

Economic Analysis of Law Review

Análise Econômica Dos Direitos De Propriedade Intelectual No Marco Da Ciência, Tecnologia E Inovação

Economic Analysis Of Intellectual Property Rights In The Science, Technology And Innovation Framework

Lucas Henrique Lima¹
Universidade Estadual de Ponta Grossa
(UEPG)

Verde, João Irineu Miranda²
Universidade Estadual de Ponta Grossa
(UEPG)

RESUMO

Este trabalho estuda as modificações trazidas pelo Marco da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) no tocante aos direitos de propriedade intelectual sob o prisma da Análise Econômica do Direito, considerando o critério da eficiência. Para tanto descreve o advento do novo Marco Regulatório, contextualizando sua promulgação ante os desafios vivenciados pela economia brasileira. Focando-se no artigo 9º da Lei Federal de Inovação, o trabalho apresenta as principais modificações no instituto dos Acordos de Cooperação Técnica visando à inovação, no que concerne aos direitos de propriedade intelectual para, finalmente, analisar tais mudanças à luz do critério da eficiência conforme proposto pela Análise Econômica do Direito. Como resultado, conclui-se que as alterações trazidas pelo MCTI tendem a aumentar a eficiência econômica dos Acordos de Cooperação ao fortalecer a segurança jurídica deste instituto, no tocante aos direitos de propriedade intelectual sobre as criações obtidas.

Palavras-chave: Estruturas de Governança Custos de Transação; Análise Econômica do Direito; Propriedade Intelectual; Eficiência; Acordos de Cooperação; Inovação.

ABSTRACT

This paper studies the changes brought by the Science, Technology and Innovation Framework (STIF) in relation to intellectual property rights from the perspective of the Economic Analysis of Law, considering the criterion of efficiency. For this, it describes the advent of the new Regulatory Framework, contextualizing its promulgation before the challenges faced by the Brazilian economy. Focusing on article 9 of the Federal Innovation Law, the paper presents the main changes in the institute of Technical Cooperation Agreements aiming at innovation, as regards intellectual property rights, to finally analyze such changes in light of the efficiency criterion as proposed by the Economic Analysis of Law. As a result, it is concluded that the changes brought by the STIF tend to increase the economic efficiency of the Cooperation Agreements by strengthening the legal security of this institute, as regards intellectual property rights on the creations obtained.

Keywords: Economic Analysis of Law; Intellectual Property; Efficiency; Cooperation Agreements; Innovation.

JEL: K1; K11.

R: 19/07/17 A: 30/09/18 P: 30/12/18

¹ limaverde@outlook.com.br

² joaoirineu@uol.com.br

1. O Raio X Da Inovação No Brasil E Seu Novo Marco Regulatório

O estímulo à inovação tem sido um dos focos do discurso de todas as iniciativas que caracterizam a política industrial brasileira (REZENDE, 2013, p. 355). A promoção de inovações e adoção de novas tecnologias permite que as empresas expandam limites das suas tecnologias e promovam ganhos de produtividade sustentáveis, não havendo dúvidas de que “a inovação tecnológica é um tipo de investimento desejável para o crescimento de longo prazo” (REZENDE, 2013, p. 357).

O Marco da Ciência, Tecnologia e Inovação (Lei n.º 13.243/2016), doravante MCTI é a lei mais recente a tratar sobre “estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa à capacitação científica e tecnológica e à inovação” (BRASIL, 2016). Alterou a Lei Federal de Inovação (Lei n.º 10.973/2004), e outras nove leis relacionadas ao assunto (RAUEN, 2016, p. 21). Note-se que a Lei Federal de Inovação (Lei n.º 10.973/2004), doravante LFI, disciplina as ações dos entes públicos, que obedecem ao princípio da legalidade estrita (RAUEN, 2016, p. 22 – 23). Em outras palavras, enquanto o setor privado obedece ao princípio da autonomia da vontade das partes, podendo elas fazerem tudo o que a lei não proíbe, o setor público é regido pelo princípio da legalidade estrita, possibilitando fazer apenas o que a lei permite (DI PIETRO, 2016, p. 96).

Os problemas percebidos na LFI incluem mecanismos de incentivos distorcidos e dificuldades na interação entre Instituições de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICTs) e empresas, causadas pela ausência de definições claras sobre práticas e modo de operação da gestão da inovação por ICTs em parcerias com o setor privado (RAUEN, 2016, p. 22). Como consequência da incerteza jurídica na gestão da inovação pelos entes do setor público somada aos mecanismos de incentivos distorcidos, os resultados produzidos pela LFI são incapazes de demonstrar um instrumento efetivo da colaboração entre setor público e setor privado em inovação no Brasil (RAUEN, 2016, p. 23). Ressalte-se que esse é o mesmo diagnóstico da Justificativa do Projeto de Lei n.º 2177/2011, que originou o MCTI.

Na Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 2177/2011 (o qual originou o Marco Regulatório) é feito o diagnóstico que a área de Ciência, Tecnologia e Inovação no Brasil “não vem alcançando os resultados necessários a que cumpra seu relevante papel no desenvolvimento econômico e social do País”, ainda mais “considerando a qualidade de grande parte das Universidades e Centros Acadêmicos, a capacidade inovadora das empresas, as políticas públicas de fomento, indução e incentivo” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011, p. 33).

