

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

João Antônio Carrard Sitta

DIREITO AUTORAL E ECONOMIA

**Quando o sistema jurídico é um entrave à criação de novas
obras**

Porto Alegre

2014

JOÃO ANTÔNIO CARRARD SITTA

DIREITO AUTORAL E ECONOMIA

**Quando o sistema jurídico é um entrave à criação de novas
obras**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim

Porto Alegre

2014

JOÃO ANTÔNIO CARRARD SITTA

DIREITO AUTORAL E ECONOMIA

**Quando o sistema jurídico é um entrave à criação de novas
obras**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em 18 de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Cesar Viterbo Matos Santolim
Orientador

Professor Doutor Domingos Savio Dresch da Silveira

Professora Doutora Lisiane Feiten Wingert Ody

AGRADECIMENTOS

Sobretudo, à minha família pelo apoio incondicional a mim proporcionado não apenas na formação educacional, mas também no desenvolvimento humano, ético e emocional. À Marli, que não mediu esforços para que esse trabalho se desenvolvesse. Ao Julcemar, pelas palavras de conforto. Ao Pedro, pelas horas intermináveis de conselhos e conversas. À Gabi, pelo sempre fornecido apoio. À Dona Vilma e ao Seu Antenor, pela fé com que alimentam a família. Sem todos vocês nada disso faria sentido. Eternamente grato.

Aos mestres. Ao Professor Cesar Santolim, pela presteza com que conduziu a orientação deste trabalho, no pouco tempo que lhe coube. À Professora Lisiane Feiten Wingert Ody, pela constante solicitude e apoio fornecidos para a criação da disciplina de Propriedade Intelectual na nossa Faculdade. Ao Professor Fabiano Menke, pelo conhecimento transmitido acerca da matéria.

Aos companheiros de trabalho. Ao Dr. Milton Lucídio Leão Barcellos e ao Gustavo Bahuschewskyj Correa, pelo conhecimento transmitido no dia a dia do trabalho e pela oportunidade de contato direto com a matéria. Ao Yuri Mhurion Antunes e ao Lucas Ferrari, pelo compartilhamento e discussões de ideais valiosas para este trabalho.

Aos colegas e amigos que a faculdade me proporcionou. Aos participantes da “Confraria do Churrasco”, que me acompanharam desde o início da faculdade, e aos “ousados e alegres” colegas que tive o prazer de conviver de maneira mais assídua no último ano. Especialmente, ao Roberto Hepp, ao Marcio Furtado, ao Morgan Adami, ao Bruno Bitencourt Pedroso e ao Guilherme Seibert.

Por fim, aos amigos que a vida me proporcionou. Especialmente, aos marauenses do “Fugueta Bili Joel” e aos porto alegrensenses da “Tchurma da Costela”.

“Aquele que de mim recebe uma ideia, recebe instrução para si, sem diminuir a minha; como aquele que acende sua vela na minha, recebe luz sem me escurecer.”

Thomas Jefferson

RESUMO

O Direito Autoral é o ramo do Direito da Propriedade Intelectual que rege, entre outras, as obras de expressão, tais como livros, pinturas e músicas. Os bens intelectuais, em que pese serem tratados como privados, têm um caráter público: são em grande parte inesgotáveis e não excludentes. O Direito da Propriedade Intelectual responde garantindo aos criadores o monopólio de exploração sobre sua obra, podendo – assim – excluir os demais. Por isso, nota-se que há uma tendência na doutrina em reduzir a análise econômica do direito autoral na tensão entre “incentivos” e “acesso”. O argumento favorável à manutenção do sistema de direito autoral tem sido baseado na premissa de que os incentivos externos causados pela proteção jurídica são necessários para se produzir novas obras intelectuais. Entretanto, além deste benefício, a literatura de Direito e Economia identifica uma série de custos associados aos direitos de autor, como custos de proteção, busca de rendas, custos de criação e custos de transação. Por isso, é imprescindível em uma análise econômica levar em consideração que também há uma tensão entre “incentivo” e “custo de expressão”, que se modifica conforme a amplitude de proteção dos direitos autorais. Este estudo tem por objetivo entender os efeitos do direito de autor no bem-estar social, considerando, não só a tensão entre “incentivos” e “acesso”, mas também os custos gerados pelo sistema de direito autoral para a produção de novas obras, principalmente após a revolução digital. Não está claro se o direito de autor tem sido bem sucedido na criação de incentivos para a produção de novas obras. Entretanto, há fortes indícios de que o ele clama por uma mudança paradigmática.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual. Direito Autoral. Direito e Economia. Bens Públicos. Incentivo. Acesso. Custos de Transação. Eficiência. Bem-estar Social.

ABSTRACT

Copyright is the branch of Intellectual Property Law that governs, among others, works of expression such as books, paintings and songs. The intellectual goods, in spite of being treated as private, have a public character: they are largely inexhaustible and nonexcludable. The Intellectual Property Law responds giving creators the operating monopoly on his work and, than, the possibility of exclusion. Therefore, it is noted that there is a tendency in the doctrine in reducing economic analysis of copyright in the tension between "incentives" and "access". The argument for maintaining the copyright system has been based on the assumption that external incentives caused by legal protection are needed to produce new intellectual works. However, beyond this benefit, the Law and Economics literature identifies a number of costs associated with copyright, such as protection costs, rent-seeking, creation costs, and transaction costs. Therefore, it is essential in an economic analysis to note that there is also a tension between "incentives" and "cost of expression", which changes according to the extent of copyright protection. This study aims to understand the effects of copyright in social welfare, considering not only the tension between "incentives" and "access", but also the costs generated by the copyright system to the production of new works, especially after the digital revolution. It is unclear if the copyright has been successful in creating incentives for the production of new works. However, there are strong clues that it calls for a paradigmatic change.

Keywords: Intellectual Property. Copyright. Law and Economics. Public Goods. Incentive. Access. Transaction costs. Efficiency. Social Welfare.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
PARTE I	
1. A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	15
1.1. MOMENTO PRÉ-LEGISLATIVO.....	17
1.2. O SISTEMA DO COPYRIGHT.....	22
1.3. O SISTEMA DO <i>DROIT D'AUTEUR</i>	24
1.4. A APROXIMAÇÃO DO <i>COPYRIGHT</i> E DO <i>DROIT D'AUTEUR</i>	25
2. ECONOMIA APLICADA AOS DIREITOS DE PROPRIEDADE.....	27
2.1. NOÇÕES PRELIMINARES.....	27
2.2. ECONOMIA DO BEM ESTAR.....	29
2.3. TEORIA ECONÔMICA DA PROPRIEDADE.....	33
2.3.1. Teoria da barganha.....	34
2.3.2. O Teorema de Coase e os Custos de Transação.....	36
2.3.3. Bens Públicos.....	44
2.4. BENS PÚBLICOS, FALHA DE MERCADO E PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	45
PARTE II	
3. ECONOMIA APLICADA À PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	49
3.1. BENEFÍCIOS E CUSTOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	50
3.2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO AUTORAL	54
3.2.1. Duração e Escopo do Direito do Autor.....	64
3.2.2. Teoria da Escolha Pública.....	70
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	74
REFERÊNCIAS.....	76

INTRODUÇÃO

Não obstante desde muito dizerem respeito a setores importantes da sociedade, é visível a intensificação das discussões acerca dos bens criados intelectualmente nos últimos anos. Muito disso se deve ao fato de que os bens intelectuais passaram a ocupar um papel importante na construção e difusão do conhecimento humano, bem como no patrimônio das empresas, tornando-se, em muitas delas, o seu principal ativo.

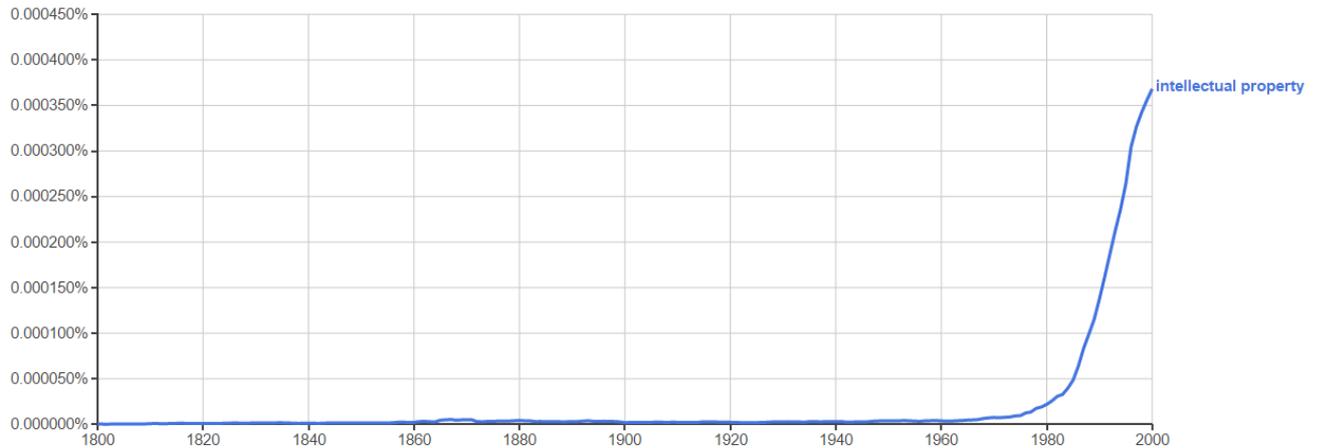
Para se ter uma ideia, em 1980, o PIB mundial representado pelo comércio de bens culturais era de US\$ 95 bilhões, atualmente representa US\$ 380 bilhões – quatro vezes mais, portanto. Em 1998, a propriedade intelectual já representava 20% do comércio mundial anual, o que significava na época aproximadamente US\$ 740 bilhões.¹

A relevância não é apenas econômica. Muitos estudos passaram a tratar do tema da propriedade intelectual e do direito autoral com mais frequência nos últimos anos. Em abril de 2013, a empresa Google estimava que havia em torno de 130 milhões de obras escritas no mundo, das quais, já havia digitalizado mais de 30 milhões para o seu acervo no Google Books², o que representa em torno de 23% do total das obras mundiais. O Google Books disponibiliza uma ferramenta chamada “*Ngram Viewer*”, que localiza a frequência com que qualquer termo aparece no texto das obras literárias e científicas do seu acervo no decorrer do tempo. O termo “*intellectual property*” teve sua incidência multiplicada por sete nas últimas décadas (figura 1) e o termo “*copyright*” quase triplicou do ano de 1960 até a atualidade (figura 2).

