos ou não-diferenciados. Seria esta a melhor estrutura de mercado para contemplar as preferências individuais, uma vez que se reputa aos indivíduos ou consumidores preferências diferenciadas? Sendo diferenciadas as preferências destes, pode-se supor que o mercado que melhor satisfaz essas preferências é o monopolista competitivo, não o mercado de concorrência perfeita, uma vez que aquele oferta produtos diferenciados, ao passo que nesse último a oferta é de produtos homogêneos (Dixit e Stiglitz, 1977). Em outros termos, o bem-estar social é incrementado marginalmente quando as empresas diferenciam seus produtos buscando explorar nichos de mercado em função da heterogeneidade das preferências do consumidor. A diferenciação de produtos satisfaz melhor ao mercado consumidor ávido por produtos mais afeitos às suas preferências¹⁰. É evidente que a diferenciação não pode ser tal que sua demanda seja tornada inelástica e o produto não apresente substitutos, ainda que imperfeitos, pois, neste caso, cair-se-ia em

¹⁰ Essa diferenciação e adequação de produtos visando melhor atender aos interesses e preferências do consumidor vem ocorrendo hodiernamente no mercado envolvendo a oferta de produtos financeiros e é um dos objetivos buscados pelo questionário de API (análise de perfil de investidor), elaborados por força do acordo de *suitability* entrado em vigor em janeiro e como tentativa de auto-regulamentação do setor bancário. Segundo comentários da Folha de São Paulo: *Mais tarde, os bancos viram nos questionários a possibilidade de identificar necessidades, criar produtos e aumentar a eficiência das vendas* (Sciarretta, 2010). Regras são iniciativa de regulação. Folha de São Paulo, pp. B 3

uma estrutura de mercado monopolista puro, no qual o monopolista impõe preço unilateralmente¹¹. Em um mercado de concorrência acirrada, como é o caso modernamente de ampla faixa de mercado, ainda mais considerando que produtos bastante diferentes hoje concorrem entre si na preferência do consumidor (notadamente por força de sua restrição orçamentária), a diferenciação marginal dos produtos pelas empresas, permitindo uma maior satisfação das preferências do consumidor, como é o caso da estrutura de mercado monopolista competitivo, e desde que subsistam substitutos imperfeitos para eles, leva a um maior incremento no bem-estar social que uma estrutura de mercado que oferte produtos homogêneos. Destarte, se a Constituição Federal tem por fim último a proteção ao indivíduo, faz melhor em garantir alguma diferenciação de produto que em manter um mercado competitivo ofertando bens homogêneos. De plano sabe-se que a proteção intelectual via inovação e investimento em sinais distintivos proporciona essa diferenciação. O equacionamento desse problema envolvendo um *trade-off* justificado entre os bens públicos inovação e livre concorrência passa pela construção de institutos jurídicos que permitam dar maior controle na identificação e no calibramento de uma estrutura de mercado que se constitua como *tertius* entre o *continuum* monopólio puro e a livre concorrência, admitindo a construção de mercados diferenciados a partir da combinação convexa na oferta desses dois bens. Esse instrumento de dosagem ou calibramento, dado o *continuum* entre essas estruturas de mercado, é a proteção intelectual interpretada como mecanismo de exclusão de mercado, que permite transformar o mercado, um bem público, em um bem de clube por meio da formação, no interior do mercado de competição acirrada, de *clusters* ou clubes. Nesses termos, a proteção intelectual concedida pelo Estado à empresa figura como a cobrança de uma taxa de ingresso nesse bem de clube, *clusters* de mercado. O investimento em inovação e o ato de dar publicidade a ela por meio do requerimento de entrada do pedido de patente junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) é o pagamento da luva pela empresa para participar desse mercado que, ao largo, constitui-se em um mercado competitivo, mas, mais estritamente, é segmentado em nichos. Sem investimento em inovação e em sinais distintivos uma empresa não é impedida de participar do mercado, portanto, mantêm-se afastadas as barreiras à livre entrada no mercado, satisfazendo o artigo 170, IV, da Constituição Federal; mas, se pretende auferir posições mais protegidas nesse mercado de concorrência acirrada, é que se exige da empresa a contrapartida relativa aos investimentos em inovação e em sinais distintivos. Noutros termos, a proteção intelectual forja a criação de *clusters* ou clubes (mini-monopólios) ofertando bens diferenciados e que subsistem em um mercado de livre concorrência. A proteção intelectual, deste modo, é compreendida como mecanismo de regulação de mercado, calibrando o tamanho ótimo desses *clusters*. Por força desta sua função é que a proteção intelectual é identificada como um mecanismo de exclusão de mercado, que o transforma de bem público em um bem de clube (mais acertadamente, a formação de *clusters* no interior do mercado competitivo) ao restringir a participação nele, em termos diferenciados, pelas empresas. Sem embargo, antes de abordar mais pormenorizadamente esta tese, não de somenos importância é apresentar as características do instituto.

¹¹ Ainda sendo este o caso, qual seja, a criação de um monopólio puro via proteção ao bem imaterial, não se pode reputar ser *a priori* desvantajoso esse resultado, sem a devida análise de suas consequências. Veja-se o caso do desenvolvimento de medicamentos para doenças órfãs cuja concessão da proteção patentária estendida nos EUA e Europa visa criar incentivos para o desenvolvimento desses medicamentos, para os quais o público alvo é bastante restrito, portanto, pouco lucrativo para a indústria farmacêutica.

2. Regimes de Proteção Intelectual

A proteção intelectual conferida pela legislação nacional, tendo por base o acordo TRIPS (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), ratificado pelo Brasil em mil novecentos e noventa e quatro, no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), aos bens imateriais ou intangíveis encampa um conjunto de produções intelectuais, incluindo-se obras literárias, artísticas e científicas (regime de direitos autorais protegidos pela Lei Nº 9.610/1998), invenções, modelos de utilidade, desenho industrial, marcas e indicações geográficas (regime de direitos relativos à propriedade industrial protegidos na Lei Nº 9.279/1996), além de *softwares* (regime híbrido protegido pela Lei Nº 9.609/1998 e, supervenientemente, naquilo que couber, pela Lei de Direitos Autorais), cultivares e biotecnologia (Lei de Proteção aos Cultivares Nº 9.456/1997), conhecimentos tradicionais (protegidos pela Medida Provisória 2.052/2000), indicações geográficas, no Brasil em termos de indicação de procedência e denominações de origem (na mesma Lei de Propriedade Industrial). A proteção perpetra-se tanto em matéria civil quanto penal e tem por propósito atribuir um direito de exclusividade sobre bem intelectual à pessoa física ou jurídica e, por meio desta imputação, evitar a apropriação indébita por parte de terceiros da produção que não lhes foi conferida origem ou autoria¹². A proteção, por conseguinte, é oponível perante terceiros (*erga omnes*) e sua violação importa em tipicidade penal, *v.g.*, os tipos penais envolvendo crimes de violação de direito autoral (artigo 184 do Código Penal Brasileiro) e atos de concorrência desleal (artigo 195 da Lei de Propriedade Industrial), além da possibilidade de propositura das ações cíveis cabíveis a título de indenização (conforme artigo 207 da Lei 9.279/1996).

Os regimes puros de direitos autorais e propriedade industrial conferem proteção diferenciada aos bens imateriais ou intangíveis por eles tutelados. No primeiro, a proteção é conferida à forma de apresentação da ideia, mas não ao seu conteúdo, pois, caso o fosse, obliteraria quase que absolutamente o avanço do conhecimento nas áreas literária, artística ou científica; no segundo, não se protege a forma, também não o conteúdo, e sequer ainda o produto resultante da aplicação industrial da ideia, antes se protege a regra de reprodutibilidade dos produtos obtidos a partir da ideia ou procedimento e afeitos para fins comerciais (no caso das patentes são concedidas patentes a processos e produtos)¹³. Além desses dois regimes, subsistem regimes híbridos, caso dos *softwares*, protegidos por meio de lei própria, mas, supervenientemente, pela lei de direitos de autor. Por força dessa vinculação, verifica-se ser a proteção conferida ao *software* uma proteção à sua forma de apresentação, *i.e.*, à estrutura organizada de regras de instrução destinadas à consecução, pelo computador, de determinada tarefa ou função. Nesse particular, a proteção recai sobre a mesma propriedade dos direitos de autor, a forma. Nada obstante, seu veículo de proteção é idêntico àquele da propriedade industrial, posto que se efetiva por meio de registro, no Brasil, junto ao INPI. A proteção aos cultivares (organismos geneticamente modificados) e biotecnologia, configura-se, igualmente, em um regime híbrido, mas este, diferentemente do *software*, mais próximo ao regime de propriedade industrial que daquele de direitos de autor. Cabe ainda uma ressalva acerca da proteção concedida às patentes no setor farmacêutico. Tal proteção, malgrado ser ofertada por meio do

¹² Apropriação indébita apenas, posto que se pode apropriar de produção intelectual alheia com a devida autorização do autor por meio dos contratos de licença.

¹³ Concede-se patente, segundo a lei 9.279/1996, a processo e produto que satisfaça os requisitos da novidade, aplicação industrial e atividade inventiva (invenção) ou ato inventivo (modelo de utilidade), conforme artigos 8º e 9º da referida lei.

sistema de patentes, tende a revestir-se de limites mais angustos que a proteção conferida às patentes de modo geral. Estes limites não albergariam, no caso de produtos farmacológicos, um novo uso descoberto pela empresa detentora da patente, que exigiria uma patente de segundo uso médico, porque o sistema patentário protege processos e produtos, mas não novos usos. Desta feita, se um medicamento é patenteado como destinado ao tratamento de câncer, e se descoberta nova função para ele, *v.g.*, o controle de crises epilépticas, esta nova função não estaria sob o abrigo do direito patentário, não podendo a empresa detentora da patente demandar nova patente para o mesmo medicamento (ou para um medicamento apenas marginalmente diverso do original). Nem tampouco poderia pleitear em favor do prolongamento da proteção patentária por força desse novo uso descoberto, mesmo porque se trataria de descoberta, não de invenção (um dos critérios para a concessão de patentes), afinal o medicamento seria o mesmo, apenas sua função seria alterada (tratamento de nova doença alvo). Sequer o requisito de novidade, segundo critério para a concessão de patentes, junto com os critérios de invenção e aplicação industrial, estaria contemplado no segundo uso médico de um fármaco. Essa questão permanece controversa e não é ponto pacífico no Brasil. O INPI é favorável à concessão de patente de segundo uso, afirmando que a Lei de Propriedade Industrial (Lei Nº 9.279/1996) não estabelece restrições específicas à concessão de patente para o segundo uso médico, ao passo que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) critica a posição do INPI favorável à concessão desse tipo de patente, sob a alegação de que a lei apresenta de modo explícito os requisitos necessários para a concessão de patentes e o segundo uso médico não satisfaria esses requisitos. Fora do Brasil, não se encontra, igualmente, uma posição homogênea a este respeito. Países que integram a Convenção Europeia de Patentes, geralmente países desenvolvidos, tendem a conceder patentes pelo segundo uso médico (Jannuzzi, Vasconcellos e Souza, 2008). Outros países, em função de questões nacionais e políticas de saúde pública e desenvolvimento, tendem a não adotá-las.