A Justificativa do PL n.º 2177/2011 ainda assevera que o Brasil “já se encontra defasado em relação a outras nações, inclusive algumas também ainda em desenvolvimento, como a Índia e a China”, exigindo-se uma atuação efetiva e eficaz para reverter o cenário (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011, p. 34). Admite-se, ainda, que a Lei Federal de Inovação (Lei n.º 10.973/2004), embora recente, “necessita reformulação, para que sua operação e execução atenda realmente, em níveis minimamente satisfatórios, aos usuários do Sistema Nacional de CT&I” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011, p. 34). Conclui dizendo que o Poder Público pode tornar-se condutor, indutor e elo eficaz e efetivo entre os vários agentes do setor de Ciência, Tecnologia e Inovação, “para que se alcance no Brasil a excelência na gestão e operação do conhecimento, rumo à economia crescentemente sustentável” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011, p. 34).

Para corroborar com tal diagnóstico, interessante observar os Relatórios para Ciência da UNESCO. O Relatório para Ciência UNESCO 2010 aponta que entre 2000 e 2008 a Despesa Bruta com Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) (% PIB) progrediu modestamente, de 1.02% para

1.09%, ultrapassando os padrões da América Latina mas muito atrás da média para a OCDE e União Europeia, sendo que, em 2008, 55% da Despesa Bruta em P&D foi do setor público, e a fatia do setor privado, de 45% deste gasto permaneceu estável durante a última década, comparada a fatia de 69% nos países da OCDE e 65% na União Europeia (BRITO; CHAIMOVICH, 2010, p. 105 – 106).

Por sua vez, o Relatório para Ciência UNESCO 2015 demonstra que a fatia da Despesa Bruta em P&D pelo setor privado (% do PIB), tem sido reduzida desde 2010 e, ao contrário, a Despesa Bruta em P&D pelo setor público (% do PIB) tem sido intensificada; além de, como um todo, a Despesa Bruta em P&D (% do PIB) permanecer muito abaixo de economias desenvolvidas e mercados emergentes dinâmicos, como China e Coreia, comparável a economias desenvolvidas em estagnação, como Itália e Espanha, além de mercados emergentes como Rússia, estando, entretanto bem à frente da maioria dos outros países da América Latina (PEDROSA; CHAIMOVICH, 2015, p. 216).

Essa é também a percepção da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), em conjunto com o INSEAD e, mais recentemente, com a Cornell University, através da publicação anual do “*The Global Innovation Index*” (Índice Global de Inovação), que realiza o ranking dos países avaliando seus *inputs*, *outputs* e eficiência em matéria de inovação. No período 2012 a 2016 (que apresenta homogeneidade metodológica), avaliando-se a despesa bruta em P&D (% do PIB), a despesa bruta em P&D financiada pelo setor privado (%) e a colaboração universidade/empresa constata-se o seguinte:

TABELA 1 – DESPESA BRUTA EM P&D (% DO PIB), PARTICIPAÇÃO DO SETOR PRIVADO EM SEU FINANCIAMENTO (%) E A COLABORAÇÃO UNIVERSIDADE E EMPRESA EM PESQUISA NO PERÍODO 2012 – 2016.

ANO	DESP. BRUTA P&D (% PIB)	DESP. BRUTA P&D DO SETOR PRIVADO (%)	COLABORAÇÃO UNIV./EMPRESA ³
2012	1.08	43.88	4.20
2013	1.16	45.43	4.10
2014	1.21	N/A	3.98
2015	1.24	43.07	3.80
2016	1.24	40.35	3.80

Compilação: Os autores. Fontes: (OMPI; INSEAD, 2012, p. 195; OMPI; INSEAD; CORNELL UNIVERSITY, 2013, p. 148; OMPI; INSEAD; CORNELL UNIVERSITY, 2014, p. 158; OMPI; INSEAD; CORNELL UNIVERSITY, 2015, p. 179; OMPI; INSEAD; CORNELL UNIVERSITY, 2016, p. 191).

Uma interpretação que pode ser depreendida de tais dados é que a despesa bruta em P&D (% do PIB) tem permanecido sem alterações significativas, próxima da estagnação e, abrindo a composição desta despesa bruta em P&D, a proporção da contribuição do setor

3 O critério para tal pontuação é a resposta média para a seguinte pergunta da pesquisa: “Em que medida as empresas e as universidades colaboram em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) em seu país? (1 = Não Colaboram, 7 = Colaboram extensivamente). Vide (OMPI; INSEAD, 2012, p. 375; OMPI; INSEAD; CORNELL UNIVERSITY, 2013, p. 327; OMPI; INSEAD; CORNELL UNIVERSITY, 2014, p. 334; OMPI; INSEAD; CORNELL UNIVERSITY, 2015, p. 352; OMPI; INSEAD; CORNELL UNIVERSITY, 2016, p. 354).

privado tem sofrido sucessivas e consideráveis reduções, enquanto a colaboração Universidade Empresa em pesquisa sofreu, igualmente, sucessivas e significativas reduções no período em análise.