¹ PRANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora Fgv, 2009, p. 52.

² Disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/Google_Books. Acesso em: 20 nov.2014.

Figura 1 – Frequência com que o termo “*intellectual property*” apareceu em livros no decorrer dos anos.



Fonte: <https://books.google.com/ngrams>

Figura 2 – Frequência com que o termo “*copyright*” apareceu em livros no decorrer dos anos.



Fonte: <https://books.google.com/ngrams>

A era da informação tornou a discussão sobre direito autoral ainda mais complexa. A recente revolução tecnológica digital aliada à internet tornou viável que qualquer pessoa tenha acesso à rede mundial de computadores, podendo copiar, modificar e reproduzir obras de terceiros, a um custo insignificante e em escala gigantesca, sem que estes possam exercer o mínimo controle sobre seus ativos. Por isso, o papel do direito autoral na sociedade se intensificou. O comportamento da sociedade contemporânea tem desafiado a estrutura lógica e normativa dos direitos autorais.

A questão torna-se ainda mais complexa no que se refere ao que a sociologia do direito aponta como “exaustão paradigmática”. As categorias jurídicas forjadas pela doutrina do século XIX, da racionalidade lógico-formal, tornam a situação ainda mais difícil, de modo a se insistir em modelos analíticos exclusivamente jurídicos para a solução de problemas normativos. Assim, a ordem jurídica pura configura-se em um conjunto normativo ideal, que desacompanha a desordem real.³

Nesse contexto, um dos desafios imposto pelo novo comportamento da sociedade aos juristas é compreender as circunstâncias de fato completamente novas que se apresentam ao direito, ponderando quais as alternativas possíveis para a sua transformação. A análise econômica pode ser uma ferramenta útil para avaliar a pertinência do direito de autor no estágio em que se encontra e sugerir as possíveis modificações a serem promovidas a fim de lograr o funcionamento do sistema de maneira mais eficiente e aumentar o bem-estar social.

As manifestações artísticas sempre acompanharam o desenvolvimento da humanidade. A noção de que a criação possa ser imputada a um autor é quase tão antiga quanto o surgimento dessas manifestações. Entretanto, a partir de um intervalo específico na história passou-se a tutelar juridicamente os interesses econômicos voltados a produção de obras expressivas, atribuindo a elas patrimonialidade, assegurada por uma exclusividade jurídica. Assim, a quem o direito atribui a exclusividade do uso econômico de uma criação será assegurado poderes para obter proveitos econômicos de tal uso, podendo excluir os demais.⁴

Deste modo, por meio de um direito de exclusividade se visa compensar o autor pelo contributo criativo trazido à sociedade, e esta, por sua vez, aceita o ônus que representa a outorga de uma exclusividade. Como consequência, a liberdade de utilização dos bens expressivos fica restringida.

A ideia de que a ausência de proteção jurídica diminuiria os incentivos aos autores a criar novas obras mas que ao mesmo tempo beneficiaria o acesso do público a obras já existentes é o argumento mais difundido nas discussões trazidas pela doutrina até pouco tempo atrás. A problemática da proteção à criação de novas obras

³ LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 7-8.

⁴ BARBOSA, Denis Borges. Uma economia do Direito Autoral. In: BARBOSA, Denis Borges. **Direito de autor: questões fundamentais do direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 451

pelo direito autoral foi reduzida à tensão entre “incentivo” e “acesso”. Entretanto, com o grau de amadurecimento alcançado pelas doutrinas econômicas e jurídicas atualmente, esse argumento, sozinho, não se justifica de maneira convincente. É necessário um olhar mais profundo. Questões como custos de proteção, busca de rendas, custos de transação e custos de expressão, aumentados pelo nível de proteção atual do direito de autor, são relevantes.

No primeiro capítulo, apresenta-se algumas noções básicas de propriedade intelectual, necessárias para o desenvolvimento deste estudo, bem como se realiza uma breve análise histórica e cultural do momento em que se proporcionou o nascimento e o desenvolvimento dos direitos autorais. Inicialmente, a partir da criação da imprensa, nota-se o desenvolvimento do sistema inglês do *Copyright*, voltado à exploração patrimonial da obra, com a concessão de monopólios de impressão e desenvolvimento do comércio de livros. Posteriormente, no sistema francês do *Droit d'Auteur*, afirma-se a concepção moral do direito de autor, devido à difusão da concepção moderna de autoria. Observar-se-á, por fim, que, não obstante muitas vezes serem tratados como antagônicos, ambos sistemas mais se assemelham do que se diferem.

No segundo capítulo, tratar-se-á de noções básicas de microeconomia, como maximização, equilíbrio e eficiência, bem como da interação entre os três na busca pelo bem-estar econômico. Seguindo, aproximar-se-á a doutrina econômica aos direitos de propriedade material, de modo a entender como certas teorias econômicas, tais como a da barganha e o teorema de Coase, e os custos de transação influenciam os direitos de propriedade sob o ponto de vista da eficiência. Também, será feita uma análise dos bens públicos e privados na interação com os direitos de propriedade. E, por fim, buscar-se-á situar os bens intelectuais no âmbito jurídico e econômico.

No terceiro, e último, capítulo, buscar-se-á trazer os fundamentos econômicos da propriedade material aos bens de propriedade intelectual, a fim de perceber em que aspectos eles se assemelham, bem como em quais eles se distanciam. Logo após iniciar-se-á a análise econômica do direito de autor propriamente dita, buscando encontrar o seu nível ótimo de rendimento, sem deixar de destacar a dificuldade de obtê-lo em níveis concretos. Entretanto, apontar-se-á caminhos sugeridos pela doutrina para lograr um melhor rendimento geral do sistema. Por fim, destacar-se-á,

por meio da teoria da escolha pública, uma possível causa para a proteção do direito autoral chegar no estágio em que se encontra.

Ainda, em que pese muitos assuntos serem de aplicação ampla, a todas espécies de bens protegidos pelo direito autoral, a foco dessa análise econômica se limita aos bens de produção expressiva, isto é, ao livro, à música, à peça de teatro e assim por diante. Portanto, não trata esse estudo das formas jurídicas do direito autoral que servem para cobrir aspectos não expressivos, como, por exemplo, os programas de computador e as bases de dados.

PARTE I

1. A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Consoante a Convenção que Institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)⁵, de 1967, entende-se como Propriedade Intelectual os direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como, às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal, e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

Sobre esse rol exaustivo, percebe-se que a propriedade intelectual é um ramo do direito destinado à tutela de bem imateriais ou ativos intangíveis, sob o qual se situam, primordialmente, o campo da propriedade industrial e dos direitos autorais. Além destes, ainda pode-se citar direitos sobre bens imateriais de vários gêneros.⁶

As duas espécies do gênero “propriedade intelectual” mencionadas acima incidem sobre bens distintos: o direito autoral abrange não só a cultura em geral e o conhecimento humano, tais como obras literárias, científicas e artística, mas também os programas de computador; ao passo que a propriedade industrial recai sobre as patentes, as marcas, as indicações geográficas e os nomes de domínio, entre outros.

O que diferencia ambas categorias, segundo Ronaldo Lemos⁷, é o caráter utilitário, porquanto, por exemplo, a concessão de uma patente tem por objeto uma invenção que põe fim a um problema técnico e uma marca tem por finalidade a distinção de produtos ou serviços no mercado; enquanto os direitos autorais não são destinados a tutelar algum bem com aplicação necessariamente prática, servem para estimular o deleite humano, o encantamento. Aliás, é sobre esta última espécie que

⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Estocolmo que Institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, 14 julho 1967. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/WIPO-World-Intellectual-Property-Organization-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-de-Propriedade-Intelectual/convencao-que-institui-a-organizacao-mundial-da-propriedade-intelectual.html>>. Acesso em: 02 out. 2014.

⁶ BARBOSA, Denis Borges. **Tratado de propriedade intelectual**: Tomo I. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 7.

⁷ LEMOS, Ronaldo. **Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011, p. 3-6.

se pretende realizar aqui uma análise econômica mais detalhada, embora muitas vezes possa se referir no gênero “propriedade intelectual” sem se afastar do escopo principal; pois – ainda que cada espécie dos direitos intelectuais tenha características próprias que não devam ser ignoradas – percebem-se nítidas semelhanças entre a tutela do direito autoral e da propriedade industrial que permitem essa aproximação na análise.