Este rol de proteção ao bem imaterial/intangível, qual seja, a forma, a regra de reprodutibilidade material da ideia ou a função imputada aos compostos químicos, concorre à satisfação do interesse privado das empresas e incubadoras de tecnologia, além de autores individuais, que visam granjear algum lucro da exploração econômica obtida da geração e/ou aplicação do conhecimento. A satisfação de seu antípoda, o interesse público, nada obstante, não parece inequívoca, já que a imputação de um direito de exclusividade apenas confere ao investidor privado um benefício de exploração econômica, além de sua identificação de autoria, que satisfaria a um direito moral do autor. A consecução do interesse público é albergada, outrossim, sob o instituto da proteção intelectual em virtude da necessidade de dar publicidade ao conteúdo do conhecimento produzido para que se possa dele auferir um direito de exclusividade¹⁴. Esta satisfação ao interesse público (e, neste ponto, restringimos esse debate ao caso da proteção industrial patenteável) decorre do fato de que o requerimento ao direito de exclusividade fica adstrito ao ato de trazer a lume o conhecimento por meio do pedido de patente para invenções e modelos de utilidade. A solicitação de patente requer, para lidimar o pedido do direito de exclusividade perante o INPI, a apresentação de relatório pormenorizado da invenção/modelo de utilidade que se quer proteger através do sistema patentário. Essa contrapartida, dar publicidade através do relatório ao conhecimento aplicado ou inovação tecnológica, viria cumprir uma primeira função social imputável a um direito privado de exclusividade, qual seja, a de permitir a cumulação e o avanço do conhecimento, visto que esse conhecimento estaria incorporado ao estado da arte tornado público. Desse modo, a exigência ao acesso público e

¹⁴ Desta feita, a proteção intelectual é conferida ou à forma, ou à reprodutibilidade material da ideia ou ao produto vinculado à função; em contrapartida, o conteúdo do bem imaterial/intangível é tornado público.

disseminação do conhecimento técnico, cumpriria uma primeira função social que se poderia imputar à proteção intelectual, a despeito de se manter protegida, temporariamente, a exploração econômica auferida da invenção ou modelo de utilidade por vinte ou quinze anos, respectivamente. Tempestivo é apurar a função social à qual se está aqui referendando: se a função social imputável à propriedade privada, conforme o art. 5º, XXIII, da Constituição Federal brasileira, ou a função social do contrato, disposta no artigo 421 do Novo Código Civil. Faz-se, pois, oportuno, neste ponto da discussão, enredar na seara das variegadas definições imputáveis à exclusividade conferida pela proteção jurídica aos bens imateriais ou intangíveis, mormente aqui, pelo sistema patentário.

Não obstante, à guisa das ilações carreadas por esses entendimentos diversos no ordenamento normativo nacional, os direitos de autor e de propriedade industrial são recepcionados pela Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, incisos XXVII a XXIX, *in verbis*:

Art. 5º.omissis.....

(....)

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

aproteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégios temporários 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;

Oportuno ressaltar que a localização da proteção à propriedade privada e aos bens imateriais ou intangíveis no artigo 5º da Constituição Federal não pode ser interpretada como destituída de propósito. É sabido que o dispositivo legal ora em apreço (artigo 5º da Constituição Federal) encerra-se no capítulo relativo aos direitos e garantias individuais fundamentais, *i.e.*, aqueles direitos aos quais cabe ao Estado reconhecer e resguardar, mas que figuram como limites materiais ao seu poder de intervenção por meio da garantia e manutenção de um espaço de liberdade ou privacidade para os particulares, insuscetível de arresto estatal, ainda que sujeito à regulação do exercício de fato desses direitos. A anterioridade desses direitos é conferida em razão de serem supostos naturais, *i.e.*, inerentes à própria natureza humana, e reconhecidos já nas Declarações Direitos Humanos (no caso do direito à propriedade, no art. 21 da Declaração Americana Sobre Direitos Humanos e no art. XVII na Declaração Universal dos Direitos Humanos). São estes, pois, os chamados direitos negativos ou direitos de primeira geração, em virtude de importarem ao Estado uma omissão ou dever de não intervir sobre essa esfera privada¹⁵. Implicariam, em razão de sua disposição na Constituição Federal, em um dever de não intervenção do Estado, ou em uma intervenção mínima deste. Ademais, aproximar os direitos individuais de propriedade privada aos direitos de proteção aos bens imateriais, dispondo-os em um mesmo artigo, pode significar a classificação de ambos no regime dos direitos reais, constituindo-se a propriedade privada (e a proteção intelectual) no direito absoluto sobre a coisa (ou sobre a ideia), quer dizer, no direito de usar, fruir e dispor desta como lhe aprouver. Por conseguinte, nessa interpretação, a coisa é colocada ao serviço do proprietário e

¹⁵ O direito de primeira geração pode ser interpretado, portanto, como liberalidade de ação.

somente deste. Tendo por fundamento esses dispositivos, o direito de exclusiva conferido ao bem imaterial/intangível parece recender a *jus in re*.

Ocorre, pois, que se a todo direito importa um dever, o mesmo dar-se-á para o caso relativo ao direito de propriedade. Em sua origem romana, a propriedade importa um domínio sobre coisa corpórea. Esse domínio é decomponível em direito de uso, direito de gozo e direito de disposição (direitos positivos), e direito de perseguir a coisa turbada pela ação de terceiros (direito negativo). Segundo Marky (1994), os atributos positivos do direito de propriedade concernem ao aspecto econômico desta, os negativos, ao seu aspecto jurídico. No pano de fundo, é a validade *erga omnes* da propriedade, portanto, o direito de seqüela do proprietário de perseguir a coisa turbada, que traz a propriedade para o mundo do direito, que faz dela fato jurídico. Sem embargo, para o mundo do direito importa menos a relação de sujeição da *res* ao proprietário, mas antes a relação entre proprietário e não-proprietários. Sob esta perspectiva, a propriedade de um direito real sobre a coisa, como precipuamente interpretada, é convertida em um direito obrigacional, ainda que a obrigação possa ser dita extensível a terceiros indeterminados¹⁶. De sorte que a acepção apresentada nos incisos XXIII e na porção final do inciso XXIX dos dispositivos supracitados, aquela que sustenta a propriedade privada sujeita à sua função social e a proteção industrial *tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país*, vincula e subordina, pois, esta proteção (e aquela propriedade), primeiro, ao interesse social (ou à função social no caso da propriedade privada), e, somente secundariamente, ao interesse privado do proprietário, o que se mostra consistente com a proposta aqui defendida. Arrosta-se, por esta via, como contrapartida ao uso privado da propriedade (ou da exploração econômica da ideia), e, *ipso facto*, à satisfação do interesse privado, sua sujeição à função social a ela imputável tal como se assoma no inciso XXIII do art. 5º da Constituição Federal. Neste jaez, poder-se-ia, porventura, reduzir o ramo dos direitos reais ao ramo daqueles direitos ditos obrigacionais. Essa interpretação talvez não possa ser considerada mera extrapolação, nem de todo arbitrária, visto que o sistema anglo-saxão (*common law*), por exemplo, não conheceu os direitos reais como uma categoria jurídica taxativamente distinta (Losano, 2007), antes como instituto atípico, ainda que, hodiernamente, em sua praxiologia jurídica, os direitos de propriedade por certo estejam mais bem protegidos da ingerência estatal que no sistema europeu continental da *civil law*. A mudança de tratamento que essas diferentes acepções conferem à propriedade, bem como suas consequências jurídicas, é aventada por Farias e Rosenvald (2009: 169-170), *verbis*:

Enquanto as faculdades de uso, gozo e disposição compõem o domínio – com possibilidade de desmembramento –, a pretensão reivindicatória emerge da lesão ao direito subjetivo de propriedade e traduz o conteúdo jurídico do direito subjetivo. Ou seja, reivindicar consiste justamente na possibilidade de o proprietário sancionar aquele que possui injustificadamente a coisa, por ter violado o dever genérico de abstenção, prestação negativa que serve de objeto à relação jurídica com a coletividade.

Apenas diferenciando propriedade e domínio, podemos revogar o inútil mecanismo de dicotomia entre direitos reais e obrigacionais, que por cerca de dois séculos serviu somente para criar uma redoma em torno do absolutismo da propriedade, impedindo a sua relativização. Ou seja, criou-se uma concepção formal e asséptica pela qual a propriedade seria o poder de pessoas sobre objetos, diante de uma sociedade indiferente e paralisada. Trata-se de uma perversa aplicação do individualismo burguês, pois os direitos absolutos não podem ser funcionalizados e qualquer conduta

¹⁶ É elucidativa a especificação das obrigações no Código Civil como aquelas de dar, fazer e não fazer. No caso da propriedade, a obrigação é a de terceiros se absterem de interferir na coisa objeto de propriedade, portanto, uma obrigação de não fazer (conforme Capítulo III do Novo Código Civil, art. 250 e 251).

ativa dos proprietários perante a sociedade passa a ser qualificada como “caridade”, jamais uma obrigação de fazer.

(....)

Aliás, **somente poderemos cogitar do princípio da função social da propriedade se entendermos a propriedade como relação jurídica**, ao contrário do conceito clássico oriundo da escola positiva que a tratava como domínio e poder sobre coisas. [Grifos nossos].