O novo Marco Regulatório da inovação é resultado de cinco anos de discussões entre os agentes do Sistema Nacional de Inovação (SNI), reconhecendo a necessidade de redução dos obstáculos legais e burocráticos, e de conferir maior flexibilidade às instituições inseridas no sistema de inovação (RAUEN, 2016, p. 21). Uma das modalidades de interação entre setor público e setor privado que sofreram alterações mais amplas é a do Acordo de Cooperação, que passam a ser objeto de análise na próxima seção.

2. O Acordo De Cooperação Quanto À Propriedade Intelectual Sob A Ótica Do Marco De Ciência, Tecnologia E Inovação

O Acordo de Cooperação é uma modalidade de interação entre setor público e privado, que está prevista no artigo 9º da Lei Federal de Inovação (Lei n.º 10.973/2004), doravante LFI, e sofreu alterações significativas com o Marco da Ciência, Tecnologia e Inovação (Lei n.º 13.243/2016), doravante MCTI.

Note-se que o Acordo Cooperação é figura próxima ao Convênio, e consiste em “ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração” (DI PIETRO, 2016, p. 390). Portanto, a ênfase é em interesses recíprocos, com a obtenção de resultados comuns que serão usufruídos por todos os partícipes (DI PIETRO, 2016, p. 390).

O instituto do Acordo de Cooperação é ligeiramente diferente do Contrato. O contrato é “um acordo, entre duas ou mais partes, que transmite direitos entre elas, assim como estabelece, exclui ou modifica deveres” (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN; AZEVEDO, 2005, p. 113; CASTELAR; SADDI, 2005, p. 112). Ocorre que no contrato os interesses são opostos e contraditórios (DI PIETRO, 2016, p. 390). Não há a obtenção de resultados comuns, e muito menos a necessária usufruição desses por todos os partícipes (DI PIETRO, 2016, p. 390).

O *caput* do artigo 9º estabelece o conceito de Acordo de Cooperação e sofreu, em geral, alteração de estilo de escrita, adicionando apenas a possibilidade do objeto do Acordo de Cooperação incluir o desenvolvimento de serviço (RAUEN, 2016, p. 29), originalmente não contemplada na LFI, como se observa abaixo:

Art. 9º É facultado à ICT celebrar acordos de parceria para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo, com instituições públicas e privadas. (Redação original da Lei n.º 10.973/2004).

Art. 9º É facultado à ICT celebrar acordos de parceria com instituições públicas e privadas para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e de desenvolvimento de tecnologia, produto, serviço ou processo. (Redação dada pela Lei n.º 13.243/2016). [Grifo nosso]

Embora a definição de Acordo de Cooperação quase não tenha sofrido alterações, apenas com a adição de serviço em seu escopo, os dispositivos referentes à propriedade intelectual em tais acordos sofreram consideráveis modificações, que serão analisadas a seguir.

O parágrafo segundo do artigo 9º trata dos instrumentos que preveem a titularidade da propriedade intelectual e a participação nos resultados de exploração das criações resultantes de parceria. A redação original da LFI exigia previsão em contrato, enquanto a redação conferida pelo MCTI versa sobre instrumento jurídico específico:

§ 2º As partes **deverão prever, em contrato,** a titularidade da propriedade intelectual e a participação nos resultados da exploração das criações resultantes da parceria, assegurando aos signatários o direito ao licenciamento, observado o disposto nos §§ 4º e 5º do art. 6º desta Lei. (Redação original da Lei n.º 10.973/2004). [Grifo nosso]

§ 2º As partes **deverão prever, em instrumento jurídico específico,** a titularidade da propriedade intelectual e a participação nos resultados da exploração das criações resultantes da parceria, assegurando aos signatários o direito à exploração, ao licenciamento e à transferência de tecnologia, observado o disposto nos §§ 4º a 7º do art. 6º. (Redação dada pela Lei n.º 13.243/2016). [Grifo nosso]

A troca do termo “contrato” para “instrumento jurídico específico” no parágrafo segundo do mencionado artigo fornece maior segurança jurídica nos casos em que as partes optam por discutir posteriormente, em instrumento apartado, a participação nos resultados da exploração das criações resultantes da parceria, por qualquer motivo que seja.

O parágrafo terceiro diz respeito a proporção assegurada da propriedade intelectual e da participação nos resultados quando o instrumento jurídico previsto no parágrafo segundo for firmado. Originalmente, a LFI disciplinava que a proporção assegurada, “desde que prevista em contrato”, seria equivalente ao valor agregado do conhecimento já existente no início da parceria, bem como dos recursos humanos, financeiros e materiais alocados pelas partes contratantes.