Para efeitos desse estudo quando se refere à “propriedade intelectual”, adota-se o mesmo significado contido nos estudos de Landes e Posner⁸:

By “intellectual property” we mean ideas, inventions, discoveries, symbols, images, expressive works (verbal, visual, musical, theatrical), or in short any potentially valuable human product (broadly, “information”), that has an existence separable from a unique physical embodiment, whether or not the product has actually been “propertized,” that is, brought under a legal regime of property rights.⁹

Neste ponto, é cogente que se distinga a criação intelectual, que estará sob égide dos direitos de propriedade intelectual, e o suporte em que a criação se materializa, pois o bem intelectual tutelado, segundo Denis Borges Barbosa¹⁰, deve ser “destacado do seu originador, por ser objetivo, e não exclusivamente contido em sua subjetividade; tendo uma existência em si reconhecível em face ao objeto circundante”. Portanto, desde que expressa ou fixada em um meio físico - seja o ar de quem executou a música ao vivo, o livro de quem o publicou, o disco de quem o gravou, dentre outras - e não excluídas por lei¹¹, uma criação intelectual é passível de proteção jurídica na esfera dos direitos de propriedade intelectual.

⁸ LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Cambridge, Massachusetts, and London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p. 1.

⁹ Tradução livre: “Com o termo ‘propriedade intelectual’ nos referimos a ideias, inventos, descobertas, símbolos, imagens e obras expressivas (orais, visuais, musicais ou teatrais) ou, resumidamente, qualquer criação humana potencialmente valiosa (em termos gerais, “informação”) cuja a existência é autônoma do suporte material no que expressa, independentemente de ser submetida ao regime legal de propriedade intelectual.”

¹⁰ BARBOSA, Denis Borges. **Tratado de propriedade intelectual**: Tomo I. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 44.

¹¹ O artigo 8º da Lei dos Direitos Autorais nos traz um rol de objetos incorpóreos que não são protegidas pelo direito autoral.

A distinção entre o bem corpóreo - chamado de *corpus mechanicum* - e bem incorpóreo ou imaterial – conhecido como *corpus mysticum* - possui relevância para determinação do objeto sob o qual se atribui as consequências jurídicas da norma de direito autoral, que protege a criação imaterial, e não o meio físico em que ela se expressa, este estaria simplesmente tutelado pelo direito comum, concernente à propriedade material. Assim, o exercício do direito autoral não recai sobre o *corpus mechanicum* da obra, como um livro ou um disco, mas sim sobre o conteúdo nele constante, o *corpus mysticum*.¹²

Tratando-se do objeto específico deste estudo, afirma-se que o direito autoral possui fundamentalmente dois aspectos. O primeiro é o moral, ligado aos direitos de paternidade, de integridade, de modificação, de divulgação da obra pessoal, entre outros. Sua tutela está positivada no direito privado, mas embasado em princípios constitucionais, originados do direito público. O segundo é o patrimonial, que diz respeito ao uso, à fruição e disposição do bem, características relacionadas à titularidade legal atribuída ao autor que lhe confere a possibilidade de exploração econômica da obra. Portanto, ligado ao direito privado¹³.

Entretanto esta concepção dualista nem sempre existiu, o direito autoral passou por um longo processo de amadurecimento doutrinário, que está longe de ser unânime. Aliás, o direito autoral como conhecemos nem sempre existiu e possui data e certidão de nascimento bem delimitados. Para se entender este processo, torna-se fundamental analisar o contexto em que surgiram e como se comportam as duas principais correntes que embasaram a concepção atual do direito autoral.

1.1. MOMENTO PRÉ-LEGISLATIVO

Embora as obras artísticas e literárias, frutos da criação humana, existam desde os mais remotos registros pré-históricos, o reconhecimento dos direitos autorais

¹² BARBOSA, Denis Borges. Op., cit., 51-53.

¹³ Para uma análise pormenorizada da natureza dos direitos de propriedade intelectual vide GAMA CERQUEIRA, João da. **Tratado da Propriedade Industrial: Da Propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos**. Vol.I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012,, p. 47-98.

propriamente dito só é admitido por legislações na Modernidade, após o Renascimento.

Embora sejam sempre relativas as certezas históricas, segundo a professora Carla Eugenia Caldas Barros¹⁴, pode-se afirmar que a autoria de obras artísticas e literárias começou a ser atribuída na Grécia Antiga como reconhecimento e admiração aos talentos do criador, e não como um direito patrimonial concedido aos autores. Portanto, o fundamento de tal proteção consubstanciava-se no *jus naturalis*, restando ao plagiador apenas sanções morais costumeiras da sociedade, como a exclusão dos meios intelectuais, sem qualquer penalização. Em Roma, do mesmo modo, as prerrogativas dos autores se baseava no direito natural, sendo-lhes reconhecida a autoria de seus bens e respeitadas a paternidade e a fidelidade ao texto original. Curioso notar que os autores, tanto em Roma quanto na Grécia, nada recebiam pela “publicação” e reprodução das suas obras por meio de cópia manuscrita – apenas os escribas eram remunerados pelo seu trabalho. Eles eram frequentemente sustentados por seus patronos.

Segundo Peter Yu¹⁵, no século IV, o comércio de livros em Roma entrou em colapso, devido a dois fatores principais: a decisão do imperador Constantino para mover a capital do Império para Bizâncio e, sobretudo, o crescente poder e influência da Igreja. Autores pagãos e seus manuscritos foram deixados de lado e começaram a entrar em decadência. Entretanto, há de se destacar, durante toda a Idade Média, o importante papel dos monges na preservação de obras da antiguidade, reproduzindo a literatura herdada dos autores clássicos anteriores, muito embora tais obras não saíssem dos mosteiros.

Por volta do século XII, as cidades emergiram e os conglomerados urbanos se desenvolveram. As escolas gradualmente se tornaram independentes da Igreja e as primeiras universidades foram formadas a partir de guildas de estudantes e leituras. “Como resultado do desenvolvimento da cultura, a demanda por livros aumentou drasticamente, e um grande número de novos textos apareceram.”¹⁶ O número de

¹⁴ BARROS, Carla Eugenia Caldas. **Manual de Direito da Propriedade Intelectual**. Aracaju: Evocati, 2007, p.467-468.

¹⁵ YU, Peter. **Of Monks, Medieval Scribes, and Middlemen**. Michigan State Law Review, 2006, p. 1-30. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=897710>. Acesso em: 20/08/2014.

¹⁶ YU, Peter. Op., Cit., p. 8.

escribas também aumentou drasticamente, e uma indústria começou a emergir como uma profissão.

Aliás, a dificuldade de reprodução das obras não indicava problemas a exigir qualquer tipo de regulamentação, a cópia dava-se exemplar a exemplar, mediante o lento processo de transcrição manual pelos escribas em um suporte físico, e sua comercialização era feita por livreiros. Portanto, incidência das regras gerais da propriedade comum era suficiente à tutela das criações intelectuais.

A situação altera-se com o surgimento de um invento que modificou o curso do pensamento e do conhecimento humano: a prensa de tipos móveis de Gutemberg. O salto qualitativo e quantitativo do meio técnico para reprodução de novas obras literárias permite ganhos de produtividade em face ao meio anterior, importando ainda diminuição de custos e aumento da qualidade, situação que talvez só tenha sido superada pelo advento da internet. O que antes era feito manualmente, exemplar a exemplar, em um tempo maior e custo de produção marginal elevado, passa a ser feito mecanicamente, em quantidade exponencial, em um tempo reduzido e por um custo marginal mais baixo.

A imprensa de Gutemberg acabou por liberar a produção literária de seu modelo de artefato, isto é, o que antes era intrinsecamente ligado apenas ao *corpus mechanicum*, dele passa a separar-se devido à possibilidade de cópias múltiplas do mesmo original, o que criou um novo modelo de produção vigente e expressiva.¹⁷

Neste contexto, “o controle e emprego dos meios dos meios técnicos importam na instituição de uma categoria econômica profissional distinta da do criador da obra”¹⁸: o editor. Observa-se que o papel assumido pelo editor na mediação entre o criador e o produtor não é simplesmente passivo, atua de forma deliberada objetivando a maximização do retorno de mercado, e não exatamente a eficácia cultural ou política da criação.

¹⁷ BARBOSA, Denis Borges. Uma economia do Direito Autoral. In: BARBOSA, Denis Borges. **Direito de autor**: questões fundamentais do direito de autor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 449-535

¹⁸ BARBOSA, Denis Borges. Op., Cit., p. 468.

Conclui o Professor Denis Borges Barbosa: “Assim, o modelo tecnicamente mediado se soma ao sistema de *funding* de mercado, para completar um sistema específico, que – como veremos - vem demandar uma ordem jurídica específica”¹⁹.

A atividade lucrativa do novo modelo de negócio ensejada pelo invento da imprensa acaba por determinar o interesse do legislador. Conforme nos ensina José de Oliveira Acensão²⁰, a proteção não se estabelece inicialmente em proveito dos autores, mas sim dos editores. A estes eram atribuídos privilégios de impressão, na categoria de monopólio, a fim de proteger os investimentos realizados da atividade dos concorrentes.

Assim, o surgimento da imprensa ilustrou novos direitos legais, ou privilégios, criados como uma resposta à eclosão de novas tecnologias de reprodução, e – embora não tenha resultado diretamente na criação dos direitos autorais como conhecemos – deu causa à criação de um direito exclusivo²¹, sendo o embrião de um dos dois grandes sistemas de direito autoral hoje aceitos, que serão estudados a seguir.

