



A propriedade intelectual como feixe de direitos

Maria Tereza Leopardi Mello, IE-UFRJ

SIPID, dezembro/2017





1. Pontos de partida

1.1. DPI como meio de apropriabilidade

1.2. DPIs: Efeitos ambíguos

2. PI e defesa da concorrência

3. Propriedade como feixe de direitos

1.1. Direitos de Propriedade Intelectual devem ser entendidos como 'meio de apropriabilidade'

- Apropriabilidade: um dos atributos das vantagens competitivas que as firmas obtêm em decorrência de inovações (entendidas em sentido amplo, como *diferenciação*). Os agentes tentam prolongar ao máximo o período em que são os únicos a deter aquela vantagem, retardando imitações (Dosi (1988) e outros)
 - O grau de apropriabilidade depende de fatores que impedem a sua imediata difusão/diluição. Entre estes fatores se destacam o *tempo* e o *custo** de *imitação (eliminação da diferença)*: quanto menores, mais baixo o grau de apropriabilidade, impedindo que o inovador pioneiro retenha todos os benefícios da inovação.
 - PI pode afetar *tempo* e *custo* de imitação, aumentando-os.
- Efetividade da proteção jurídica depende de características dos mercados (tanto tecnológicas quanto institucionais).

A PI *nunca* é o único instrumento de apropriabilidade, e raramente o principal; tampouco é plenamente eficaz. A possibilidade de privilegiar algum deles ou, como é frequente, *usá-los em conjunto* depende de estratégias fortemente condicionadas pelas características dos mercados.

* *Custos relativos* (custo do imitador comparado c/ o do inovador)

1.2. DPIs produzem efeitos ambíguos

- A proteção aos DPI têm efeitos *ambíguos* para as firmas, conforme a estratégia e a posição do inovador no processo competitivo: um alto grau de proteção acarretaria, em tese, um efeito *positivo* para o inovador; mas este também pode ser *negativo*, no caso de firmas que adotam estratégias imitativas.
- Os efeitos *sociais* da proteção também são *ambíguos*: podem ser positivos, por incentivar as inovações, ou negativos, se acarretar excessiva restrição à concorrência e à difusão das inovações.
- A proteção, a um só tempo, incentiva e restringe – mais precisamente, *só incentiva se puder restringir*. São efeitos *indissociáveis e inerentes* à proteção dos lucros em geral, e ao sistema de PI em particular.
 - Problema: pode restringir sem incentivar ...
 - Como mensurar os efeitos “líquidos”? Como torná-los comparáveis?

1.3. como abordar?

- Propriedade intelectual no âmbito da defesa da concorrência
 - Instrumentos de análise antitruste permitem avaliar efeitos ambíguos em cada caso.
- Repensar as formas jurídicas de atribuição de direitos:
 - Falso dilema: propriedade plena X *open access*
 - Direito de propriedade considerado não como absoluto, mas como um feixe de direitos;
 - Direito = interesse juridicamente protegido; implica poderes – de usar alguma “coisa” (diferentes formas de uso), ou de fazer algo, o de não fazer;
 - Formas de proteção podem ser dosadas de acordo com finalidades diversas.

2. Propriedade Intelectual e defesa da concorrência

Adequação dos instrumentos de análise antitruste na identificação dos efeitos restritivos à concorrência da proteção dos DPI:

- a forma pela qual a lei antitruste caracteriza o ilícito – pelos *efeitos* anticoncorrenciais de *qualquer* tipo de prática – transfere o foco da análise para as *condições de mercado* (estruturais) que tornam provável o exercício do poder de mercado;
- a abordagem antitruste permite questionar os DPI apenas *na medida* em que gerem poder de mercado e restrições à concorrência;
- a análise antitruste reconhece que condutas ou atos de concentração restritivos da concorrência podem gerar *ganhos de eficiência* que compensem seus efeitos negativos, ponderando-os caso a caso de forma a só reprimir situações que gerem *efeitos anticompetitivos líquidos* (cf. princípio da razoabilidade – *rule of reason*). Isso permite que possíveis efeitos positivos da proteção à PI sejam explicitamente considerados

3. Propriedade Intelectual como um feixe de direitos

- Falso dilema: propriedade plena X *open access*
- Ostrom: regimes de apropriação: propriedade comum, propriedade individual X ausência de propriedade.
- Schlager & Ostrom (1992): Decompõem os vários *poderes* embutidos no *direito de propriedade*, que podem ser detidos em conjunto ou separadamente, por um ou vários titulares. Permite abordar o direito de propriedade superando a dicotomia “*direito individual*” X “*ausência de direitos*”:
 - **Acesso e extração** equivalem a *uso* e *usufruto* (i.e., aos direitos de acessar determinado bem e retirar frutos dele).
 - **Administração** - poder de estabelecer regras sobre *como* usar os recursos;
 - **Exclusão** - poder de estabelecer regras sobre *quem* pode usá-los;
 - **Alienação** - direito de vender ou sob qualquer forma transferir os direitos de *administração e exclusão*