Já na redação alterada pelo MCTI, serão asseguradas a propriedade intelectual e a participação nos resultados às partes contratantes, “nos termos do contrato”, podendo a Instituição de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICT) ceder ao agente privado a totalidade dos direitos, nos termos abaixo:

§ 3º A propriedade intelectual e a participação nos resultados referidas no § 2º deste artigo **serão asseguradas, desde que previsto no contrato, na proporção equivalente ao montante do valor agregado do conhecimento já existente no início da parceria e dos recursos humanos, financeiros e materiais alocados pelas partes contratantes.** (Redação original da Lei n.º 10.973/2004). [Grifo nosso]

§ 3º A propriedade intelectual e a participação nos resultados referidas no § 2º **serão asseguradas às partes contratantes, nos termos do contrato, podendo a ICT ceder ao parceiro privado a totalidade dos direitos de propriedade intelectual** mediante compensação financeira ou não financeira, desde que economicamente mensurável. (Redação dada pela Lei n.º 13.243/2016). [Grifo nosso]

Enquanto a redação original utilizava um condicional “desde que prevista no contrato”, a nova redação confere maior segurança jurídica, além de maior liberdade para a negociação, visto que utiliza a expressão “nos termos do contrato”, demonstrando uma opção por prestigiar o princípio da autonomia da vontade das partes.

Tanto é verdade que na redação original a proporção era fixa, preestabelecida, ao equivalente do valor agregado do conhecimento, recursos humanos, financeiros e materiais, enquanto na redação atual, tal expressão foi removida, inserindo-se a permissão de cessão total dos direitos de propriedade intelectual ao parceiro do setor privado (Rauen, 2016, p. 29), mediante compensação financeira ou não financeira, desde que economicamente mensurável, voltando a prestigiar o princípio da autonomia da vontade das partes e conferindo maior segurança jurídica.

Embora tais modificações possam ser visualizadas através de uma atenta interpretação textual dos dispositivos legais, as suas consequências, reflexos e implicações são variadas e complexas, razões pelas quais torna-se interessante aplicando os métodos e fundamentos da Análise Econômica do Direito para compreendê-las.

3. As Mudanças Do Mcti Em Matéria De Acordo De Cooperação Segundo Os Fundamentos Da Análise Econômica Do Direito

3.1 Os Fundamentos Da Análise Econômica Do Direito

A Análise Econômica do Direito, doravante AED, ou, ainda, Direito e Economia, doravante D&E, tem como objetivo “perceber as implicações do direito vigente e identificar o enquadramento jurídico que melhor alinharia os comportamentos individuais com o interesse conjunto da sociedade” (RODRIGUES, 2007, p. 35). Para isso, são duas perguntas que devem ser respondidas: “Quais são os efeitos das regras legais no comportamento dos atores relevantes? Esses efeitos das regras legais são socialmente desejáveis?” (KAPLOW; SHAVELL, 2002, p. 1666).

Um dos problemas fundamentais que motiva a Ciência Econômica é a eficiência (STIGLER, 1992, p. 462; CASTELAR; SADDI, 2005, p. 83 – 84). Uma definição inicial, tradicional, de eficiência econômica é a verificação de uma das condições: não é possível produzir a mesma quantidade com uma combinação de custo mais baixo, ou não é possível produzir mais saída utilizando a mesma entrada (COOTER; ULEN, 2016, p. 13). Ou, em outras palavras, é a “relação entre os benefícios e os custos agregados a uma situação” (CASTELAR; SADDI, 2005, p. 120 – 121). Ressalte-se que há limitações éticas na tomada de decisão social quando a eficiência é definida como “alocação de recursos na qual seu valor é maximizado” (POSNER, 1992, p. 13).

Quando trata-se de eficiência, a primeira pergunta é: como medir? São dois os principais critérios utilizados na AED: o de Pareto, do economista italiano Vilfredo Pareto, e o de Kaldor-Hicks, do economista húngaro Nicholas Kaldor e o britânico John Richard Hicks.

O critério de Pareto é definido como aquele em que “a posição de A melhora sem prejuízo da de B” (CASTELAR; SADDI, 2005, p. 88). Uma situação Pareto superior, ou a denominada melhoria de Pareto é, portanto, aquela que torna melhor a situação de, pelo menos, uma pessoa, sem tornar pior a de nenhuma (Posner, 1992, p. 13 – 14; Rodrigues, 2007, p. 26; Salama, 2012, p. 308), é “a unanimidade de todas as pessoas afetadas” (POSNER, 1992, p. 13 – 14; SALAMA, 2012, p. 309). Esse critério é tido como de circulação eficiente de riqueza, “segundo o qual os bens são transferidos de quem os valoriza menos a quem lhes dá mais valor” (SZTAJN, 2005, p. 76)

O conceito de Pareto não é muito relevante porque a possibilidade de beneficiar alguém sem prejudicar ninguém é, em realidade, muito rara (Rodrigues, 2007, p. 28; Salama, 2012, p. 310), observando que a maioria das transações afetam terceiros (Posner, 1992, p. 13 – 14; Salama, 2012, p. 309), além de não ser possível sequer dizer que um ótimo de Pareto é inequivocamente preferível a uma situação não ótima (RODRIGUES, 2007, p. 28).