Ao contrário do que nos fazem acreditar alguns manuais de propriedade intelectual, não se deve atribuir à invenção da imprensa a totalidade das condições necessárias para o florescimento do direito de autor, pois há um intervalo de quase trezentos anos entre a invenção da imprensa, no século XV, e a primeira lei sobre a matéria, o *Statute of Anne*, nascido na Inglaterra em 1710. Mizukami²² cita quatro principais causas para o surgimento dos direitos autorais: 1) a invenção da imprensa; 2) o desenvolvimento do comércio de livros; 3) difusão da concepção moderna de autoria; e 4) o *ambiente cultural* da época.

Devido à facilidade de produção de livros proporcionada pela imprensa, houve a expansão e consolidação de um intenso comércio de livros, causa direta para criação de um sistema de direito de autor²³. Portanto a facilidade de reprodução de livros, por si só, não foi suficiente para o desenvolvimento de uma legislação

¹⁹ BARBOSA, Denis Borges. Op., Cit., p. 471.

²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 13.

²¹ YU, Peter. **Of Monks, Medieval Scribes, and Middlemen**. Michigan State Law Review, 2006, p. 1-30. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=897710>. Acesso em: 20/08/2014.

²² MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. **Função Social da Propriedade Intelectual**: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88. 2007. 537 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

²³ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Op., Cit., p. 230-231.

específica de direitos autorais, foi necessário que se estabelecesse um comércio do livro, gerido por práticas competitivas – e anticompetitivas – que direcionassem os produtores dos livros à procura de proteção dos seus investimentos iniciais, primeiramente por meio de privilégios, posteriormente por meio da positivação de normas de direito de autor.

Até este momento, um direito de reprodução exclusivo era inexistente e o ambiente no mercado era altamente competitivo:

Editores e impressores rivais reproduziam obras uns dos outros sem encontrar qualquer obstáculo, independentemente de terem arcado ou não com os investimentos iniciais. Na inexistência de um regime específico para a proteção dos interesses empresariais tendencialmente monopolistas, em um mercado cada vez mais competitivo, impressores passaram a procurar proteção a seus investimentos iniciais no único instrumento disponível na época: **privilégios**, pleiteados de diversas autoridades.²⁴

O terceiro fator relevante para a formação de um sistema legislativo de direito de autor - além da criação de imprensa e do desenvolvimento do comércio de livros - foi a difusão de uma concepção moderna do autor, na qual “o autor é tido como criador original de uma obra, expressão de sua personalidade e portanto digna de proteção e passível de apropriação”²⁵. Tais doutrinas da visão romântica do autor, desenvolvidas na Inglaterra, França e Alemanha foram fundamentais para elaboração de um novo conceito de autor, compatível com a ideia de autoria que se estabelece no período moderno.

Cabe pontuar ainda que as novas concepções de autoria contribuíram para sustentar o exercício de uma nova profissão do autor autônomo e criar a ideia de propriedade literária. Nesse momento, devido ao fortalecimento do público leitor e à expansão do comércio de livros, os autores vislumbraram a oportunidade de se tornarem independentes do sistema de mecenato e escrever diretamente para o mercado²⁶. Para que isso ocorresse, fez-se mister alterar a concepção anterior de

²⁴ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Op., Cit., p. 238

²⁵ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Op., Cit., p. 231

²⁶ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Op., Cit., p. 241

autoria para tornar também o autor titular do direito de propriedade sobre a sua criação.

Por fim, o ambiente cultural foi fator relevante para o desenvolvimento de um sistema legislativo, pois “não fosse a conjuntura cultural – política, social, intelectual, económica – da Europa dos séculos XV a XVIII, um estudo como o presente não existiria, porquanto as próprias tradições do *copyright* e do direito de autor não teriam se desenvolvido.”²⁷

1.2. O SISTEMA DO COPYRIGHT

A introdução da imprensa na Inglaterra por William Caxton, em 1476, possibilitou o fortalecimento paulatino do comércio de livros, que, por sua vez, despertou o interesse de alguns grupos econômicos. O ofício de impressor ganhou destaque em solo inglês e, em 1557, a classe, de forma bem organizada, recebeu a chamada *Royal Charter* e transformou-se na *Company of Stationers of London*²⁸.

Teve início, assim, uma parceria que durou longos anos entre a Coroa e a Stationer’ Company: os *stationers* se asseguravam de que as políticas oficiais de censura eram cumpridas à risca, enquanto a Coroa assegurava aos *stationers* monopólio sobre o comércio do livro. A Charter, com efeito concedeu aos *stationers* exclusividade na atividade de imprimir, além de poderes nacionais de regulação. Impressores fora da corporação acabavam inevitavelmente sendo incorporados e submetidos à autoridade do corpo legiferante e judicante da companhia, a Court of Assistants.²⁹

Portanto, em um ambiente sustentado pelo monopólio de exploração dos *stationers* concedido pela Coroa Inglesa a fim de garantir efetividade às normas de censura, surge um instrumento de regulação corporativo, o *stationer’s copyright*, que garantiu durante muito tempo um poderoso monopólio no comércio de livros exercido

²⁷ Nota-se que na China, por exemplo, berço da imprensa de tipos móveis, a pesar de ter havido um grande desenvolvimento do comércio de livros, não se usou dos mesmos instrumentos jurídicos ocidentais. O direito exclusivo de reprodução que cria escassez artificial no mercado, não encontrou o mesmo respaldo no ambiente cultural chinês, pelo contrário: a cultura chinesa tem no ato de copiar um grande elogio, uma honra, sendo a herança cultural propriedade pública e coletiva, cabendo aos autores a transmissão do que foi herdado culturalmente. MIZUKAMI, Op., Cit., p. 233-234.

²⁸ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Op., Cit., p. 252.

²⁹ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Op., Cit., p. 252.

pela Stationers' Company³⁰. Assim, estabeleceu-se uma relação simbiótica entre a Coroa Inglesa e as Stationers' Company, pois aos *stationers* – de um lado – mostrou-se conveniente aceitar os poderes concedidos pela Cora, a fim de garantir o monopólio da Corporação no comércio de livros, e à Coroa – de outro lado – mostrou-se efetivo controlar o fluxo de ideias por meio da concessão de poderes essenciais à apenas uma corporação³¹.

Frisa-se, ainda, que nesse momento o *stationer copyright* era atribuído apenas à Corporação e exercido por seus membros. Os autores, por sua vez, continuavam alheios a este sistema.³²

Durante o longo período que essas companhias gozaram do direito de exclusividade para a impressão dos livros, houve várias ameaças de perda de monopólio. O último embate foi marcado pela argumentação econômica do interesse público e bem-estar social, alegando que a perda do monopólio e exclusividade na publicação de livros desestimularia os escritores a produzirem novas obras, o que seria socialmente indesejado³³.

Objetivando extinguir o monopólio das editoras, lentamente a pretensão de proteção do autor vai ganhando corpo, alcançando a consagração quando o Parlamento inglês decide aprovar o Estatuto da Rainha Ana, em 1710 - conhecido também como *Copyright Act* inglês³⁴. Diferentemente da prática anterior do *stationers' copyright*, criou-se um direito de reprodução em favor dos autores. Ainda hoje esta é forma que reveste a proteção do direito de autor nos países anglo-americanos³⁵.

Cumprido frisar, entretanto, que – mesmo após a transferência do beneficiado do direito de exclusividade de exploração da obra na figura do autor – os editores continuavam protegidos indiretamente, pois o *Statute of Anne* permitia que os autores cedessem aos editores esses direitos³⁶. Assim, constata-se que a aprovação pelo parlamento desse diploma legal é apenas um marco divisor entre os sistemas formais

³⁰ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Op., Cit., p. 252.

³¹ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Op., Cit., p.256

³² MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Op., Cit., p. 253.

³³ NUNES, Simone Lahorgue. Direito Autoral, direito antitruste e princípios constitucionais correlatos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 3.

³⁴ NUNES, Simone Lahorgue. Op., Cit., p. 3.

³⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 13.

³⁶ NUNES, Simone Lahorgue. Op., Cit., p. 4

e informais na história do direito de autor, porquanto em realidade permite a continuidade da regulação do comércio de livros, uma vez que os direitos concedidos ao autor, são então transferidos ao editor³⁷

1.3. O SISTEMA DO *DROIT D'AUTEUR*

De modo distinto ao que ocorreu na Inglaterra, com as Stationers' Company, os franceses não desenvolveram um direito de autor corporativo³⁸. Entretanto, de modo distinto, na França, os autores se organizaram em grupos de pressão, o que daria o tom à evolução do sistema do *droit d'auteur*, tanto é que a primeira iniciativa legislativa de proteção autoral ocorreu devido à articulação lobista de dramaturgos, em 1791, e posteriormente, e, 1793, foi estendida às demais classes de autores.

A tradição francesa do direito autoral caracteriza-se pelo regime de direitos morais do autor ser colocado ao lado dos direitos patrimoniais. Tal abordagem não surgiu abruptamente, foi fruto de um longo processo de discussão jurisprudencial e legislativa até que uma doutrina de direitos morais surgisse como tradição³⁹. Portanto, na França, como reflexo do que também ocorria na Inglaterra, o início da proteção dos direitos autorais é marcado por um nítido caráter patrimonialista. O que importa na transição de um regime de privilégios de impressão concedidos inicialmente a um grupo empresarial de editores e posteriormente a ao autor é o direito patrimonial, por isso a sua precedência histórica em relação aos direitos morais⁴⁰.