Esta mudança do regime da propriedade privada, daquele dos direitos reais para o regime de direitos obrigacionais, como pugnam os autores, traz consequências jurídicas de não somente importância, notadamente a relativização e a consequente funcionalização da propriedade privada como altercado por eles. Por conseguinte, pode-se falar com maior correção acerca de uma função social da propriedade apenas por meio de sua redução aos direitos obrigacionais. Em tempo, tradicionalmente o fundamento da propriedade privada encontra-se, como explicitado, em um direito natural sobre a coisa inerente à natureza humana, o das obrigações; e, em particular, os contratos, na autonomia das vontades, ou melhor, na interação e modulação das vontades¹⁷. Não é outra, aliás, a leitura que se pode empreender da crítica reservada por Bentham aos *jus naturalistas* em sua teoria das ficções, que poderia aproveitar-se dessas mesmas ilações ao indicar a inexistência de um direito sem a contrapartida do dever dele superveniente, como pareciam supor os prosélitos dos direitos naturais, e que, portanto, nenhum direito poderia ser apresentado aprioristicamente como dotado de fundamento absoluto, inerente à natureza humana e oponível contra todos, mas apenas determinado *a fortiori*, como objeto construído de uma interação, aqui, como relação jurídica (dir-se-ia de tipo obrigacional), e, por mor desta natureza, como passível de relativização ou da modulação de vontades com tem sido ensinado desde Bentham, também por Bobbio e Buchanan, dentre outros¹⁸. Noutros termos, traduzir o direito à propriedade privada como sujeito ao regime dos direitos obrigacionais (ou a redução dos direitos reais como um todo aos obrigacionais) importaria em sua matização e, portanto, na possibilidade de sua flexibilização, tornando-o sujeito de norma programática, *i.e.*, objeto de política pública, não como fundamento ou como direito negativo da ordem jurídica e política de um Estado.

Esta possibilidade de reduzir o direito de propriedade privada, de um direito real para um obrigacional, ou da própria redução dos direitos reais aos obrigacionais conforma-se, sobremaneira, à passagem da tradição *jusnaturalista*, de cunho metafísico, para aquela do direito positivo, de caráter empírico e que toma como fonte do direito o direito posto, seja o estatal, seja aquele construído pelas partes por meio dos contratos¹⁹. Esta redução ou passagem da *jus in re* em *juris vinculum* parece restar indelével na obra de Hobbes (que, neste ponto assemelha-se a Rousseau, mas afasta-se de Locke), para quem os direitos naturais devem ser abjurados em favor de direitos positivos forjados por meio de um contrato social²⁰. Na exegese de Hobbes aqui empreendida, no Estado Civil não mais

¹⁷ O limite de uma vontade é sempre outra vontade individual, nunca o interesse comum.

¹⁸ A distinção entre um direito real como absoluto e de um direito obrigacional como decorrente da livre expressão das vontades das partes remete à distinção entre a estrutura de mercado de competição perfeita que considera as vontades das partes como independentes entre si e uma estrutura de mercado na qual as vontades são interdependentes, pois consideram os demais em suas estratégias, modulando, assim, suas vontades relativamente às dos demais (Leister, 2005).

¹⁹ Considerando-se aqui que o direito estatal é fruto de um contrato social, *i.e.*, um contrato multilateral, de natureza não diversa dos contratos de interesses convergentes que engendram as sociedades empresariais, apenas mais abrangentes que estes.

²⁰ Nesse particular, dois modelos contratualistas podem ser divisados, o hobbesiano-rousseauiano, no qual os direitos naturais entre pessoas e coisas são substituídos por um regime de direitos intersubjetivos e o lockeano, em que os indivíduos e suas ações são independentes entre si, de modo que subsistem apenas direitos reais, *i.e.*, direitos de pessoas com coisas. Essa mesma divisão pode ser observada, respectivamente, nas estruturas de mercado de competição

subsistem os direitos sobre as coisas, estes sim, direitos naturais fonte de todo conflito humano em razão de uma sobreposição absoluta dos direitos – os direitos de todos sobre todas as coisas na natureza²¹ –, substituindo-se a estes, como condição para a paz social, os direitos obrigacionais forjados no contrato social, *i.e.*, transformando os direitos naturais do sujeito relativamente à coisa em direitos intersubjetivos. Sob esta nova égide, e tomando-se o contrato, não mais os direitos naturais, como mecanismo e método para construir e reconstruir os fundamentos da ordem social, tornando-os maleáveis desde que consensuais, direitos podem ser forjados e ab-rogados, tidos por fundamentos, porém, de modo algum, tomados como peremptórios²². Desta inflexão, de estático o direito é tornado dinâmico. Colige-se, aqui, que é sob esta nova conformação que passa a ser lido o direito de propriedade privada: não como um direito *a priori* ou natural, congelado *jus in re*, mas como um direito matizado e construído via o acordo de vontades que fundamenta o contrato, seja ele o contrato privado, seja ele o contrato social²³. Sob esta nova perspectiva, podem os interesses individuais ser submetidos ao interesse social, *i.e.*, podem os primeiros ser funcionalizados em favor do último²⁴.

Ainda sobre o contrato, divisa Lopes (2008) a respeito da mudança operada na concepção de contrato da sociedade estática vigente na Idade Média, para outra acepção deste, eleita da parte dos contratualistas clássicos a partir da revitalização comercial que começou a ser fermentada no interregno da Idade Média para a Idade Moderna. Naquela, as condições dos contratos podiam ser buscadas na observação: (i) de suas formalidades; (ii) do preço justo. Sem o respeito às formalidades exigidas, *v.g.*, prolatar uma fórmula de modo solene, o contrato não haveria de ser considerado nascido para o mundo do direito. Ademais, nos contratos bilaterais previa-se um equilíbrio entre as prestações, o sinalagma obrigacional, por uma questão de justiça das trocas, ou justiça comutativa. Para aferir essa justiça adotava-se a teoria do preço justo, por meio da qual eram instituídas tabelas de preço para os bens trocados no mercado. Sem a satisfação desse segundo requisito, igualmente, o contrato poderia ser rescindido. Tendo por bem estabelecidas essas condições, leia-se, estabelecidas *a priori*, a satisfação deste marco regulatório para os contratos é que os tornava exigíveis. Ressalvados os contratos que cumprissem esses requisitos, os demais ou não adentravam no mundo do direito, se insatisfeitos os requisitos formais ou, se adentrassem neste, poderiam ser rescindidos, caso o preço acordado não fosse o considerado justo. Na concepção moderna do contrato, abandonam-se muito dos pré-requisitos, tanto formais quanto materiais, em favor da maior liberdade na conformação da vontade das partes. Nesta acepção, admoesta Lopes, a manifestação da vontade é tornada o

imperfeita, nas quais a interação estratégica é fundamental para a tomada de decisão, e de competição perfeita, onde imperam as escolhas individuais independentes da *rational choice*.

²¹ Interpretado algures como um sistema jurídico natural envolvendo privatização incompleta (Chiappin & Leister, 2007).

²² Na acepção de Buchanan, o consenso unânime obtido através do contrato social figuraria como parâmetro contra o qual imputações de direitos poderiam ser testadas tendo como único princípio supremo o pressuposto individualista.

²³ No intuito de cimentar as afirmações coligidas, pode-se mencionar que a epistemologia passou pela mesma transformação, substituindo-se certa concepção de conhecimento calcado em um modelo de indivíduo com capacidades cognitivas fixas e perfeitas, tido por fundamento último e absoluto de todo conhecimento (conforme as epistemologias do século XVII de Descartes, Locke, Hume e Kant), para uma acepção epistemológica que toma suas premissas como meras hipóteses, e sua capacidade de serem testadas intersubjetivamente, como a única possibilidade de se construir ciência (concepção epistemológica dos séculos XIX e XX com Duhem, Popper e Lakatos).

²⁴ Ou seja, a própria funcionalização em favor da sociedade do direito de propriedade, se se pretende manter a consistência do raciocínio, exige sua redução ao direito obrigacional. Como direito real, direito sobre a coisa, sua concepção é puramente privatista e individualista. Como um direito obrigacional sua funcionalização pode ser defendida com maior rigor lógico.

fundamento do contrato e da obrigação dele correlata, inexistindo, a partir daí, a justiça comutativa (bem como as rigorosas exigências formais) como requisito das trocas via contratos. Passa a valer o *pacta sunt servanda* e a promessa empenhada em detrimento do equilíbrio das prestações. *Par conditio*, a vontade é a única fonte delimitadora do conteúdo da lei e da justiça entre as partes. Condições exógenas, formais ou materiais são abandonadas como pré-requisitos na conformação e fixação de limites ao acordo de vontades subjacente nos contratos. Na leitura de Lopes (2008):

‘A fonte das obrigações passou a ser a vontade, não o tipo contratual. O voluntarismo foi pouco a pouco afastando do direito a discussão e sobretudo o entendimento das regras de justiça. Um contrato, desde que livremente aceito, seria válido independentemente da discussão sobre a justiça de seu conteúdo. Com o tempo as questões de justiça passaram a ser objeto do conhecimento de filósofos, não de profissionais (acadêmicos ou práticos) do direito. Para chegar a tal novidade, foi preciso que triunfasse na vida material o modelo de economia capitalista.’ (pp. 369)

Essa mesma concepção de contrato foi retransmitida a todas as relações humanas, juridicializando-as e tornando os contratos simples resultantes do acordo de vontades, não mais dependentes de critérios exógenos de justiça. O homem e sua vontade passam a ser a medida de todas as coisas tornando dispensáveis as comparações interpessoais de utilidade como queria a economia de bem-estar social bergsoniana. Tornando o dinamismo das relações comerciais a mola propulsora dessas transformações, os contratos e o direito obrigacional assumem precedência sobre os direitos reais, estes últimos fulcrados em uma riqueza material, a propriedade da terra, fonte única de riqueza na sociedade estática da Idade Média. Sob esse novo contexto, variegadas fontes de riqueza emergem; não mais se restringe a riqueza à propriedade da terra, esta uma fonte segura de riqueza, como queriam os fisiocratas. Para o novo mundo a mera expectativa de riqueza futura é antecipada como riqueza presente, precificada, securitizada e mercantilizada. A crença na autonomia da vontade obriga e torna exigível o crédito antecipado pela promessa através, *v.g.*, dos títulos de crédito²⁵. A riqueza deixa de ser material e assume o conteúdo da mera expectativa de riqueza, admissível graças a esta mudança de foco, do direito real para o direito obrigacional e contratual. Ora, segue-se o mesmo com a propriedade, que de um direito real (com lastro objetivo posto que material) é tornado um direito obrigacional (sem lastro e cujo valor é convencionado entre as partes), máxime em razão dessa contratualização generalizada operada nas relações humanas, afetivas, sociais, políticas e econômicas que introduzem maior dinamismo e maior liberdade nas possibilidades de conformação de vontades²⁶. A propriedade torna-se, pois, mercantilizável como qualquer outro bem e a riqueza pode, neste mundo dinâmico, ser mobilizada para empreendimentos de maior monta, com vistas a auferir lucros futuros. O mesmo dar-se-á com a produção intelectual na era da informação. Esta produção incorpora expectativa de riqueza vindoura, podendo ser precificada e mercantilizada. A mercantilização da expectativa de riqueza a ser obtida dessa produção intelectual não deixaria de passar por este mesmo processo, podendo ser abordada tanto como propriedade privada (direito

²⁵ Talvez possamos antecipar um retorno ao direito real fundado em uma riqueza material em detrimento do obrigacional calcado na promessa e na expectativa de ganho futuro em decorrência da crise econômica internacional no mercado financeiro.