As buscas a uma alternativa partem das insatisfações com as evidentes limitações do critério de Pareto, e a solução é encontrada no conceito de Kaldor-Hicks, também denominado melhoria potencial de Pareto (COOTER; ULEN, 2016, p.42). Nicholas Kaldor e John Richard Hicks sugerem que as normas devem ser elaboradas “de maneira a gerarem o máximo de bem-

estar para o maior número de pessoas” (Sztajn, 2005, p. 76), e seu critério é baseado no princípio da compensação, em que os sujeitos contemplados com a melhoria poderiam compensar os prejudicados com a situação (POSNER, 1992, p. 13 – 14; SZTAJN, 2005, p. 76; RODRIGUES, 2007, p. 28; SALAMA, 2012, p. 311; COOTER; ULEN, 2016, p. 42). Kaldor-Hicks considera a soma dos efeitos líquidos em todos os agentes, e não em cada um deles individualmente, como seria no de Pareto (CASTELAR; SADDI, 2005, p. 121).

Tal conceito permite melhorias onde há ganhadores e perdedores, o requisito é que os ganhadores ganhem mais do que os perdedores perdem, e, com isso, possam compensar os perdedores e ainda ter um adicional de ganho (COOTER; ULEN, 2016, p. 42; CASTELAR; SADDI, 2005, p. 121). Uma mudança representa melhoria “se os que dela beneficiam estivessem interessados na sua implementação mesmo que tivessem que suportar aquela compensação” (RODRIGUES, 2007, p. 28). Essa compensação não precisa ser efetivamente feita, deve apenas ser, em princípio, possível (POSNER, 1992, p. 13 – 14; COOTER; ULEN, 2016, p. 42; RODRIGUES, 2007, p. 28; SALAMA, 2012, p. 311).

Há maior flexibilidade em ser eficiente no conceito de Kaldor-Hicks do que no critério de Pareto, pela possibilidade de transferências compensatórias, significando que todo ótimo de Kaldor-Hicks é também de Pareto, mas a recíproca não é verdadeira (CASTELAR; SADDI, 2005, p. 121). Kaldor-Hicks parece ser “o melhor critério para as escolhas no que diz respeito à distribuição dos benefícios: dar mais a quem tem maior utilidade marginal” (SZTAJN, 2005, p. 76). Quando diz-se que alguma política ou situação é eficiente, de cada 10 vezes, 9 se referem a eficiência de Kaldor-Hicks (POSNER, 1992, p. 14).

A eficiência é um parâmetro utilizado pela AED que permeia os inúmeros ramos do Direito, tais como propriedade, contratos, responsabilidade civil, crimes, família e outros. Para analisar a eficiência das mudanças da legislação de Inovação, no que se refere à propriedade intelectual, se faz necessário compreender a importância da definição dos direitos de propriedade e as especificidades da propriedade intelectual, o que será feito a seguir.

Uma definição clara dos direitos de propriedade é condição necessária para que as negociações, que ocorrem através do mercado, não envolvam custos de transações significativos e, para que as externalidades não dificultem ou impossibilitem a eficiência econômica (RODRIGUES, 2007, p. 54 – 55; COOTER; ULEN, 2016, p. 92). Interessante observar que o reforço dos direitos de propriedade pelo Estado, embora gere seus próprios custos, reduz as sérias desvantagens que surgiriam na ausência de direitos de propriedade (o gasto de tempo e esforço que seria necessário na defesa da posse), protegendo as pessoas contra riscos (KAPLOW; SHAVELL, 2002, p. 1683; POSNER, 1992, p. 35). Outro benefício da clara definição de direitos de propriedade é a criação de incentivos para a utilização eficiente dos recursos (POSNER, 1992, p. 32).

A propriedade intelectual compreende “um conjunto de direitos, cada qual conferindo ao titular controle exclusivo, de acordo com modalidades específicas e por período de tempo limitado, de um bem intangível resultante da criatividade humana” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 295). Richard Posner (1992, p. 38 – 39) estabelece uma comparação entre o estabelecimento dos direitos de propriedade clássicos e os de propriedade intelectual, mostrando, por exemplo, que um mundo sem patentes levaria à tendência de atividade inventiva ser mantida em segredo, da mesma maneira que a ausência de direito de propriedade levaria à tendência de produção que envolve apenas um mínimo de investimento preparatório.

Assim, as normas têm efeito de incentivo, já que a propriedade “como instituição estimula a gestão prudente e a inovação no uso dos recursos escassos” (MACKAAY;

ROUSSEAU, 2015, p. 198). No entanto, a informação (e a propriedade intelectual) não é naturalmente escassa, é inesgotável, e não é necessário controlar a exclusividade dessas propriedades a não ser para garantir remuneração do talento criador (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 310).

Países com uma delimitação eficiente dos direitos de propriedade e contratos estabelecem a fundação legal para a inovação e o crescimento (COOTER; ULEN, 2016, p. 50). Há uma complexa relação entre propriedade intelectual e inovação: inexistindo propriedade intelectual a inovação não é nula e estará embasada em proteções residuais do direito comum; nas economias com existência da propriedade intelectual, o efeito da inovação depende da extensão do reforço do direito intelectual: no caso de reforçar direito fraco, aumentará a inovação; caso reforce direito muito amplo, prejudica a inovação, interferindo na inovação por filiação, visto que toda inovação se apoia em saber existente (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 344 – 345).