Na França, ao fim e ao cabo, prevalece-se um sistema dualista aceitando, de um lado, a concessão de um direito patrimonial cujas características permitem a plena alienabilidade do seu componente patrimonial em um prazo limitado de tempo (assim

³⁷ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Op., Cit., p.258.

³⁸ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Op., Cit., p.266-267.

³⁹ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Op., Cit., p.268.

⁴⁰ Cabe aqui uma crítica à literatura autoralista, de que os países que seguem a tradição de direitos do sistema francês são mais sensíveis à atividade criativa do autor e menos influenciados pelo mercado. Na realidade não há diferença alguma entre as duas tradições no surgimento do seu caráter patrimonial: "O artifício retórico de se utilizar o autor como escudo para obtenção de direitos que, em essência, são editoriais [...]. O componente patrimonial, transacional como é, acaba sustentando a proliferação de modelos de negócios que tendem à concentração de poder econômico de mercado na mão de um grupo reduzido de autores [...]. O componente moral, por mais importante que seja, acaba servindo como verniz simbólico que se aplica sobre o componente material, ocultando a verdadeira natureza dos direitos autorais." MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Op., Cit., p.269.

como ocorre no *copyright* inglês) e, de outro lado, a existência de um direito moral cujas características são a perpetuidade, a imprescritibilidade e a inalienabilidade⁴¹.

1.4. A APROXIMAÇÃO DO *COPYRIGHT* E DO *DROIT D'AUTEUR*

A evolução histórica no direito autoral destacou dois macrosistemas no direito autoral, que – não obstante serem tratados frequentemente com distinção e, por vezes, como opostos – possuem muitas características convergentes. Como visto, de um lado teríamos o *Droit d'Autor*, de origem francesa, com aplicação, entre outros locais, na Europa Continental e na América Latina, de outro, o *Copyright*, tradicional nos Estados Unidos, na Inglaterra e nos demais países da *Common Law*.

A fundamentação do sistema *Copyright* seria em tese utilitarista, voltado principalmente aos aspectos comerciais das obras e às questões de interesse público. O sistema do *Droit d'Autour*, por sua vez, teria uma fundamentação jusnaturalista, sendo o autor e suas obras o objetivo principal da sua proteção⁴².

Conforme pontua Luis Gustavo Minatti⁴³, diante dessas diferenças, questiona-se se seria plausível a análise da *Law and Economics* – cuja tradição se estabelece justo nos países de tradição da *Common Law*, onde o *Copyright* prosperou – de um sistema cujas bases são na realidade do Direito Civil Continental, o *Droit d'Autour*. Entretanto percebe-se que os sistemas são muito mais semelhantes do que diferentes.

Em que pese as diferenças da fundamentação terem sido bastante relevantes na época do surgimento de ambos os sistemas, percebe-se que a harmonização por meio do direito internacional tem modificado tal situação. Embora de tradições distintas, as diferenças são mais teóricas do que práticas.⁴⁴

⁴¹ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Op., Cit., p.270-271.

⁴² MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Op., Cit., p. 225.

⁴³ MINATTI, Luis Gustavo. Análise Econômica do Direito de Autor E Impactos Da Pirataria. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 2 (2013), nº 2. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Alameda da Universidade. 1649-014 Lisboa. Portugal

⁴⁴ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Op., Cit., p. 226.

Com a internacionalização de estratégias de implementação dos direitos autorais, muitas diferenças têm sido relativizadas em busca por um ponto de convergência formal de ambos os sistemas. Por exemplo, as formalidades, características do sistema de *Copyright*, foram abolidas da Convenção de Berna, da qual os EUA são signatários. De outra banda, a resistência dos países de tradição do *copyright* em proporcionar a proteção aos direitos morais é mitigada, uma vez que estes direitos têm importância retórica em larga medida, sendo seu valor mais simbólico do que efetivo, diante da importância dada aos direitos patrimoniais⁴⁵.

Portanto, pode-se dizer que – ainda que possuam pequenas diferenças – ambas as tradições caminham no mesmo sentido, pois, em última análise, são guiadas primordialmente pelo mercado, pela tecnologia e por setores de interesse, e não pela fundamentação filosófica ou pela família de sistema jurídico à que se filia.⁴⁶

Diante dessas considerações, é nítido que os preceitos basilares da economia se aplicam tanto a um quanto a outro sistema, pois – em que pese a fundamentação e a origem de ambos serem distintas em parte – há uma efetiva aproximação entre as duas tradições.

Assim, pode-se afirmar que na medida em que os direitos patrimoniais são o denominador econômico comum entre ambos sistemas e que os resultados práticos alcançados por eles são semelhantes, sendo os direitos morais um artifício predominantemente retórico na análise econômica, trataremos o termo direito de autor e suas variantes como gênero indistintamente, englobando suas duas espécies, o *copyright* e o *droit d'autour*.

⁴⁵ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Op., Cit., p. 226-227.

⁴⁶ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Op., Cit., p. 227-228.

2. ECONOMIA APLICADA AOS DIREITOS DE PROPRIEDADE

2.1. NOÇÕES PRELIMINARES

Considerando-se que a análise econômica do direito recorre aos princípios da microeconomia, verifica-se pertinente – dada a complexidade que a matéria pode apresentar principalmente aos estudantes de Direito – a análise de conceitos básicos econômicos, fundamentais para o entendimento global do estudo aqui proposto. Não se pretende, todavia, analisar todos os assuntos da microeconomia pertinentes ao estudo econômico do direito, tampouco esgotar qualquer tópico abordado, mas fornecer subsídios suficientes que ensejem a compreensão do tema.

Em um mundo condicionado pela escassez, pode-se entender economia como, na visão de Ludwig Von Mises, a organização dos conhecimentos possíveis sobre a ação humana proposital, para obtenção de certos fins⁴⁷. A condição da escassez induz uma busca pela eficiência.

Segundo Cooter⁴⁸, três conceitos são fundamentais para entender o comportamento dos agentes econômicos, que implicam a interação coordenada de diferentes ações humanas: maximização, equilíbrio e eficiência. Por maximização entende-se escolher a melhor alternativa que as restrições permitem, isto é, maximizar a função utilidade dependendo da restrição de viabilidade. O equilíbrio, por sua vez, seria o resultado do comportamento maximizador dos indivíduos, ou grupos, em conjunto, a menos que seja perturbado por forças externas. Há uma tendência de que a interação dos comportamentos individuais tende a um ponto de repouso, a um equilíbrio, mesmo que em sua finalidade elas não busquem o equilíbrio como resultado. Por fim, em uma relação dos recursos empregados e resultados obtidos, a eficiência pode ser entendida como a (a) capacidade de gerar certa quantidade de produção usando uma quantidade de insumos de custo menor, ou (b) a impossibilidade de gerar uma produção maior usando a mesma combinação de insumos.

⁴⁷ MISES, L. V. *Human Action*, Laissez Faire Books; 4th Rev Edition, p. 3, *apud* BARBOSA, Denis Borges. *Op., Cit.*, p. 3.

⁴⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.35-36.

No mercado microeconômico pode-se dizer que temos duas forças principais: de um lado os consumidores, que buscam a maximização da utilidade e, de outro, os produtores, que buscam a maximização do lucro. Essa relação de maximização, tanto de utilidade quanto de lucro, pressupõe a busca por um nível ótimo econômico nas tomadas de decisões.

O nível ótimo econômico na tomada de decisão pode ser descrito como o ponto em que o custo marginal se iguala ao benefício marginal⁴⁹. Supõe-se, que na busca da maximização do resultado das decisões, o tomador delas se proponha a aumentar levemente o que ele estiver fazendo acima do seu nível inicial. Para concretização dessa pequena modificação em relação ao nível inicial haverá um custo associado, chamado de *custo marginal*. Haverá também um benefício derivado de fazer ou ter mais do que ele está tentando maximizar. O benefício resultante desse pequeno aumento se chama benefício marginal.

Tem-se, então, que o nível ótimo econômico, ou seja, o nível máximo do tomador de decisão acontece quando:

O tomador de decisões perceber que está se saindo melhor nesse novo nível, em comparação com o nível inicial, desde que o *benefício marginal* do pequeno aumento seja maior do que o *custo marginal* da mudança. Ele continuará fazendo esses ajustes pequenos, ou marginais, enquanto o benefício marginal exceder o custo marginal, e deixará de fazer mudanças quando o custo marginal da última mudança feita for igual ao (ou maior do que o) benefício marginal. Esse nível é o máximo do tomador de decisões.⁵⁰

Nota-se que a busca pelo nível ótimo econômico acontece tanto na esfera da demanda pelo consumidor, buscando a maximização da utilidade em função de suas restrições, quanto na esfera da oferta pelas empresas, buscando – por sua vez – a maximização dos lucros em função das restrições estabelecidas pela demanda dos consumidores e pela tecnologia de produção.

Em um mercado perfeitamente competitivo – em que a quantidade de empresas ofertantes seja suficiente para não influenciar o preço de mercado a partir de suas decisões individuais, assim como a quantidade de consumidores seja também

⁴⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., p.45.

⁵⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., p.46.

suficiente a ponto de não influenciar o mercado a partir de decisões individuais de maximização da utilidade –, a interação entre a oferta e a demanda tende a criar um equilíbrio entre o preço e a quantidade⁵¹. Neste ponto de equilíbrio, as decisões dos consumidores e dos fornecedores são consistentes.