²⁶ A vantagem de se tomar os direitos reais como ramo dos direitos obrigacionais consiste na possibilidade se imputar maior relativização àqueles, justificando mais consistentemente a intervenção estatal em prol do interesse social. No caso da matéria aqui em apreço, proteção intelectual, a admissibilidade dessa intervenção é ainda mais crucial por força da falha de mercado que o Estado pretende corrigir.

A intervenção estatal sobre o direito de propriedade, verdade seja dita, pode ser defendida por força da função social hodiernamente imputável à propriedade, conforme artigo 5º, XXIII da Constituição Federal (Scudeler, 2007). Nada obstante, esta será circunscrita a lindes mais angustos que aquela intervenção estatal que se pretende defender aqui.

real) ou como contrato de privilégio ou de concessão de monopólio legal (direito obrigacional). Mas se a propriedade privada, ela mesma foi convertida em direito obrigacional, o mesmo dar-se-ia com a proteção intelectual, de modo que se adota aqui a concepção de que esta proteção é contratual, *i.e.*, decorrente de um contrato entre Estado e empresa. Sendo contratual, não é mais direito absoluto, líquido e certo, mas, primeiro, passa a depender do acordo de vontade das partes, e, segundo, sendo uma das partes o Estado, passa a se sujeitar à supremacia do interesse público sobre o privado. A relativização e a funcionalização deverão ocorrer, outrossim, com relação à proteção intelectual para além da propriedade privada.

Ademais, seu afastamento do regime de direito privado e seu avizinhamento ao regime de direito público justifica-se por força da identificação da inovação tecnológica como bem público, e, em razão dessa identidade, de sua oferta engendrar um problema de falha de mercado (Barbosa, 2003). Se, como visto, o investimento em inovação tecnológica, sob um regime de livre concorrência, leva à dissipação do capital investido pulverizando-o entre os concorrentes, que, sem empregar capital na pesquisa e inovação apropriam-se da tecnologia obtida por uma dada empresa investidora, auferindo para si os lucros esperados desta como retorno para seus investimentos, então, no longo prazo, ter-se-á uma suboferta em inovação pelo setor privado, por força da carência de incentivos em investimentos, diante das incertas expectativas de lucro futuro. Presente um bem público, sob competição livre, sua oferta a níveis ótimos é um *non sequitur* graças ao comportamento de *free-rider*. Para dar azo a uma oferta em níveis mais próximos do ótimo, em termos de um bem público, aqui a inovação tecnológica, é que o Estado concede um direito de exclusiva, que não é, senão, um mecanismo de limitação de mercado. Saliente-se, malgrado, que a regra é a livre competição, como fundamentado em nossa Constituição Federal, *verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(.....)

IV – livre concorrência;

Sua observância irrestrita, nada obstante, tenderá à manutenção daqueles problemas não solúveis pelas forças de mercado, as falhas de mercado, notadamente aqui suboferta de inovação tecnológica. Daí ser este princípio apostado a outros dispositivos na Constituição Federal que, temperando a livre concorrência, têm o intuito de corrigir essas falhas em prol do interesse social. Sendo assim, excepcionando o princípio da livre concorrência, outras regras são propostas, aquela de interesse aqui figurando no art. 5º, XXIX, supracitado. Entende-se, pois, que a proteção jurídica ao bem imaterial/ intangível vem ao mundo do direito apenas por força do Estado, e através deste, com o fito de corrigir uma falha de mercado. Assim entende Barbosa:

Um dos mais interessantes efeitos da doutrina do *market failure* é evidenciar a natureza primária da intervenção do Estado na proteção da Propriedade Intelectual. Deixado à liberdade do mercado, o investimento na criação do bem intelectual seria imediatamente dissipado pela liberdade de cópia. As forças livres do mercado fariam com que a competição – e os mais aptos nela – absorvessem imediatamente as inovações e as novas obras intelectuais.

Assim é que a intervenção é necessária – restringindo as forças livres da concorrência – e criando restrições **legais** a tais forças. Pois que a criação da Propriedade Intelectual é - completa e exclusivamente - uma elaboração da lei, que não resulta de qualquer direito imanente, anterior a tal legislação. (2003, s.p.). (Grifo do autor).

Esta proteção, aqui interpretada como um contrato de concessão de monopólio legal entre a parte interessada (empresa investidora ou inventor) e a sociedade (ou o Estado), é regida pelo regime de direito público, em razão de ser uma das partes a sociedade como um todo, obrigando-se esta a conceder o direito de exclusiva e fiscalizar seu cumprimento por terceiros concorrentes, portanto, promovendo uma limitação de mercado em favor da outra parte contratante, a empresa inovadora. Conhecida a égide dos contratos públicos de ter como princípio fundamental a supremacia do interesse público sobre o particular, a proteção intelectual pode apenas ser interpretada como regida pelo direito obrigacional público, não pelo direito real privado. Obrigacional porque o elemento propriamente jurídico da proteção ou propriedade é o direito de sequência, seu direito menos sobre a coisa que sobre terceiros, portanto, direito interpartes, direito obrigacional. Público porque uma das partes é a sociedade como um todo, representada pelo Estado²⁷. Sob esta perspectiva, a proteção à inovação é justificada em termos tanto sociais, pela garantia ao acesso ou publicização da informação aplicada à inovação e o incremento no bem-estar social, quanto individuais, ensejando, igualmente, atendimento individualizado ao consumidor. O incremento no bem-estar social adviria, pois, do incremento no bem-estar de cada indivíduo.

Fosse essa proteção regida sob o direito real privado, seu fundamento residiria em um direito natural que poderia ser, à guisa de Locke, interpretado como um direito decorrente da especificação sobre um bem material envolvendo o consumo de trabalho humano e a consecutiva agregação de valor ao bem material. Este direito haveria de ser absoluto e oponível contra todos, mesmo em face do Estado. O direito de propriedade advindo da especificação (apropriação decorrente da agregação de valor por meio de trabalho humano consumido) está previsto no Código Civil:

Art. 1.269. Aquele que, trabalhando em matéria-prima em parte alheia, obtiver espécie nova, desta será proprietário, se não se puder restituir à forma anterior.

Art. 1.270. Se toda a matéria for alheia, e não se puder reduzir à forma precedente, será do especificador de boa-fé a espécie nova.

(.....)

§ 2º Em qualquer caso, inclusive o da pintura em relação à tela, da escultura, escritura e outro qualquer trabalho gráfico em relação à matéria-prima, a espécie nova será do especificador, se o seu valor exceder consideravelmente o da matéria-prima.

Ressalvadas as hipóteses como aquela expressa no dispositivo supracitado, em que a especificação conferiria propriedade por força do trabalho (justificativa esta formulada por Locke para justificar um direito natural à propriedade), desde que a agregação de valor pelo trabalho à matéria-prima ultrapassasse o valor desta ou que a especificação tenha sido feita de boa-fé, a interpretação da propriedade como direito real natural parece pouco exequível em nosso ordenamento. Consoante com o tratamento que vem sendo dado neste artigo, reputa-se a proteção intelectual ao ramo do direito obrigacional público, submetendo-a, desta forma, à sua relativização, senão ao interesse da concorrência, ao menos ao interesse social ou público (acesso à informação e incremento no bem-estar social, mas também atendimento individualizante dos consumidores em termos de suas preferências particulares). Não figura, portanto, como direito absoluto tal como são

²⁷ Mesmo tratamento tem sido dado ao direito tributário, qual seja, como um ramo do direito obrigacional público, visto obrigar o particular ao pagamento do tributo perante o Estado. A interpretação da propriedade privada como decorrente do Estado, portanto não como um direito natural, mas como direito positivo, como é interpretada por Murphy e Nagel (2005) pode ser encampada pela tese aqui defendida, que a propriedade privada pertence ao regime de direito obrigacional, não de direito real, portanto, como resultado de um contrato fundado no acordo de vontades e não como uma relação da coisa com seu proprietário.

interpretados comumente os direitos naturais apriorísticos. É intenção aqui indicar que, entre o regime de proteção absoluta ao bem imaterial conferido pelo tratamento deste como direito de propriedade e, apostado a este, o regime de livre concorrência no qual o mercado é tido por *res communis omniun* (ou coisa comum compartilhada, como no caso da tragédia dos comuns), *i.e.*, um no qual a inovação tecnológica, um bem público, não é protegida em prol da livre concorrência de mercado, outro bem público, a apreciação da proteção intelectual como direito obrigacional ou contratual público propicia uma análise contingente deste instituto jurídico enquanto mecanismo adaptativo para a calibração da limitação da concorrência de mercado. Por força dessa caracterização, possibilita-se a transformação de um bem público, a livre concorrência, em um bem de clube por meio da identificação do mecanismo legal da proteção intelectual como meio de garantir a exclusão dos participantes em um mercado qualificado²⁸. A análise contingencial dos institutos jurídicos na determinação dos tamanhos relativos do Estado e do mercado, e, outrossim, na possibilidade de dimensionar racionalmente o tamanho dos diferentes mercados, podem ser derivadas tanto da parte da *Public Choice* quanto da análise econômica do direito (Leister, 2005).

3. Proteção Intelectual, Análise Econômica do Direito e Bens de Clube

Sob o respaldo da representação da problemática da escassez nos termos da tragédia dos comuns, o supramencionado *trade-off* entre os bens públicos inovação tecnológica e livre concorrência pode ser traduzido como o problema envolvendo o livre acesso ao mercado pelos produtores, produzindo o mercado fragmentado de competição perfeita, de decisões tomadas de modo independente por produtores e consumidores e do preço determinado pelas leis de mercado, de um lado, e a completa privatização deste mercado por meio da concessão do privilégio de monopólio legal e da determinação unilateral de preços pelo monopolista, de outro²⁹. Como planteado na tragédia, sob livre concorrência, quando o mercado é um recurso comum compartilhado, os lucros futuros a serem auferidos do investimento empreendido por uma empresa X em inovação tecnológica para a diferenciação de seu produto são malbaratados célere e infrenemente pela concorrência a partir do comportamento de *free-rider*, constituindo em má economia o investimento em inovação que, sob essas circunstâncias, restará por ser ofertado em

²⁸ O mesmo pode ser defendido relativamente às normas de auto-regulação quanto às práticas de governança corporativa exigidas pelas bolsas de valores para as empresas que querem participar de um mercado mais qualificado e protegido. Essas regras são, no mesmo sentido da proteção ao bem imaterial, passíveis de criar *clusters* ou clubes no interior do mercado de capitais. Neste sentido, toda empresa de capital aberto que deseja participar dos mercados de Nível 1 e 2 e do Novo Mercado adotariam essas práticas podendo, com isto, qualificar seu produto, a ação, e pleitear preços mais altos em troca da oferta mais qualificada de informação sobre a saúde da empresa ao investidor.