Na doutrina, a AED da propriedade intelectual requer melhorias nos métodos de análise, já que os métodos normalmente utilizam equilíbrio estático (com tecnologia fixa), e os direitos de propriedade intelectual requerem análise da inovação e tecnologias dinâmicas, como na teoria do crescimento (COOTER; ULEN, 2016, p. 118).

3.2 A Aplicação Da Análise Econômica Do Direito No Acordo De Cooperação Do Mcti, Em Relação À Propriedade Intelectual

Como visto, o Acordo de Cooperação é celebrado entre instituições públicas e privadas com o fim de “realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e de desenvolvimento de tecnologia, produto, serviço ou processo” (BRASIL, 2016). Incluiu-se, portanto, o serviço como escopo do Acordo, reconhecendo seu potencial de inovação. Ressalta-se que existem inúmeros exemplos que poderão agora se beneficiar de tal alteração: o aplicativo de caronas *Uber*, as plataformas de *streaming* como *Spotify*, *Netflix*, *Amazon Prime* e outros tantos, que passam a ter expressa previsão da possibilidade de desenvolvimento de ações conjuntas de inovação e pesquisa com o setor público, previsão essa não existente na redação original da Lei Federal de Inovação.

Como consequência do tratamento isonômico para aqueles que desenvolvem pesquisas e inovações na forma de serviços, há maior segurança jurídica: não há mais lacuna com relação a esse objeto no *caput* do artigo 9º, reduzindo os custos de transação envolvidos na elaboração do Acordo de Cooperação. Nesse sentido, os custos de transação no Acordo de Cooperação funcionam de modo semelhante ao observado em relação aos contratos.

Isso significa que custos de transação são entendidos como “quaisquer factores que dificultem que as partes celebrem um acordo que seria mutualmente benéfico” (RODRIGUES, 2007, p. 50; MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 218). Tais custos são afetados “pelo sistema legal e por normas não positivadas, que recaem sobre a alocação dos direitos de propriedade” (SZTAJN; ZYLBERSTAJN; MUELLER, 2005, p. 85). Para Cooter e Ulen (2016, p. 88) os custos de transação estão refletidos nas três etapas das trocas: (1) custos de busca, (2) custos de negociação, (3) custos de execução. A influência do direito, no que se refere aos custos de transação é elaborar normas que reduzam os mesmos (CASTELAR; SADDI, 2005, p. 63; SZTAJN; ZYLBERSTAJN; MUELLER, 2005, p. 85; COOTER; ULEN, 2016, p. 91 – 92).

À luz do critério da eficiência há uma melhoria, que pode, eventualmente, constituir uma melhoria de Pareto, melhorando a situação daqueles que desenvolvem atividades de pesquisa e

inovação na forma de serviços, sem piorar a situação daqueles que desenvolvem pesquisa e inovação em tecnologia, produto ou processo, posto que o tratamento jurídico oferecido a essas figuras permaneceu o mesmo, sem alterações. No entanto, como a possibilidade de beneficiar alguém sem prejudicar ninguém é muito rara (Rodrigues, 2007, p. 28; Salama, 2012, p. 310), e a maioria das transações afetam terceiros (Posner, 1992, p. 13 – 14; Salama, 2012, p. 309), é perigoso afirmar categoricamente que nenhum agente do Sistema Nacional de Inovação (SNI) sairá prejudicado com essa mudança.

Porém, desde já, pode-se afirmar que, existindo perdedores com tal mudança, os ganhadores ganham mais que os perdedores perdem, podendo compensar os perdedores e ter adicional de ganho (vide Cooter; Ulen, 2016, p. 42; Castelar; Saddi, 2005, p. 121), ressaltando que se considera a soma dos efeitos líquidos em todos os agentes, e não em cada um deles individualmente, como seria no de Pareto (CASTELAR; SADDI, 2005, p. 121).

No que diz respeito aos direitos de propriedade intelectual, o parágrafo segundo do artigo 9º trata dos instrumentos que preveem a titularidade da propriedade intelectual e a participação nos resultados de exploração das criações resultantes de parceria. Ao realizar a substituição de “em contrato” por “em instrumento jurídico específico” confere maior segurança jurídica nos casos em que as partes optam por discutir posteriormente, em instrumento apartado, a participação nos resultados da exploração das criações resultantes da parceria.

Imaginando que, por exemplo, a aferição da extensão dos ônus impostos a cada partícipe (que poderão impactar na titularidade da propriedade intelectual e na proporção da participação nos resultados) do Acordo de Cooperação seja de difícil realização no momento da celebração do Acordo, por quaisquer circunstâncias, há vantagem em postergar essa aferição que seria, em primeiro momento, custo de negociação, mas, se assim as partes envolvidas o desejarem, pode ser feita na fase de execução.

Dentro desse contexto, caso a opção de realizar em momento posterior a previsão da titularidade da propriedade intelectual ou da participação nos resultados da exploração não fosse permitida, isso ampliaria as chances de realizar um negócio ineficiente para ambas as partes, e, por consequência, geraria maior insegurança jurídica, com prováveis discussões judiciais para alteração desses termos. Logo, evidente que a previsão de instrumento jurídico específico, abrindo a possibilidade de instrumento apartado, é alteração que confere maior segurança jurídica e, além disso, prestigia o princípio da autonomia da vontade das partes, que agora podem escolher momento diferente para celebrar esse ajuste.