Por outro lado, em outro extremo da estrutura do mercado, onde há apenas um fornecedor, de modo que a empresa e o mercado se confundem, tem-se um mercado monopolístico. Cooter⁵² afirma que um monopólio só pode existir se houver barreiras que inviabilizem a entrada de empresas concorrentes no mesmo mercado. Essas barreiras, em geral, podem ser de duas ordens: (1) de condições tecnológicas de produção – conhecidas como economias de escala; e (2) de restrições legais à entrada de concorrentes. O primeiro caso acontece quando uma empresa já estabelecida no mercado possui vantagens que inviabilizam a entrada de outra de forma competitiva. No segundo caso, encontram-se, por exemplo, os direitos de propriedade intelectual, justamente o escopo da análise econômica pretendida neste estudo, que garantem ao seu detentor a exclusividade de exploração da obra no mercado por um tempo determinado.

2.2. ECONOMIA DO BEM ESTAR

A forma como as decisões de muitos indivíduos e empresas interagem e afetam o bem-estar dos indivíduos como um grupo é estudada na teoria microeconômica como a economia do bem-estar⁵³. Por ser um tema que aborda como as decisões individuais podem afetar a coletividade na busca pelo bem-estar social em uma realidade condicionada à escassez, grandes questões sobre as políticas públicas são enfrentadas aqui.

Para Mankiw⁵⁴, o excedente do consumidor e o excedente do produtor são os instrumentos básicos que para estudar o bem estar dos compradores e dos vendedores em um mercado. O excedente por parte do consumidor seria a disposição

⁵¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., p. 51.

⁵² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., p. 52.

⁵³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit. p. 60.

⁵⁴ MANKIW, Gregory N. **Princípios de Economia**. 2. ed. Madrid: Mcgraw-hill Interamericana de España, 2002.

de um comprador a pagar por um produto menos a quantidade que ele realmente paga, ao passo que, por parte do produtor, o excedente seria a quantidade que ele recebe por um bem menos o custo para produzi-lo. A soma desses dois excedentes é o chamado excedente total, que, por sua vez, seria lógico utilizá-lo como medida do bem estar econômico da sociedade.

Se uma alocação dos recursos disponíveis maximiza o excedente total, mostra-se eficiente. A eficiência é a propriedade da designação dos recursos por meio da qual se maximiza o excedente total que recebem todos os membros da sociedade. Frisasse que ainda não se está falando em equidade de distribuição do bem-estar social, e sim na equidade de distribuição dos recursos entre os compradores e vendedores. Pois, falar-se em equidade geral é supor a distribuição justa do bem-estar entre os membros da sociedade.

Os estudos da microeconomia moderna têm se debruçado nas condições sob as quais as decisões independentes dos consumidores, maximizadores da utilidade, e das empresas, maximizadoras do lucro, tenderão a um equilíbrio espontâneos no mercado. O equilíbrio da oferta e da demanda maximiza a soma do excedente do consumidor e do produtor, e o resultado deste equilíbrio seria a alocação eficiente dos recursos. Essa condição é conhecida como equilíbrio geral⁵⁵.

Entretanto o equilíbrio geral provocado pela interação entre oferta e demanda só será alcançado em um mercado perfeitamente competitivo⁵⁶, isto é, quanto as forças competitivas igualarem o benefício marginal ao custo marginal no mercado para cada mercadoria e serviço. Como se pode perceber, não obstante se observa essas condições em certos mercados, é improvável que ocorra em todas as situações no mundo real. Entretanto, nos casos em que essas condições não são atendidas, ou seja, onde não se observa a ocorrência do equilíbrio geral pela interação livre entre os consumidores e os produtores, os teoremas de eficiência servem como um referencial para avaliar as deficiências do mercado e nortear as ações das políticas públicas⁵⁷.

⁵⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., p. 60.

⁵⁶ MANKIW, Gregory N. Op., Cit.

⁵⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., p.61.

Quando a alocação dos bens e serviços pelo mercado não é eficiente, se está diante de uma falha de mercado. Trata-se de um fenômeno que impede que a economia alcance um estado de bem-estar social por meio do livre mercado, então – de modo geral – faz-se necessária a intervenção de agentes externos a fim de corrigir essa imperfeição. Cooter⁵⁸ elenca quatro fontes de falha de mercado: (1) monopólio e poder de mercado; (2) assimetrias informacionais graves; (3) externalidades; e (4) bens públicos.

No monopólio, o benefício marginal e o ganho marginal são distintos. A combinação da produção maximizadora de lucro e do preço do monopolista acontece em um patamar em que o preço de venda excede o custo marginal de produção. Por isso, o preço elevado e quantidade baixa do produto ou serviço fornecidos fica aquém do ponto de equilíbrio eficiente. Nestes casos as políticas públicas podem agir de modo a substituir a situação monopolística pela concorrência, por meio de leis antitrustes, ou regulamentar o preço cobrado pelo monopolista, situação que ocorre nos monopólios naturais, como por exemplo nas concessionárias de serviços públicos, em que o governo permite a existência do monopólio, mas regulamenta seus preços.

A segunda ocorrência de falha de mercado ocorre quando há assimetria de informações entre as partes envolvidas numa troca. Por exemplo, muitas vezes os vendedores sabem mais sobre a qualidade dos bens do que os compradores. No caso da venda de um imóvel, o vendedor terá conhecimento dos possíveis defeitos do bem. Em decorrência disso o mercado pode funcionar de maneira ineficiente, de modo a levar o comprador a pagar demais por algo que na realidade custaria menos ou, até mesmo, deixar de comprar por receio de que haja algum defeito latente. Neste caso cumpre ao estado garantir mecanismos que tendam encontrar um ponto de equilíbrio para a situação, como exigir que os vendedores divulguem eventuais defeitos no bem aos possíveis compradores, sob pena de responsabilização para correção desses defeitos.

A terceira falha de mercado ocorre quando da presença das chamadas externalidades. Elas ocorrem quando os custos ou os benefícios de uma troca se refletem em uma parte que não está diretamente envolvida no negócio. Exemplo

⁵⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., p.61-64.

clássico de externalidade é custo gerado pela poluição de uma indústria na produção de um produto, que ficará sob encargo da sociedade e não apenas dos envolvidos na troca. Há, além do custo externo, o benefício externo, em que uma parte alheia à relação de troca se beneficia dela. Um exemplo de externalidade de benefício é a polinização que um apicultor oferece a alguém que tenha um pomar de maçãs nas redondezas

Por fim, a quarta falha de mercado acontece com os bens públicos⁵⁹. Um bem público em sentido econômico é o não rival – quando o consumo de uma pessoa não diminui a possibilidade de consumo de qualquer outra pessoa – e não excludente – quando há a impossibilidade ou a grande dificuldade de impedir alguém de usufruir do bem. Pode-se citar aqui o exemplo da defesa nacional, e ela fosse oferecida por uma empresa privada poucos se interessariam em pagar, pois seria impossível proteger apenas uma parcela da população, os que pagariam pelo serviço, e seria muito difícil também excluir os que optassem por não contratar o serviço.

Por essa razão, quando há a produção de um bem público por fornecedores privado, nota-se a ocorrência do fenômeno do *free riders* (ou “caroneiros”), eles esperam se beneficiar do pagamento feito por outra pessoa sem qualquer custo para si próprio. O problema destes casos, residem na característica intrínseca do bem público: a dificuldade de excluir beneficiários não pagantes.

Aqui reside um dos pontos chaves, que será estudado a fundo mais adiante, na análise econômica do direito autoral, pois os bens de propriedade intelectual possuem as características intrínsecas do bem público (não rivalidade e não exclusividade). “Tendendo inexoravelmente à dispersão de seu conteúdo informacional, eles têm um vício incorrigível de escorregar para a categoria de bens públicos. Todo mundo copia e usa.”⁶⁰

⁵⁹ Frisa-se aqui que trata-se de bem público em sentido econômico, não necessariamente o bem que é provido pelo Estado.

⁶⁰ BARBOSA, Denis Borges. **Uma Economia Direito Autoral**, 2013, p. 29.

2.3. TEORIA ECONÔMICA DA PROPRIEDADE

A estrutura jurídica para alocação dos recursos e distribuição de riqueza é proporcionada pelo direito de propriedade. A teoria econômica aplicada aos direitos de propriedade, por sua vez, busca entender os efeitos das formas de propriedade, bem como suas alternativas, essencialmente sobre os resultados de eficiência e distribuição. Não se trata, portanto, a teoria econômica da propriedade de uma tentativa de explicar o que a propriedade realmente é, como a filosofia tem tentado responder, mas sim da forma em que o sistema jurídico se apresenta e dos seus efeitos econômicos sobre a eficiência e alocação dos recursos disponíveis.

Em uma perspectiva econômica, a propriedade é um “conjunto de direitos” – o chamado *bundle of rights* –, e esse conjunto de direitos prescrevem o que as pessoas podem ou não fazer com os recursos que possuem, isto é, em que medida os sujeitos podem “possuir, usar, desenvolver, melhorar, transformar, consumir, exaurir, vender, doar, legar, transferir, hipotecar, alugar, emprestar ou excluir outros de sua propriedade”⁶¹. Cooter continua afirmando que o proprietário é livre para exercer os direitos sobre sua propriedade e outras pessoas são proibidas de interferir no exercício pleno desses direitos.

A propriedade nesta perspectiva, portanto, dá aos proprietários liberdade sobre as coisas de que são donos, ou seja, os direitos de propriedade garantem ao proprietário a liberdade e a proteção à interferência de terceiros para exercer um conjunto de direitos que lhe são outorgados por lei⁶².