²⁹ Em um mercado competitivo em que as decisões de um agente econômico são tomadas de modo independente daquelas de outros agentes, vigora o regime de direito real, *i.e.*, as relações são construídas entre pessoas e coisas, pois não subsistem interações entre pessoas (por conta de serem suas decisões independentes). Nada obstante, nos mercados reais onde as decisões dos agentes são interdependentes, o regime de direitos reais deve ser convertido em regime de direitos obrigacionais e as relações tornam-se relações apenas intersubjetivas, não mais entre pessoas e coisas. Todo o processo, desde a necessidade surgida nos findos da Idade Média visando o acúmulo de capital para a produção de riqueza futura por meio da exploração de novas rotas comerciais, via navegação, construindo o sistema financeiro, até a construção da moderna estrutura das empresas S.A. e das bolsas de valores visando dar mobilidade ao capital, tem sido alavancado por meio da conversão dos direitos reais em direitos obrigacionais a partir da construção de novos produtos financeiros e da projeção de ganhos futuros. A crise financeira internacional pode ser, nesse sentido, descrita como o ápice e a radicalização desse processo de descolamento entre riqueza real e riqueza virtual sem lastro, em que a riqueza real tenha permanecido nas mãos dos bancos norte-americanos (credores com garantia real), ao passo que a virtual pertencente aos credores quirográficos tenha sido distribuída pelo sistema financeiro internacional, notadamente UE e Japão.

níveis subótimos³⁰, visto não subsistirem incentivos envolvendo retorno desses investimentos. Por conseguinte, quando o mercado figura como recurso comum compartilhado, a inovação terminará por se tornar, no longo prazo, um recurso escasso, considerando que seus lucros esperados serão distribuídos entre a concorrência. Em sua diáde, quando é concedido um monopólio legal de mercado a uma empresa, a livre concorrência torna-se, desta vez, o recurso escasseado, e promove tanto uma redução extremada ou radical do mercado quanto carrega todas as consequências adversas que os monopólios engendram, notadamente para o consumidor hipossuficiente. Em suma, todo este raciocínio revela que há que se forjar mecanismos para promover o *trade-off* entre os extremos, livre concorrência de mercado (e oferta insatisfatória de inovação), de um lado, e privatização do mercado (e mais inovação tecnológica), de outro. O mecanismo ora proposto para promover esse *trade-off* é a determinação de um nível ótimo de proteção intelectual à inovação tecnológica, e, por meio desta, de alguma limitação de mercado. Malgrado, sua proteção sem limites terminará por enredar uma restrição privatizadora do mercado, a saber, o monopólio legal, enleado este da concessão estatal de privilégios de exploração econômica, como não se poderia mais admitir pelo artigo 170, IV da Constituição Federal. Portanto, deverá esta proteção ser concedida com parcimônia, no intuito de que se possa evitar os inconvenientes encastoados na estrutura de mercado monopolista, quais sejam, determinação unilateral de preços e a consequente captura do excedente do consumidor, já hipossuficiente. A proteção intelectual aquilata-se por seu uso parcimonioso e contingencial, sopesando os dois bens públicos antevistos, inovação e livre concorrência, e encontrando um nível ótimo de proteção jurídica aos bens imateriais ou intangíveis. Traduzida esta estratégia nos termos da teoria dos clubes, trata-se de estabelecer um nível ótimo de participação de mercado, nem pela concorrência sem restrições, nem pela privatização monopolística do mercado, mas pela calibração de um *tertius* entre esses extremos, *i.e.*, introdução de alguma limitação de mercado em prol de se garantir condições para o florescimento da inovação tecnológica, sendo a proteção intelectual tal instrumento de limitação.

Acerca da natureza da proteção intelectual, esta não pode ser representada como um direito real de propriedade privada - direito de exclusividade imputável a coisa física material/objetiva -, mas antes como um direito obrigacional na forma de um contrato de concessão estatal de um monopólio legal à empresa investidora, para que esta possa explorar economicamente a inovação tecnológica. Trata-se, pois, de um direito de monopólio porque recai não sobre coisa como seria um direito real de propriedade privada, mas sobre o mercado (Barbosa, 2003). Até aqui temos tratado a proteção como monopólio de mercado. Mas seria este direito uma exclusividade sobre o mercado, *i.e.*, a privatização deste? Se este é o caso, não feriria, a proteção intelectual, o artigo 170, IV da Constituição Federal que prevê a livre concorrência como um dos fundamentos da ordem econômica nacional? Como já arrostado, não parece ser este o caso porque, seguindo os ensinamentos de Barbosa, o monopólio recai sobre uma *posição de mercado*, que, mais precisamente, significa que se atribui um monopólio sobre um *instrumento de ação sobre o mercado*. Desta feita, a proteção intelectual resguarda o direito exclusivo de atuar no livre mercado por meio de uma estratégia específica. Veja-se. O objetivo último do investimento em inovação tecnológica é a empresa investidora auferir lucros da diferenciação de seu produto. A diferenciação de seu produto permite à empresa explorar um nicho de mercado protegida da concorrência por meio da concessão de patente. Se o produto for único, *i.e.*, se não houver substitutos para ele, e caso sua demanda seja inelástica (a essencialidade do produto é grande), a proteção patentária é quase absoluta. Contudo, uma grande parcela da diferenciação de produto não chega a engendrar produtos totalmente

³⁰ Salvo se a pesquisa em inovação restar totalmente a cargo do Estado.

diferenciados. Conforme disposto na Lei 9.279/1996, são conferidas patentes de processo e patentes de produto:

Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:

I - produto objeto de patente;

II - processo ou produto obtido diretamente por processo patentado.

A inovação operacionalizada em uma regra de reprodução permite diferenciar um bem e essa diferenciação pode ser protegida por patente de processo e/ou patente de produto. Se forem, *v.g.*, inventadas duas formas de se produzir iogurte com adição de Omega 3 por duas empresas, X e Y, ambas poderão competir no mesmo mercado, cada qual com seu produto, capturando nichos de mercado segundo as preferências dos consumidores, o nicho dos consumidores que preferem o produto oferecido pela empresa X e o nicho de consumidores que preferem o produto ofertado pela empresa Y (esse mecanismo de diferenciação não atende apenas aos interesses das empresas, mas também àquele dos consumidores, em se supondo que os indivíduos enquanto agentes econômicos possuem preferências diferenciadas). Evidentemente, nesse caso, a despeito das diferenças entre os produtos, eles competem no mesmo mercado, quer dizer, eles são substitutos. Sem embargo, o bem não é totalmente homogêneo, *i.e.*, os produtos X e Y não são substitutos perfeitos, mas, ainda assim, são substitutos, viabilizando a competição de mercado. Em outras palavras, são construídos mercados diferenciados (mini-monopólios) dentro de uma estrutura de mercado competitivo. É por esta razão que, para além da diferenciação do produto, as empresas apostam, também, na construção e na busca pela proteção de suas marcas e outros sinais distintivos, que permitem aumentar a heterogeneidade de seus produtos e a percepção, pelos consumidores, dessas diferenças. Neste bojo, por conta do acirramento da competição de mercado, em um mercado que se diferencia na margem, por meio de melhoramentos incrementais mínimos, caso do brasileiro, a proteção confere uma vantagem também marginal, no caso, a concessão de mini-monopólios ainda que no interior de um mercado competitivo, visto que seus produtos são, ainda, substitutos³¹. Por esta razão, pode-se afirmar que não é o mercado que é privatizado com a proteção patentária ou marcária, o bem que se '*privatiza*' com a proteção intelectual consiste no direito de uso exclusivo de uma estratégia sobre o mercado que beneficia o titular do direito e admite a construção de mercados diferenciados. A proteção intelectual granjearia uma vantagem em termos absolutos ou monopolistas, *i.e.*, como um direito *sobre o mercado*, não sobre uma *posição de mercado*, o que ocorreria tão somente quando não houvesse produto substituto àquele protegido pela patente e quando sua demanda fosse inelástica, caso, *v.g.*, do setor de fármacos (Magalhães, Safatle e Leal, 2003).

Essa interpretação da proteção intelectual coaduna-se com a garantia da livre concorrência expressa no artigo 170, IV, da Constituição Federal, e, simultaneamente, com alguma limitação de mercado (o termo mais apropriado é *regulação de mercado*, visto se tratar de bens públicos que se pretende proteger e isto por meio da calibração na participação das empresas em mercados qualificados ou clubes de mercado) admissível como meio para se garantir níveis ótimos de investimento em inovação, posto que a restrição não recai sobre o mercado *de per se*, mas relativamente sobre um modo (uma estratégia) de atuar sobre ele oponível contra seus concorrentes, como defende Barbosa (2003). Esse direito de exclusiva sobre uma estratégia de atuação no mercado

³¹ No contrapé, o movimento oposto ao acirramento da concorrência é aquele envolvendo a tendência atual de concentração de mercado visando granjear ganhos de escala.

pode, no caso das marcas, ser negociado pelo titular por meio de contratos de licença de franquias. Seguindo ainda o raciocínio de Barbosa, decorre da interpretação da proteção intelectual como uma restrição de atuação de mercado, ser esta proteção uma forma do Estado regular o comportamento de lealdade concorrencial gerando, entre os concorrentes, expectativas estáveis de comportamento. Portanto, a lealdade concorrencial figura como objetivo à concessão desse contrato de monopólio legal sobre uma posição de mercado ou estratégia de atuação no mercado, evitando a canibalização da concorrência entre as empresas e garantindo um direito de lucro futuro sobre os recursos investidos em tecnologia³². E ainda, se o direito de uso exclusivo de uma estratégia consiste em um direito intersubjetivo, posto que fundado na lealdade de comportamento entre os concorrentes, e não direito sobre algo (ainda que este algo se caracterize como intangível, seja a inovação ou a estratégia sobre o mercado), então recai esse direito no rol do regime de direitos obrigacionais, como se tem advogado neste artigo. A este respeito, o caput do supracitado artigo 42, da Lei Nº 9.279/1996, apresenta o cerne do direito patentário como um direito *erga omnes*, que implica na obrigação de não fazer de terceiros, sejam eles determinados (empresas pertencentes ao mercado relevante do setor em que atua a empresa inovadora) ou indeterminado (todo o mercado, se se supõe que bens muito diferentes competem entre si pelo restrito orçamento do consumidor). Mas, ainda mais especificamente, o contrato de concessão de monopólio legal de posição de mercado entre uma empresa particular e o Estado é sinalagmático, impondo direitos e obrigações para ambas as partes. Do lado da empresa, o dever de dar publicidade ao conhecimento gerado por meio da entrega do relatório de descrição do invento ou modelo de utilidade ao INPI como condição para a obtenção da patente, e do lado do Estado, o dever de garantir um direito *erga omnes* temporário sobre a exploração econômica desse conhecimento pela empresa, portanto, o dever de criar legislação e fiscalizar a lealdade empresarial no comportamento de concorrência de mercado³³.