Sob a ótica da eficiência, da mesma maneira que a alteração do *caput* do artigo 9º, há uma melhoria que pode, eventualmente, ser de Pareto, mas existindo qualquer perdedor com essa mudança, os ganhadores ganham mais que os perdedores perdem, podendo ser feitas transferências compensatórias, nos moldes da eficiência de Kaldor-Hicks.

O parágrafo terceiro discute a titularidade da propriedade intelectual e as proporções da participação nos resultados da exploração das criações desenvolvidas em parceria, devendo ser lido em conjunto com o parágrafo segundo, já mencionado.

Anteriormente a proporção da participação da exploração das criações desenvolvidas em parceria era fixa e pré-determinada, correspondendo ao “equivalente ao montante do valor agregado do conhecimento já existente no início da parceria e dos recursos humanos, financeiros e materiais alocados pelas partes contratantes” (BRASIL, 2004).

Agora o MCTI removeu essa proporção, substituindo pela expressão “nos termos do contrato”, dando ênfase, novamente, ao princípio da autonomia da vontade das partes, permitindo maior liberdade na negociação desses termos, inclusive incluindo a possibilidade da Instituição de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICT) “ceder ao parceiro privado a totalidade dos direitos de propriedade intelectual mediante compensação financeira ou não financeira, desde que economicamente mensurável” (BRASIL, 2016).

Assim, a titularidade da propriedade intelectual e as proporções da participação nos resultados passam a compor os termos das negociações para a celebração do Acordo de Cooperação, uma vez que não há mais proporções fixas e pré-determinadas, podendo as ICTs envolvidas cederem a totalidade desses direitos para a iniciativa privada, se assim o quiserem na negociação. Isso permite chegar a um Acordo em situações que anteriormente não se chegariam, caso as partes não concordassem com a atribuição pré-determinada da equivalência dos referidos montantes fixos, na forma da redação original do dispositivo legal.

Com isso, permite-se compensar os possíveis ônus distribuídos em outras cláusulas, ficando o estabelecimento da titularidade da propriedade intelectual e as proporções da participação nos resultados de criações originadas da parceria a cargo das negociações, admitindo-se que as partes têm maiores chances de realizar um Acordo eficiente mediante a livre negociação desses direitos, do que mediante o estabelecimento de proporções fixas pré-determinadas através da lei

Note-se que trata de um clássico problema de definição clara dos direitos de propriedade, condição necessária para que as negociações que ocorram através do mercado, não envolvam custos de transações significativos e, para que as externalidades não dificultem ou impossibilitem a eficiência econômica (RODRIGUES, 2007, p. 54 – 55; COOTER; ULEN, 2016, p. 92).

4. À Guisa De Conclusão

O Poder Público diagnosticou corretamente o contexto pelo qual a inovação tem passado no Brasil (embora tenha demorado demasiadamente para reagir a tais percepções), que inclui baixa participação do setor privado na despesa bruta em Pesquisa e Desenvolvimento, um percentual de despesa bruta em Pesquisa e Desenvolvimento (% do PIB) próximo a estagnação, abaixo das economias desenvolvidas e dos países emergentes dinâmicos e a relação entre os agentes, principalmente, Universidade e Empresa bastante a desejar. Tal diagnóstico serviu de base para elaborar o novo Marco Regulatório, a Lei n.º 13.243/2016.

Também foi correta a percepção das deficiências da Lei Federal de Inovação (Lei n.º 10.973/2004), que incluem mecanismos de incentivos distorcidos e insegurança jurídica nas tratativas com o setor público no que se refere a gestão da inovação por ICTs em parceria com o setor privado.

No que se refere ao instrumento jurídico do Acordo de Cooperação, regulado no artigo 9º da Lei Federal de Inovação, esse sofreu mudanças significativas com o novo Marco Regulatório, mudanças essas que tendem a uma maior segurança jurídica e liberalização das relações entre setor público e setor privado, através da permissão expressa de definição posterior, em instrumento jurídico específico, apartado, da titularidade da propriedade intelectual e/ou da proporção da participação nos resultados da exploração de criações originadas da parceria; além opção por prestigiar o princípio da autonomia da vontade das partes no tocante a delimitação desses direitos e proporções, permitindo, inclusive, a cessão total desses direitos para a iniciativa

privada, desde que mediante contrapartida financeira ou não financeira, economicamente mensurável.

Importante notar que há também um esforço para corrigir certas imprecisões, que estavam presentes na redação original da LFI, que não contemplava, por exemplo, os serviços como objeto possível de Acordo de Cooperação, afinal, serviços também podem ser frutos de pesquisa e inovação, vide casos como o aplicativo de carona *Uber*, os serviços de *streaming* como *Spotify*, *Netflix*, *Amazon Prime* e tantos outros casos. Essa alteração, especificamente, confere tratamento jurídico isonômico a uma categoria que até então era renegada, também acaba refletindo uma maior segurança jurídica.