⁶¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., p.92.

⁶² Cumpre referir que não se ignora a existência de outras dimensões intrínsecas ao direito de propriedade, tal como a função social, que faz com que a ela não seja apenas uma atribuição de direitos, mas também de deveres sem os quais não se perfectibiliza. Entretanto, sem prejuízo ao tema exposto, assume-se a propriedade como o conjunto de direitos no mesmo sentido que a doutrina do *Law and Economics* atribui, sem análise da função social intrínseca a esses direitos. Nesse sentido: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. A propriedade agrária e suas funções sociais. In: **O direito agrário em debate**. Domingos Sávio Dresch da Silveira e Flávio Sant’Anna Xavier (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

2.3.1. Teoria da barganha

Ao Estado cabe garantir o direito de propriedade e nele intervir, pois a alocação dos direitos de propriedade demanda custos, como se verá a seguir, e é essencial a proteção do Estado e do sistema jurisdicional. Sob o prisma econômico cabe ao Direito evitar a existência de externalidades negativas, pois elas conduzem à ineficiência alocativa. Assim, deve-se incentivar as atividades que geram benefícios maiores que os custos e coibir o oposto.⁶³

Para essa análise é fundamental que se entenda a teoria econômica da barganha, desenvolvida pelo economista John Forbes Nash Jr. como uma forma da Teoria dos Jogos, que lhe rendeu o prêmio *Nobel* de economia em 1950.

Nash distingue dois tipos de jogos: os cooperativos e os não cooperativos⁶⁴. Os jogos cooperativos são aqueles em que os agentes comunicam entre si com vista a encontrarem uma solução. Os não cooperativos são aqueles em que os agentes não comunicam entre si, havendo o desconhecimento das ações dos agentes econômicos.

Suponhamos que a pessoa X queira vender um bem, ao qual atribui o valor de \$ 4, ao passo que a pessoa Y deseja comprar tal bem e lhe atribua o valor de \$ 6. Como o vendedor potencial avalia o bem em um valor menor que o comprador potencial, há espaço para barganha. X não aceitará vender seu bem por menos de \$ 4, assim como Y não aceitará pagar mais de \$ 6. O preço razoável nesse cálculo seria a média aritmética de ambos os valores, isto é, \$ 5.

Em uma negociação cooperativa, ambos podem se beneficiar-se mutuamente e podem passar o bem de quem o avalia em \$ 4, para outro que o avalia em \$ 6. Isso criará um valor adicionado de \$ 2, chamado de excedente ou superávit cooperativo, que pode ser dividido entre ambos, seja em partes iguais, seja em partes diferentes, dependendo do ajuste fixado pela negociação. Assim, o valor total inicial antes da negociação era \$ 10 (4+6), passa a ser \$ 12 (\$ 4 do valor atribuído por X, mais \$ 6 do

⁶³ SANTOLIM, Cesar. **Teoria Econômica da Propriedade**. Porto Alegre: Programa de Pós-graduação em Direito UFRGS, 2011. 130 slides, color. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

⁶⁴ NASH. John Forbes, **Non-cooperative games**. Disponível em: <http://www.princeton.edu/mudd/news/faq/topics/Non-Cooperative_Games_Nash.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2014.

valor atribuído por Y e mais \$ 2 do excedente cooperativo). O modelo de barganha mostra como a cooperação pode criar um excedente que beneficia todos envolvidos na relação.

Cooter e Ulen⁶⁵ utilizam um experimento mental interessante de como a teoria da barganha pode se transportar aos direitos de propriedade. Os autores supõem um mundo simplificado, sem a existência de tribunais ou polícia. Portanto não há defesa dos direitos de propriedade por parte do Estado. Cabe aos indivíduos ou à união de alguns indivíduos a defesa da posse das suas terras para se fazer garantir os direitos de propriedade. As pessoas precisariam decidir a quantidade de recurso que empregariam para proteger as suas terras, de modo que as pessoas alocariam seus recursos limitados ao ponto em que o custo marginal da defesa da terra seria exatamente igual ao benefício marginal ocasionado pela proteção das terras no incremento da produção.

Entretanto, será que esse sistema mostra-se eficiente economicamente? Como se destacou anteriormente, a produção eficiente ocorre quando há (a) a capacidade de gerar certa quantidade de produção usando uma quantidade de insumos de custo menor, ou (b) a impossibilidade de gerar uma produção maior usando a mesma combinação de insumos. No experimento acima, um dos mecanismos que pode transformar a proteção à propriedade mais eficiente é o direito. Se os custos de operação de um sistema jurídico de direitos de propriedade são menores do que a soma de todos os custos individuais de defesa privada, pode-se dizer que ele é mais eficiente sob o ponto de vista econômico. Por exemplo, os proprietários de terras poderiam criar um governo e transferir a ele parte menor do que o fariam caso seus recursos para segurança fossem estritamente individuais. Isso poderia resultar na criação de um único exército centralizado, capaz de proteger a propriedade de todos, em vez de ter muitos pequenos exércitos privados com o mesmo fim.

Poder-se-ia imaginar as partes negociando juntas sobre as condições para o estabelecimento de um governo para reconhecer e cumprir seus direitos de propriedade, de modo a poder desfrutar de maior segurança e riqueza. O resultado final dessas negociações é o que os filósofos chamam de contrato social, que seria pressuposto para estabelecer as condições básicas de vida social.

⁶⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., p.95-98.

Como motivo desta reflexão, Cooter e Ulen concluem:

Numa sociedade em constante mutação, novas formas de sociedade surgem continuamente. Para ilustrar: nos Estados Unidos, o direito de propriedade para o gás subterrâneo e o espectro eletromagnético (transmissão de rádio e televisão) se desenvolveram durante o século passado, e o direito de propriedade para *software*, música e vídeo de computador e outros materiais da Internet, bem como formas de vida produzidas pela engenharia genética, na década passada. [...] Assim, nosso experimento mental é, na realidade, uma parábola sobre a estrutura de incentivos que motiva as sociedades a criar propriedade continuamente. [...] As sociedades criam a propriedade como direito jurídico para incentivar a produção, inibir o furto e reduzir os custos de proteção de bens. O direito prescreve várias formas pelas quais alguém pode adquirir um direito de propriedade, como por exemplo, encontrando e comprando terra com gás natural debaixo dela, inventando um programa de computador ou descobrindo um tesouro submerso.⁶⁶

Salienta-se que sobre este tema, relaciona-se intimamente a Teoria da Escolha Pública, a qual possui um tratamento especial no capítulo 3 desse estudo.

2.3.2. O Teorema de Coase e os Custos de Transação

As pessoas frequentemente chegam a um acordo ao negociar umas com as outras observando as condições de cooperação da Teoria da Barganha. Por vezes, entretanto, as condições para a cooperação são impostas de fora para dentro da relação, como no caso da incidência legal sobre a relação. As condições em geral são mais eficientes quando as partes cooperam e chegam a um acordo do que quando o legislador intervém. Assim, diz-se que a lei torna-se economicamente desnecessária e indesejável onde a negociação é bem sucedida, entretanto é necessária e desejável quando a negociação fracassa.

Em *The Problem of Social Cost*⁶⁷, Coase mostrou que a negociação privada poderia resolver os problemas que foram previamente pensados para serem solucionados tão somente através de regulação estatal, via esta que Coase relegou,

⁶⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., p.98-99.

⁶⁷ COASE, Ronald. **The Problem of Social Cost**. *Journal of Law & Economics*, v. 3, p.1-44, out. 1960. Disponível em: <http://grecof2.econ.univpm.it/esposti/wiki/lib/exe/fetch.php?media=didattica:coase_jle1960.pdf>. Acesso em: 14 out. 2014.

tão somente, aos ambientes em que os custos de transação demonstravam-se obstáculos à barganha.

Segundo Coase, quando A inflige um prejuízo a B, a tendência é atribuir-se a responsabilização do dano à A. Entretanto, economicamente trata-se de um problema de natureza recíproca. Evitar o prejuízo a B também implicaria causar um prejuízo a A. Assim, a verdadeira questão a ser decidida é se A deveria ser autorizado a causar prejuízo a B, ou deveria B ser autorizado a causar um prejuízo a A? O problema é evitar o prejuízo mais grave.

O exemplo clássico de Coase pode ser identificado no problema do gado que, ao se escapar, destrói a plantação da propriedade vizinha. Supondo que seja inevitável a invasão do gado à propriedade alheia, o aumento da oferta de carne somente será obtido mediante o decréscimo da oferta de produtos agrícolas. Neste caso haveria a necessidade de optar ou por carne ou por produtos agrícolas. A resposta para tal dilema, no entanto, não é clara. A menos que se saiba o valor do que é obtido e o valor daquilo que é sacrificado para obtê-lo.

Entretanto, é sabido que há como reduzir os prejuízos causados à plantação criando-se um menor número de gados, plantando-se menos ou construindo-se uma cerca. Mas é evidente que cada uma dessas medidas tem seus custos. Uma opção para a redução de custos seria um acordo entre o agricultor e o pecuarista para definir quem e de que forma deve-se arcar com o prejuízo.

Mas se os envolvidos não conseguem chegar em um acordo? Cotter e Ulen⁶⁸ afirmam a intervenção legal atribuindo a responsabilidade pelos prejuízos causados poderia ser uma solução. As alternativas seriam: (1) responsabilizar o agricultor por manter o gado fora de sua propriedade, e ele tem de pagar o prejuízo quando o gado entrar; ou (2) responsabilizar o pecuarista para manter o gado em sua propriedade, e ele deve pagar pelo prejuízo quando o gado sai.