Se a economia tem por propósito a alocação eficiente de recursos escassos entre fins alternativos, a análise econômica do direito pode ser identificada como encampando o alvo de buscar por alocações eficientes de mercado através da construção e combinação ótima dos institutos jurídicos, também este o objetivo das análises de Buchanan. A alocação eficiente que se persegue aqui é encontrar um nível ótimo na oferta entre dois bens públicos substitutos, inovação e livre concorrência. Noutras palavras, busca-se identificar o melhor *trade-off* entre as ofertas de ambos, calibrando uma dimensão ótima de mercado através do instituto de proteção intelectual e admitindo encontrar uma combinação convexa (um tamanho ótimo de mercado, em última instância) adequada para cada regime de proteção ao bem imaterial/ intangível.

Como antevisto, a posição aqui adotada advoga em favor do pressuposto de ser a proteção intelectual representada como direito obrigacional, mais especificamente, como contrato bilateral sinalagmático oneroso com contrapartidas para as partes, a empresa e a sociedade, esta representada pelo Estado. Tratando-se a proteção intelectual como direito real, particularmente como propriedade, portanto, como relação jurídica entre pessoa e coisa, esta estaria a salvo da intervenção estatal, constituindo-se um direito quase absoluto, ressalvado, talvez, o abuso do exercício desse direito, aqui, abuso de poder econômico, o que seria um mínimo em termos de intervenção (apenas intervenção negativa com vistas a resguardar direitos e liberdades de terceiros). Representá-la no regime de direito obrigacional possibilita relativizar e funcionalizar a proteção intelectual, tornando-a instituto adaptativo e contingente, determinado pela autonomia das vontades, mas, em última

³²Em outras palavras, como contrato de concessão sobre uma posição de mercado, a proteção ao bem imaterial funde-se à proteção contra a concorrência desleal, unificando o instituto.

³³ Patente de vinte anos para invenções e de quinze anos para modelos de utilidade.

instância, significa submetê-la à supremacia do interesse público, visto ser o Estado uma das partes contratantes, ainda que ressalvados os interesses particulares (estes últimos protegidos apenas em função de um bem maior, também um interesse público, o avanço tecnológico)³⁴.

Imputará proteção intelectual tal tratamento dá ensejo aos seguintes desdobramentos lógicos: (i) possibilita exigir contrapartidas das empresas, no caso, o dever de dar publicidade à inovação tecnológica produzida por meio de relatório entregue quando do protocolo do pedido de patente junto ao INPI; (ii) possibilita interpretar a proteção intelectual como instrumento contingente e consistente com a política pública industrial e de desenvolvimento nacional; (iii) tratar a proteção como relação jurídica intersubjetiva e não como relação entre pessoa e coisa (direito real), acarreta a estabilização das expectativas de comportamento concorrencial, o que permite delimitar um campo de ação de concorrência lícita, portanto, de estratégias de concorrências admissíveis (não proibidas) pelo ordenamento, e outro campo de concorrência ilícita ou desleal. Tal compreensão torna o instituto da proteção intelectual consistente com o fundamento de livre concorrência expresso no inciso IV, do artigo 170 da Constituição Federal elegido para gerir a ordem econômica, além de permitir tratar a proteção como instrumento de calibração para definir um tamanho ótimo de mercado segundo o *trade-off* envolvido nas ofertas de inovação e livre concorrência. Se entendido como direito real, a proteção intelectual praticamente cristalizaria e monopolizaria legalmente o mercado, tornando ilícitos muitos atos da livre competição. No intuito de operacionalizar a proteção intelectual nesses termos, quer dizer, como instrumento contratual, portanto, não como direito absoluto, mas contingente de definição e redefinição das dimensões de mercado, a inovação deve permitir transformar o mercado de competição acirrada em um bem de clube através da formação de *clusters* ou mini-monopólios, por meio do contrato de concessão de patente. Esta transformação implica em se tratar a proteção intelectual como um mecanismo de exclusão à participação das empresas neste mercado qualificado. A regra, pelo artigo 170, IV da Constituição Federal, é a livre participação no mercado, *i.e.*, o Estado deve gerir a ordem econômica no sentido de eliminar os óbices à livre entrada das empresas no mercado. Como justificativa para tal regra, a teoria econômica aponta para o fato de que, sob monopólio, a empresa determina preço de maneira unilateral, *i.e.*, os preços não são determinados pelas leis de mercado (oferta e demanda), e, em consequência deste poder de impor preço, o excedente do consumidor seria capturado pela empresa monopolista.

É no intuito de proteger o indivíduo nas relações consumeristas (artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal), que o ordenamento jurídico brasileiro elege o consumidor como hipossuficiente diante do poder econômico das empresas e que o Estado é chamado a intervir no sentido de evitar que elas forjem barreiras de entrada para a participação no mercado de novas concorrentes. Com este intuito, foram criados órgãos da administração pública com a função precípua de evitar a instituição de barreiras de entrada e a concentração de mercado. Alguns desses órgãos são: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). Sendo assim, não se configuraria o contrato de concessão de patente a uma empresa, firmado entre esta e o Estado, a instituição mesmo de uma barreira de entrada ao mercado? Caso seja, esta concessão feriria o livre acesso ao mercado previsto constitucionalmente, ainda que apenas marginalmente. A tese aqui esposada é que a proteção intelectual (patente para invento ou modelo de utilidade, registro de desenho industrial e marca, repressão às falsas indicações geográficas e à concorrência desleal) não

³⁴ Ademais, sustentando ser a proteção intelectual um instrumento para solucionar uma falha de mercado, seu fundamento não pode ser aquele de um direito natural, anterior ao próprio Estado, mas antes o direito positivo, decorrente da existência do Estado (Barbosa, 2003).

privatiza o mercado, mas concede às empresas um passe com acesso à entrada em um mercado qualificado permitindo-lhes forjar um nicho e criando um direito de clientela, *i.e.*, um direito calcado na preferência de certos consumidores por seu produto.

Por certo, a diferenciação do produto pela inovação não é a única estratégia de diferenciação possível. Segue-se um caso de especial interesse hodiernamente. Uma das estratégias comumente adotadas no intuito de obter diferenciação de produto, em se tratando de um bem inferior, por exemplo, é lançar mão de preço baixo no intuito de granjear a preferência das classes C e D de consumidores. Nada obstante, essa classe emergente de consumidores, tão logo aufram maiores recursos para participar do mercado, passam a exigir produtos de maior qualidade, substituindo-os aos bens inferiores, o preço deixando de ser um fator de diferenciação³⁵. Nesse ponto entra a inovação e a proteção intelectual (e aqui nenhuma diferenciação é feita entre a inovação propriamente dita e o investimento da empresa em marcas para diferenciação de seus produtos).

No caso de um mercado real teoricamente capaz de se aproximar do funcionamento de mercado previsto pelo modelo de competição perfeita, um afastamento deste modelo decorrente das práticas anticompetitivas de empresas que abusam de seu poder econômico exige intervenção estatal na forma da Lei Antitruste (no Brasil, Lei Nº 8.884/94), da fiscalização dos mercados e da punição de empresas visando corrigir essas falhas. Sem embargo, quando um mercado naturalmente não pode ser trazido para o modo de funcionamento previsto no modelo de competição perfeita, no caso em tela devido a uma falha de mercado porque a inovação tecnológica, bem público, seria ofertada em níveis subótimos, a forma de intervenção estatal, buscando evitar as consequências adversas do monopólio, deverá ser implementada por meio da regulação, não de leis antitruste.

A regulação pode ocorrer, entre outras, por essas duas formas: (i) ou pela definição e redefinição do tamanho do mercado, quando isto for possível (*i.e.*, quando não se está em um mercado de monopólio natural); (ii) ou pelo tabelamento de preço. A vantagem do primeiro caso relativamente ao segundo é que o preço seria ainda regulado pelas leis de mercado. Esta é a vantagem que se pretende alcançar tratando a inovação como bem de clube respaldada pela proteção intelectual como mecanismo de exclusão individualizante em um mercado qualificado. A seguir, algumas considerações acerca da teoria dos clubes (Buchanan, 1965).

Se a teoria dos bens públicos tem por objeto bens que são não-rivais e não-excludentes, diversamente, a escolha pública e a teoria dos clubes têm trabalhado com bens que possuem apenas uma destas propriedades, a não-rivalidade, mas não a não-exclusão. Buchanan (1965) lança mão da teoria dos clubes no intuito de operar sua ideia de um *continuum* entre bens puramente privados, de um lado, e bens puramente públicos, de outro. Segundo Buchanan (1965:1-2), bem privado e bem público são caracterizados em termos da otimalidade de sua partilha:

For the former, the optimal sharing arrangement, the preferred club membership, is clearly one person (or one family unity), whereas the optimal sharing group for the purely public good, as defined in the polar sense, includes an infinitely large number of members.