Tais modificações representam uma melhora na eficiência da legislação que regula a matéria de inovação no Brasil. Esse é um possível caminho para mudar o cenário da Inovação no país, uma vez que a maior segurança jurídica e a relativa liberalização trazida pelo MCTI pode atrair a contribuição do setor privado na Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação, melhorar a interação entre os agentes do Sistema Nacional de Inovação (SNI), principalmente entre Universidades e Empresas.

Note-se, no entanto, que o novo Marco Regulatório da Inovação ainda está em vigor a pouco tempo, aproximadamente um ano e meio. Assim, ainda é cedo para traçar um padrão ou tendência quanto aos seus efeitos. São necessários estudos complementares para verificar as estatísticas dos reflexos das alterações provocadas pelo MCTI, quando então, se conseguirá isolar os possíveis efeitos.

5.Referências Bibliográficas

BACHA, Edmar; BOLLE, Monica B. de, *O futuro da indústria no Brasil: desindustrialização em debate*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

BRASIL. Lei Federal de Inovação. *Lei n.º 10.973, de 2 de dezembro de 2004*. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm>.

_____. Marco da Ciência, Tecnologia e Inovação. *Lei n.º 13.243, de 11 de janeiro de 2016*. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13243.htm>.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n.º 2177 de 2011*. Institui o Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=915135>. Acesso em 14 jul. 2017.

BRITO, Carlos H. de C.; CHAIMOVICH, Hernan. Brazil. In: UNESCO. (Org). *UNESCO Science Report 2010: The Current Status of Science around the World*. Paris, France: UNESCO, 2010. (p. 103 – 122).

CASTELAR, Armando; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 552 p.

EALR, V.9, n° 3, p. 17-29, Set-Dez, 2018

27

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6 ed. Estados Unidos: Pearson, 2016. 570 p.

DI PIETRO, Maria S. Z. *Direito administrativo*. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Law*. In: AUERBACH, Alan; FELDSTEIN, Martin. *Handbook of Public Economics*. v. 3. Amsterdam: Elsevier, 2002. (p. 1661 – 1784)

LIMA, Maria L. (Org). *Agenda contemporânea: direito e economia: 30 anos de Brasil*. Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012. 645 p.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015. 780 p.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL (OMPI); INSEAD. *The Global Innovation Index 2012: Stronger Innovation Linkages for Global Growth*. Fontainebleau, França: INSEAD, 2012. Disponível em <<https://www.globalinnovationindex.org/userfiles/file/gii-2012-report.pdf>>. Acesso em 13 jul. 2017.

_____; _____. CORNELL UNIVERSITY. *The Global Innovation Index 2013: The Local Dynamics of Innovation*. Genebra, Suíça: OMPI, 2013. Disponível em <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/economics/gii/gii_2013.pdf>. Acesso em 13 jul. 2017.

_____; _____. *The Global Innovation Index 2014: The Human Factor in Innovation*. Genebra, Suíça: OMPI, 2014. Disponível em <<https://www.globalinnovationindex.org/userfiles/file/reportpdf/GII-2014-v5.pdf>>. Acesso em 13 jul. 2017.

_____; _____. *The Global Innovation Index 2015: Effective Innovation Policies for Development*. Genebra, Suíça: OMPI, 2015. Disponível em <<https://www.globalinnovationindex.org/userfiles/file/reportpdf/GII-2015-v5.pdf>>. Acesso em 13 jul. 2017.

_____; _____. *The Global Innovation Index 2016: Winning with Global Innovation*. Beijing, China; Genebra, Suíça: OMPI, 2016. Disponível em <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_gii_2016.pdf>. Acesso em 13 jul. 2017.

PEDROSA, Renato H. de.; CHAIMOVICH, Hernan. Brazil. In: UNESCO. (Org). *UNESCO Science Report 2015: Towards 2030*. Paris, France: UNESCO, 2015. (p.210 – 229)

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 4 ed. Estados Unidos: Little Brown, 1992.

RAUEN, Cristiane V. *O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-empresa? Radar: tecnologia, produção e comércio exterior*, IPEA, n. 43, p. 21 – 36, fev. 2016. Disponível em <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/6051>>. Acesso em 08 jul. 2017.

REZENDE, Leonardo. *Política industrial para inovação: uma análise das escolhas setoriais recentes*. In: BACHA, Edmar; BOLLE, Monica B. de. *O futuro da indústria no Brasil: desindustrialização em debate*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 355 – 372.

- RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do direito: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007. 243 p.
- SALAMA, Bruno M. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria L. (Org). *Agenda contemporânea: direito e economia: 30 anos de Brasil*. Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 283 – 323.
- STIGLER, George. *Law or Economics? The Journal of Law & Economics*. v. 35, n. 2 (Out., 1992), p. 455 – 468.
- SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. (Org). *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74 – 83.
- _____; ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo F. de. *Economia dos contratos*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. (Org). *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 102 –136.
- _____; _____; MUELLER, Bernardo. *Economia dos Direitos de Propriedade*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. (Org). *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 84 –101.
- ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. (Org). *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.