Propriedade como feixe de direitos (Ostrom)

Uso adequado dos conceitos:

Atributos dos bens/ recursos:

- Club Goods: excluível, não-rival.
- Common pool resources (CPRs): exclusão tem custos; rivalidade (das unidades que compõem o recurso)
 - Característica de bem público: dificuldade de desenvolver meios de exclusão físicos ou institucionais
 - Características de bem privado: unidades/benefícios consumidos são subtraídos do recurso (não são disponíveis para outros)
 - CPRs podem se submeter a diferentes regimes de propriedade (não necessariamente *common property*);
 - CPRs são compostos: de um sistema de recursos e de unidades/ benefícios que podem ser extraídos desse sistema

Regimes de propriedade:

- Propriedade individual ou comum

- Livre acesso

As Formas de Atribuição de Direitos (Calabresi & Melamed, 1972)

Atribuir direitos: significa atribuir a uma pessoa certos *poderes*, o que pode adotar diferentes formatos jurídicos:


- **Propriedade** – forma de atribuição de direito pela qual a transferência deste se opera por meio de uma transação voluntária, na qual o valor do direito é acordado.
 - “... se alguém desejar remover a atribuição de seus titulares , precisará comprá-la, numa transação voluntária em que o valor do direito é acordado c/ o vendedor.”
 - Intervenção do Estado é menor: uma vez decidida a atribuição do direito, o seu valor (da transação) é decidido pelas partes.
- **Responsabilidade** – o titular do direito pode ser privado de sua posição independentemente de sua vontade, embora haja o pagamento de indenização.
 - envolve um maior grau de intervenção do Estado, que, em última instância, decide o valor do direito (da indenização), caso não haja acordo entre as partes.
- **Inalienabilidade** – a transferência do direito não é permitida (em algumas circunstâncias ou em nenhuma). Pode ser vista tb como uma forma de limitar ou regular o exercício de um direito.

OBS metodológica: tipos descrevem certos elementos que, na realidade, podem estar mais ou menos presentes em determinada situação.

Ostrom's framework: from natural resources to "new commons"

- HESS, C. & OSTROM, E. (2003). Ideas, Artifacts and Facilities: Information as a Common-Pool Resource.
- OSTROM E. & HESS, C. (2007). Private and Common Property Rights. Encyclopedia of Law & Economics.
- HESS, C. (2008). Mapping the Commons.
- HESS, C. (2012). The Unfolding of the Knowledge Commons.
- CORIAT, B. (2011; 2013)
- MADISON, M.J. (2010). Beyond Creativity: Copyright as Knowledge Law.
- STRANDBURG, K.J.; FRISCHMANN, B.M. & KESAN, J.P. (2009). When Worlds Collide: Intellectual Property at the Interface Between Systems of Knowledge Creation.
- FRISCHMANN, B. M.; MADISON, M. J.; and & STRANDBURG, K. J. (2014). "*Governing the Knowledge Commons*"

- Novas situações de direitos criadas por novas configurações e novos arranjos de DPIs – cipoal de patentes, *pools*, *creative commons*, inovação aberta etc. – colocam grandes desafios à aplicação da legislação tradicional – os sistemas de patentes e *copyrights*, principalmente -, que não dá conta da complexidade das novas configurações, ora protegendo demais (embora com ineficácia), ora de menos.
- O entendimento dessas situações a partir dos conceitos analíticos desenvolvidos por Calabresi et al. e por Ostrom *et al.* nos permite compreender melhor esses novos arranjos e – se acrescido de uma abordagem da análise econômica do direito (em que as funções e efeitos econômicos de cada tipo de direito sejam consideradas) pode resultar em formas jurídicas inovadoras para proteção de ativos intangíveis, capazes, inclusive, de dar conta dos efeitos concorrenciais da proteção de DPIs.

- 
- CALABRESI, G. & MELAMED, A.D. (1972). Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *In* Harvard Law Review, 85 (pp 1089-1128).
 - SCHLAGER, E. & OSTROM, E. (1992). Property-Rights Regimes and Natural Resources: a conceptual analysis. *In* Land Economics, 68(3):249-262.

Grata pela atenção.

leopardi@ie.ufrj.br

4.4. Property as a bundle of rights (Hess & Ostrom, 2005)

From the earlier classification (Schlager & Ostrom), the authors identify other faculties most relevant in regard to the digital knowledge commons:

	Powers/faculties associated with de right
Access	To enter a physical area and enjoy nonsubtractive benefits
Contribution	To contribute to the content
Withdrawal/extraction	To obtain resource units or products of a resource system
Removal	To remove one's artifacts from the resource
Management*/participation	To regulate internal use patterns and transform the resource by making improvements
Exclusion*	To determine who will have access, contribution, extraction and removal rights, and how those rights can be transferred
Alienation	To sell or lease management and exclusion rights

* Colective choice rights

OBS: each right may be held by the same or by different individuals or collectivities