Ao longo desse *continuum* envolvendo bem privado em um polo e bem público em outro, subsistem bens cujo nível ótimo de partilha é intermediário, nem um para um, nem um para um número infinito de membros. Esses bens são os bens de clube dotados de alguma publicidade, *i.e.*, a

³⁵ A busca das empresas por redução de preços é incentivo para a inovação visando baixar custos de produção. Todavia, este incentivo funciona apenas até que as classes mais baixas alcancem melhores condições econômicas para consumir bens mais qualificados.

partilha ótima do bem implica em seu consumo por mais de um indivíduo. Segundo Buchanan, a obtenção de um nível ótimo de partilha no caso de um bem de clube depende da existência de um mecanismo capaz de excluir alguns indivíduos de seu consumo. Existente esse mecanismo, o passo seguinte é determinar o nível ótimo de participação. Para determiná-lo é necessário reconhecer que a partilha do bem entre mais de um indivíduo é vantajosa porque quanto mais indivíduos partilhando o bem, menor o custo de financiá-lo para cada um dos indivíduos, já que esse custo deverá ser rateado entre os participantes. De sorte que, na perspectiva dos custos, quanto mais participantes, melhor. No contrapé, a vantagem de se limitar de algum modo a participação reside no fato de que quanto mais participantes, menor o benefício ou utilidade auferido por cada um do bem de clube ofertado.

Assim, em um clube de campo formado por muitos indivíduos a vantagem é que o custo total da manutenção do clube é rateado entre eles, e quanto mais indivíduos, menor o custo para cada um deles. Em compensação, os benefícios ou a utilidade de usufruir do clube, *v.g.*, de sua piscina, reduz-se para cada um deles a partir de uma determinada quantidade de indivíduos a mais que entram no clube porque muitos indivíduos dentro da mesma piscina diminuem o benefício ou utilidade que se pode obter desse bem. Há, pois, um tamanho ótimo na partilha do bem, de sorte que por bem de clube entende-se aquele no qual a utilidade que cada indivíduo auferir de seu consumo depende do número de indivíduos que devem partilhar de seus custos e benefícios: quanto mais indivíduos, menor o custo, mas também menor o benefício. Portanto, bem de clube é aquele que, em primeiro lugar, envolve um tamanho ótimo intermediário entre um indivíduo e um grupo potencialmente infinito de indivíduos na sua partilha, e, em segundo lugar, que dispõe de um mecanismo capaz de excluir indivíduos de seu consumo. Pela segunda dessas características é propriedade deste bem poder se excluir alguns membros de seu consumo (é excludente), embora o consumo deste por um indivíduo não impeça o igual consumo do bem por outro indivíduo (é não-rival). No caso da piscina, esta é de tamanho fixo.

Acolhe-se aqui a interpretação de que é vantajoso o tratamento do mercado como bem de clube, antes que como bem público. A conversão do mercado em bem de clube é proporcionada por meio do mecanismo jurídico de proteção aos bens imateriais. Quando tratado como bem público, como averiguado supra, a livre concorrência ou a ausência de barreiras de entrada ao mercado levam à falha de mercado envolvendo uma oferta subótima de inovação por força do comportamento de *free-rider* e da contrafação. Alternativamente, quando tratado como bem privado, o mercado leva ao monopólio com as consequências adversas que a estrutura de mercado monopolista incorre, quais sejam, imposição de preço e captura do excedente do consumidor. A estratégia aqui adotada é, então, tratar o mercado como bem de clube, um no qual subsiste um tamanho ótimo de mercado, nem o polo envolvendo livre concorrência, nem o polo do monopólio puro. Mais acertadamente, essa definição ótima do tamanho do mercado implica na manutenção de um mercado competitivo, mas com a admissão da formação de *clusters* ou mercados qualificados cuja entrada é acessível apenas para empresas investidoras em diferenciação de produtos e serviços. Essa perspectiva é apenas levemente diversa da tese schumpeteriana segundo a qual a precondição para a inovação seria a estrutura de mercado de monopólio competitivo. Ademais, como antevisto, em se supondo indivíduos com preferências diferenciadas, o mercado ideal é aquele que permite a formação desses *clusters* ou clube, não a livre concorrência pura, uma vez que o primeiro é capaz de contemplar mais amplamente as preferências heterogêneas do consumidor aumentando o bem-estar social, mas de maneira mais individualizadora, ao passo que o último, por ofertar produtos homogêneos, não atenderia tão plenamente essas preferências, salvo para as classes mais baixas.

Desta forma, há que se calibrar ou dosar uma quantidade ótima de participação das empresas no mercado ou um tamanho ótimo de mercado (uma vez mais, garantindo a livre concorrência, mas

admitindo a formação de *clusters* de mercado). O instituto jurídico eleito para promover essa calibração ou regulação é o instituto da proteção aos bens imateriais, incluindo-se aí a proteção ao investimento da empresa em inovação tecnológica e criação de sinais distintivos para seus produtos. Esse instituto possui sua própria razão de ser, fundada no saneamento da falha de mercado envolvendo a oferta do bem público inovação. Como averiguado, a inovação pode ser classificada como um bem econômico, uma vez que pode ser monetizável, *i.e.*, possui valor econômico e pode ser mercantilizada. Malgrado, esse bem possui características especiais porque caindo em domínio público, a informação e o conhecimento aplicado contidos na inovação perdem o seu valor. Se um indivíduo dispõe de uma informação privilegiada que pode levar à valorização do preço das ações de uma empresa X, pode vir a ganhar muito dinheiro comprando antecipadamente ações dessa empresa. Sem embargo, se essa informação é tornada pública esgotam-se os benefícios econômicos a serem auferidos dessa informação antes privilegiada. Seu consumo por um indivíduo, contudo, não impede que outro possa, igualmente, consumi-lo. A informação/conhecimento parece ser, assim, um bem com as características da não-rivalidade e da não-excludência, portanto, um bem público.

Se uma empresa X amealha recursos para investir em tecnologia mirando a diferenciação de seus produtos em um mercado competitivo, buscando proteção por meio da exploração de um nicho de mercado, mas se, uma vez produzido e colocado no mercado, cópias idênticas desse produto podem ser produzidas por outras empresas concorrentes de X por engenharia reversa, vê-se, em horizonte não muito distante, a falta de incentivos para a produção, pelas empresas, de inovação por conta do comportamento de *free-rider* das concorrentes de X. A consequência imediata desse comportamento é que o bem público inovação será subofertado pelo mercado, visto que as partes não têm quaisquer incentivos para se organizarem e produzirem o bem. Como apontado por Olson (1999), é racional para as partes auferirem os benefícios obtidos do bem público, uma vez que ele é não-excludente, sem querer cooperar com os custos de sua produção porque sempre haverá a possibilidade de deixar de contribuir, quer dizer, de deixar com que os custos para financiar o bem público recaiam sobre terceiros, porque esses custos são rateados e a contribuição individual pouco interfere na oferta do bem. Esse é o comportamento de *free-rider* do qual decorre o problema da oferta de bens públicos a níveis não ótimos no longo prazo. O mesmo ocorre com a inovação tecnológica. Levada às últimas consequências, a inovação, em um mercado competitivo, não logra incentivos para prosperar. É com o desígnio de solucionar este problema que o Estado cria o instituto da proteção intelectual, no intuito de transformar artificialmente o bem público livre concorrência em um bem de clube, limitando sua participação pelas empresas por meio da concessão de um direito de exclusividade sobre estratégias de atuação no mercado. A vantagem dessa transformação decorre do fato de que a possibilidade de exclusão figuraria como incentivo ao florescimento da inovação ao garantir o direito exclusivo de exploração econômica daquela inovação tão somente por aquele que financiou sua pesquisa, excluindo-se eventuais *free-riders* de se apropriarem dos benefícios amealhados pela empresa inovadora por meio da produção de contrafeitos.

A proteção intelectual ao bem imaterial por meio da concessão de um monopólio legal sobre uma posição de mercado fornece à empresa inovadora um bilhete de acesso a um mini-monopólio subsistente no interior de um mercado mais amplo de competição acirrada. Portanto, transforma o livre mercado, um bem público, em um bem de clube ao proteger uma estratégia de atuação da empresa nesse mercado via patentes, registros e repressão à concorrência desleal. Por este meio, ademais, redimensiona (leia-se, regula) o tamanho do mercado quando este é de competição acirrada, *i.e.*, quando apresenta grande abertura à entrada, limitando o acesso às empresas a posições mais protegidas nesse mercado por meio da oferta dessas em inovação e investimento em sinais distintivos.

Por outras palavras, a limitação ao acesso de um mercado naturalmente competitivo às empresas que nele almejam participar é ensejada por meio tanto da diferenciação de produto quanto da proteção intelectual, constituindo o investimento em inovação por parte das empresas e a proteção desta pelo Estado as duas faces da moeda do mecanismo de exclusão à participação no mercado. Ou seja, o passe de entrada da empresa em um mercado livre, porém protegido pela sua segmentação em nichos de mercado, depende de seus investimentos em inovação como instrumento para a diferenciação de seu produto e, paralelamente, da proteção conferida pelo Estado a esta inovação. O investimento em inovação tecnológica e na criação de sinais distintivos é o pagamento de uma luva para participar desse mercado segmentado explorando um nicho protegido.

Evidentemente, outras estratégias permitem o acesso aos mercados competitivos, dentre as quais o preço baixo, como aventado supra. Nada obstante, em mercados competitivos, e notadamente quando o público alvo são consumidores que se tornam mais exigentes com a melhoria de suas condições econômicas, a qualidade e a exclusividade obtidos da diferenciação do produto figuram como a mais profícua dessas estratégias. Porter (1991) se reporta a três estratégias competitivas e estancos de atuação das empresas no mercado: (i) identificação de nichos de mercado (foco); (ii) investimento em sinais distintivos e tecnologia (diferenciação); (iii) eficiência auferida por minimização de custos e ganhos de escala (custo).

Não nos parece que essas três estratégias possam estar completamente desvinculadas umas das outras. A busca por diferenciação e/ou por baixos custos são, ambas, estratégias para atuar em segmentos de mercado pré-identificados (nichos). E ainda, como antevisto, a redução de custo e o preço baixo é uma estratégia apta a capturar um nicho específico de mercado, as classes C e D. A ascensão social e econômica dessas classes, nada obstante, torna os consumidores mais exigentes, e o preço deixa de ser elemento diferenciador de produtos, sua diferenciação residindo agora no investimento em inovação e sinais distintivos. Nessa alínea, o instituto da proteção intelectual realiza exatamente este intento, tornar o mercado, bem naturalmente não-excludente, em bem com possibilidade de uso exclusivo, ao garantir ao inventor, por um período pré-determinado de tempo, a possibilidade de explorar economicamente o processo ou produto diferenciado obtido pelo investimento da empresa em inovação tecnológica nesse mercado de competição acirrada. Segmenta um amplo mercado de competição acirrada em nichos de mercado, protegendo a empresa inovadora por meio da concessão de mini-monopólios que viabilizam a construção de mercados diferenciados, sem abrir mão, ao largo, da livre competição.

Transforma, assim, um bem público, o livre acesso ao mercado, em um bem de clube e o faz por meio da instituição de uma convenção contratual, o direito à proteção intelectual via patentes e registros³⁶. Ao tornar excludente o acesso a esses mini-monopólios ou mercados diferenciados subsistentes em um mercado competitivo por meio da admissão via proteção da diferenciação de produtos, cria incentivos à inovação tecnológica e reprime o comportamento de *free-rider* (dispersão do lucro da inovação pela produção, por outras empresas, de contrafeitos), portanto, em última instância, traz a oferta do outro bem público, inovação tecnológica, para níveis mais próximos do ótimo, reduzindo, em contrapartida, minimamente o bem público livre mercado. Nesta solução

³⁶Traduzida nos termos da teoria dos bens públicos de Olson, nossa solução e a proteção ao bem imaterial permitem criar incentivos privados para além do benefício comum, a oferta do bem público, justamente no intuito de garantir sua oferta em níveis ótimos e procurando vencer o comportamento do *free-rider*. A este respeito, cita-se Olson: “Somente um incentivo independente e “seletivo” estimulará um indivíduo racional em um grupo latente a agir de maneira grupal. (...) O incentivo deve ser “seletivo” no sentido de que aqueles que não se unam à organização que trabalha pelos interesses do grupo ou não contribuam de outras maneiras para a promoção dos interesses do grupo possam ser tratados de forma diferente em relação àqueles que colaboram” (1999: 63).

envolvendo a conversão de um bem público em bem de clube, o mercado é redimensionado e segmentado, passando a atender mais plenamente as diferentes preferências dos consumidores. Case-se, pois, uma análise do lado da oferta por inovação com uma da demanda por ela. Se a diferenciação de produto é, também, uma exigência do consumidor, nada mais justo que ele contribua com os investimentos à inovação e ao desenvolvimento de sinais distintivos. Portanto, a captura de parte do excedente do consumidor pelas empresas não pareceria conduta de má-fé a ser repelida sem exceções pelo Estado em defesa do consumidor hipossuficiente, visto ser ele mesmo o demandante desses investimentos³⁷.

Cabe ainda derivar consequências de mais longo prazo dessa análise. Quando expirado o prazo da proteção patentária, toda a concorrência poderia lançar mão desses conhecimentos aplicados para aperfeiçoar seus próprios produtos. Por força dessa conduta, o mercado voltaria a tornar-se competitivo, desaparecendo os *clusters* ou clubes, com a oferta de bens homogêneos, mas agora bens com maior valor agregado. No exemplo do mercado de capitais, quanto mais e mais empresas passassem a adotar as práticas de governança corporativas que as tornaria aptas a participar dos mercados de Nível 1 e 2 e do Novo Mercado, todo o mercado de capitais passaria a adotar essas práticas, garantindo informação de melhor qualidade sobre as empresas para os investidores (portanto, incorrendo em um retorno ao mercado competitivo, mas agora mais qualificado). No caso do mercado de inovação, a oferta de iogurte com adição de ômega 3, cálcio, vitaminas, tornar-se-ia generalizada, beneficiando o consumidor. O incentivo à inovação tecnológica e o desenvolvimento de sinais distintivos via proteção ao bem imaterial foi financiada em parte com a captura de parcela do excedente do consumidor pelas empresas. Não se pode reputar ter o consumidor sido prejudicado, pois teve sua preferência satisfeita de modo diferenciado. No longo prazo, com a expiração da patente ou direito de exclusiva, retorna-se ao mercado competitivo com a oferta de produtos mais qualificados, aumentando o bem-estar social, seja no curto ou no longo prazo. Neste ponto, um novo ciclo de inovação é suposto advir³⁸.

Cabe uma última observação: também o bem público inovação é, ele mesmo, tornado um bem de clube via proteção ao bem imaterial, pois os titulares das patentes podem celebrar voluntariamente contratos de licenciamento dessas patentes para exploração por terceiros (licenciamento voluntário), conforme artigo 61 da Lei de Propriedade Industrial.

Ademais, em uma série de hipóteses, como no caso da não exploração da patente pelo seu titular, de a oferta ser insuficiente para suprir a demanda, do abuso do poder econômico, o titular da patente estará sujeito a ter sua patente licenciada compulsoriamente, nos termos do artigo 68, *caput* e §1º, I, II da lei supra referida. Em ambos os casos, licenças voluntárias e compulsórias, a concessão da patente engendra a formação de um clube no qual apenas aos sócios é permitida a exploração econômica da inovação. Nas licenças voluntárias a admissão ao *clube* é administrada pelo titular da patente, nas compulsórias, é controlada pelo Estado, ainda que o favorecido pela licença compulsória deva cumprir alguns pré-requisitos, *v.g.*, atestar capacidade técnica e recursos econômicos para poder explorar a patente (art. 68, §2º da Lei Nº 9.279/1996), ser titular de patente dependente de patente anterior com substancial inovação referente a esta, não ter conseguido acordo com o titular da patente anterior (art. 70 da mesma lei), etc. Consequentemente, também a inovação é tornada *de per*

³⁷ Mesmo raciocínio justifica a extensão temporal da proteção patentária ao medicamento órfão.

³⁸ Portanto, estavam certas tanto as teorias tradicionais da inovação que imputavam incentivos à inovação pela busca do baixo preço em uma estrutura de mercado competitivo quanto a teoria schumpeteriana que defendia o monopólio competitivo como condição à inovação. Apenas que a primeira análise considera o longo prazo ao passo que a última, o curto prazo.

se um bem de clube, juntamente com o livre mercado, a partir da concessão de proteção intelectual e dos contratos de licença voluntários e compulsórios dela derivados. Desta feita, procurou-se aqui identificar a proteção intelectual como bem de clube, interpretação que permite congrega consistentemente em um mesmo instituto tanto a garantia da livre concorrência quanto aquela do fomento à inovação tecnológica pelo setor privado.

4. Conclusão

O objetivo deste artigo foi representar a proteção intelectual nos termos da teoria dos clubes, buscando explorar seu potencial heurístico na identificação de níveis mais adequados e contingentes de proteção intelectual aos bens imateriais/intangíveis que se quer proteger, além de iluminar algumas propriedades desse tratamento, notadamente sua consistência com: (i) o fundamento da livre concorrência previsto constitucionalmente no artigo 170, IV por meio do uso do instituto como mecanismo de exclusão ou de participação para o dimensionamento e regulação de mercados, segmentando-os por meio da concessão de mini-monopólios constituídos em mercados diferenciados ou nichos de mercado subsistentes em mercados competitivos mais amplos no curto prazo e na livre competição no longo prazo; (ii) a garantia, pelo Estado, da oferta de incentivos para o florescimento de inovação tecnológica e investimento em sinais distintivos pelo setor privado em prol do maior bem-estar social, mas a partir da oferta individualizada de produtos diferenciados mais afeitos à satisfação das variegadas preferências sustentadas pelos consumidores.

Referências

- Barbosa, D. B. (2003). **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. (2ª ed). Rio de Janeiro, Lúmen Juris.
- BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988).
- BRASIL. LEI Nº 9.279 (1996).
- Buchanan, J. M. (1965). **An Economic Theory of Clubs**. In: *Economica*, New Series, 32, (125), pp. 1-14.
- Chiappin, J. R. N., Leister, C. (2007). **Experimento Mental I: A Concepção Contratualista Clássica, O Modelo da Tragédia dos Comuns e as Condições de Emergência e Estabilidade da Cooperação. Hobbes**. In: *XI Conferência Anual da ALACDE - Latin American and Caribbean Law and Economics Association - Berkeley Program in Law & Economics*, 2007, Brasília. eScholarship repository.
- Cornes, R., Sandler, T. (1986). **The Theory of Externalities, Public Goods, and Club Goods**. Cambridge, Cambridge University Press.
- Dixit, A., Stiglitz, J. E. (1977). **Monopolistic Competition and Optimal Product Diversity**. *American Economic Review*, 67, pp. 297-308.
- Farias, C. C., Rosenvald, N. (2009). **Direitos Reais**. Rio de Janeiro, Lúmen Juris.
- Jannuzzi, A. H. L., Vasconcellos, A. G., de Souza, C. G. (2008). **Especificidades do patenteamento no setor farmacêutico: modalidades e aspectos da proteção intelectual**. In: *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 24 (6), pp. 12-5-1218.
- Kamien, M. I., Schwartz, N. L. (1975). **Market structure and innovation: a survey**. In: *Journal of Economic Literature*, 13, (1), pp. 1-37

- Kaserman, D. L., Mayo, J. W. (1995). **Government and Business. The Economics of Antitrust and Regulation**. The Dryden Press. Orlando, Fla.
- Leister, C. (2005). **Social Choice e Public Choice: o problema da agregação e o cálculo das regras de decisão coletiva como fórmulas de alocação/distribuição de recursos**. Tese de doutoramento defendida no Departamento de Filosofia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo.
- Lopes, J. R. L. (2008). **O Direito na História: lições introdutórias**. São Paulo, Atlas.
- Losano, M. G. (2007). **Os Grandes Sistemas Jurídicos**. São Paulo, Martins Fontes.
- Magalhães, L. C., Safatle, L., Leal, J. C. (2003). **Diretrizes para uma política industrial para medicamentos e farmoquímicos**. Nota Técnica. Brasília, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.
- Marky, T. (1994). **Curso Elementar de Direito Romano**. São Paulo, Saraiva.
- Murphy, L., Nagel, T. (2005). **O mito da propriedade**. São Paulo, Editora Martins Fontes.
- Northflett, E. G. (7 de março, 2010). **Patentes de invenção e monopólio**. In: *Folha de São Paulo*, pp. A3.
- Olson, M. (1999). **A Lógica da Ação Coletiva: Os Benefícios Públicos e uma Teoria dos Grupos Sociais**. São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo.
- Porter, M. E. (1991). **Estratégia Competitiva**. Rio de Janeiro, Campus.
- Marques, J. P. R. (2003). **Propriedade Intelectual e interesse Público**. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 79, pp. 293-354.
- Salomão Filho, C. (2004). **Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público**. In: *Revista de Direito Público da Economia*, 2, (7), pp. 29-44.
- Sciarretta, T. (2010). **Regras são iniciativa de regulação**, In: *Folha de São Paulo*, Caderno Dinheiro/Folhainvest, pp. B3. 1º de fevereiro.
- Schumpeter, J. (1984). **Capitalism, Socialism and Democracy**. USA, Harper.
- Scudeler, M. A. (2007). **Patentes e a Função Social da Propriedade Industrial**. Acesso em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Marcelo%20Augusto%20Scudeler.pdf>.