Sob a regra número 1, para o agricultor diminuir o prejuízo, teria de plantar menos ou construir uma cerca que protegesse a área cultivada. Ao passo que, sob a segunda regra, é o pecuarista quem precisa construir uma cerca para manter o gado confinado ou diminuir o número de cabeças de gado.

⁶⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., p.100.

Por uma visão casuística, o gado do pecuarista causou danos à lavoura do agricultor e não ao contrário. Logo, é intuitivo imaginar que, em uma relação entre causa e justiça, o mais adequado seria o pecuarista ser responsável por manter o gado confinado em sua propriedade e responder pelo dano causado à lavoura, se o gado sair, conforme a alternativa número 2 exposta anteriormente. A causa do dano se estende do pecuarista ao agricultor, e se imagina que o causador do dano pagar por ele é uma questão de justiça.

Entretanto, o Teorema de Coase busca resolver esse impasse em termos de eficiência, com uma regra que incentive tanto a produção da agricultura, quanto a criação de gado. Em uma abordagem contraintuitiva, identificou que por vezes a eficiência exige que não se deve atribuir a responsabilidade a quem deu causa ao dano, mas sim a quem a prevenção se mostrar menos custosa. Nota-se a explicação fornecida por Cooter e Ulen, com base no exemplo referido:

Suponha que, sem qualquer cerca, a invasão do gado custe ao agricultor US\$ por ano em lucros cessantes do cultivo de milho. O custo da instalação e manutenção de uma cerca ao redor dos campos de milho do agricultor é de US\$ 50 por ano, e o custo de instalação de uma cerca em torno da fazenda (do pecuarista) é de US\$ 75 por ano. Portanto, estamos supondo que o prejuízo de US\$ possa ser evitado com um custo anual de US\$ 50 para o agricultor e US\$ 75 para o pecuarista. Obviamente, a eficiência exige que o agricultor construa uma cerca para isolar seus campos de milho e não que o pecuarista construa uma cerca para isolar a fazenda.⁶⁹

Portanto, a primeira regra (alternativa 1) – em que o agricultor é responsável por manter o gado fora de sua propriedade – é mais eficiente que a segunda (alternativa 2) – em que o pecuarista é obrigado a confinar o gado em sua fazenda –, mesmo em caso de o agricultor e o pecuarista não cooperarem.

A lei, entretanto, não faz distinção em termos de eficiência quando ambos cooperam e deixam de cooperar. Aliás, havendo sucesso em uma negociação de cooperação, é possível se chegar a um resultado igualmente eficiente para ambos, independentemente da regra jurídica aplicada⁷⁰. Além disso, se a lei optasse pela aplicação da regra número 2, em que o pecuarista teria de manter o gado em sua propriedade, não só se mostraria ineficiente em relação a regra número 1, como

⁶⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., p.100-101.

⁷⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., p.101.

também em relação a um possível acordo entre as partes, que tenderiam a não cooperar se estivesse em vigor uma regra que favorecesse um em detrimento de ambos.

Em outras palavras, quando a negociação entre os envolvidos se torna exitosa, a alocação jurídica dos direitos não importa para a eficiência, ou seja, o uso dos recursos é eficiente independentemente do dispositivo jurídico. Por outro lado, quando as partes apenas seguem a lei de maneira não cooperativa, a alocação jurídica dos direitos influencia a eficiência⁷¹.

Entretanto, para que haja uma transação exitosa, não basta a simples vontade e disposição das partes, é necessário que as partes envolvidas descubram quem é a outra parte com que se deseja negociar, informar às pessoas sobre o que se quer tratar e em que termos, conduzir as negociações que levam à barganha, redigir o contrato, certificar-se se os termos do contrato estão sendo observados e assim por diante. Aliás, tais operações, com frequência, são extremamente custosas. Custosas o suficiente a ponto de impedir a ocorrência de transações que seriam consumadas onde o sistema de preços funcionasse sem custos. Tais custos são o que Coase⁷² chama de “custos de transação”, ou seja, todos os custos envolvidos em uma negociação para levá-la a cabo, desde seu início até o seu cumprimento.

Segundo o Teorema, os custos de transação influenciam de maneira direta no modo em que a lei deve ou não intervir no ambiente privado das negociações. Se os custos de transação se aproximam de zero, não é necessária a especificação de regras jurídicas referentes à propriedade para alcançar a eficiência, sendo a negociação privada suficiente para tanto. Por outro lado, se os custos de transação são altos, tendem a impedir a negociação, pois o valor líquido da negociação das partes tende a zero ou, como acontece em muitos casos, a ser negativo. Assim, torna-se necessário a intervenção heterônoma do direito.

Cooter e Ulen⁷³ sintetizam o Teorema de Coase em duas proposições:

⁷¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., p.102.

⁷² COASE, Ronald. Op., Cit.

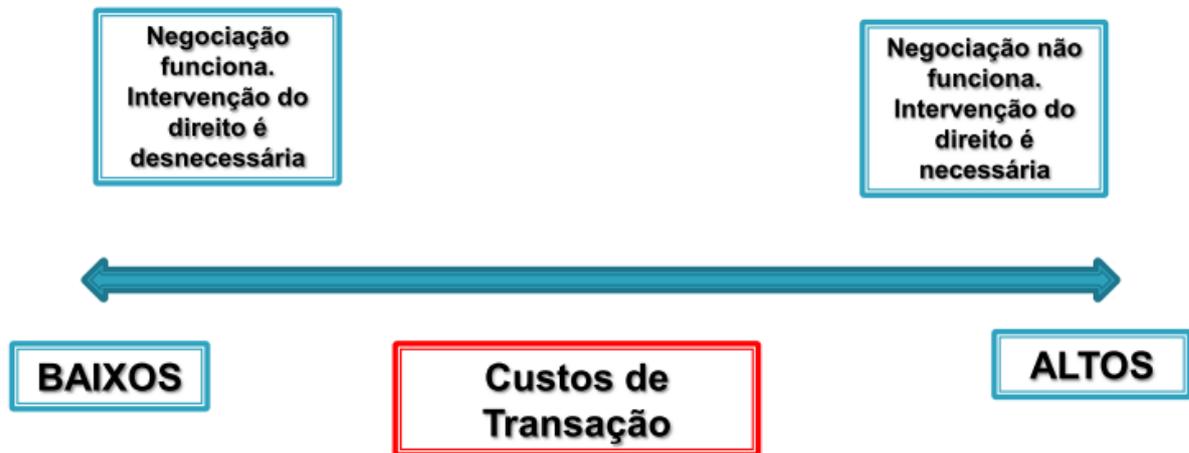
⁷³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., p.102-103.

Quando os custos de transação são nulos, um uso eficiente dos recursos resulta da negociação privada, independentemente da atribuição jurídica de direitos de propriedade. Quando os custos de transação são suficientemente altos para impedir a negociação, o uso eficiente dos recursos dependerá da maneira como os direitos de propriedade são distribuídos.

Os custos de transação variam de zero até um número indefinidamente elevado, que vai depender das particularidades de cada transação. Por exemplo, o custo de busca tende a ser baixo quando se trata de bens e serviços padronizados, ao passo que altos, aos bens e serviços singulares; os custos de negociação podem ser maiores ou menores, dependendo do nível de conhecimento das informações envolvidas no negócio, da cooperação entre as partes, do número de partes envolvidas e até da hostilidade entre elas; e os custos de cumprimento da transação podem variar conforme o tempo de duração do contrato, uma transação que perdura no tempo tende a ser mais dispendiosa no sentido de controlar os comportamentos e sancionar as violações.

Conforme referido anteriormente, quando os custos de transação são iguais a zero, o uso eficiente dos recursos não depende da atribuição o direito de propriedade; mas quando os custos de transação não são nulos, a atribuição dos direitos de propriedade pode ser essencial para o uso eficiente dos recursos. Cabe à lei, na presença de custos suficientes que impeçam a negociação, reagir em conformidade, de modo a reduzi-los e, assim, facilitar a negociação. De modo adverso, se os custos de transação são baixos e a negociação é bem sucedida, a lei é desnecessária em termos de eficiência. Observa-se a figura abaixo:

Figura 3 – Nível dos custos de transação e a intervenção do direito



Fonte: SANTOLIM, Cesar. Teoria Econômica da Propriedade.⁷⁴

As regras jurídicas podem reduzir os obstáculos da negociação privada, pois alguns custos de transação são endógenos ao sistema jurídico. Aliás, facilitar as negociações privadas diminuindo os custos de transação é um objetivo jurídico importante. A lei pode fazer isso de várias formas, como, por exemplo, definindo direitos de propriedade simples e claros. Facilitando as negociações, “a lei possibilita que as partes privadas troquem direitos jurídicos, desobrigando, assim, os legisladores da difícil tarefa de alocar direitos jurídicos eficientemente”⁷⁵.

Entretanto, nem sempre a estrutura jurídica consegue fornecer elementos que diminuam os custos de transação e aumentem a possibilidade de cooperação entre os envolvidos.

Quando as partes não conseguem chegar a um acordo, elas perdem o excedente que a troca poderia gerar. Para diminuir a perda resultante do fracasso na cooperação, a lei deve “alocar os direitos de propriedade à parte que mais os valoriza”, assim “a lei torna desnecessário o intercâmbio de direitos” e “economiza o custo de uma transação”⁷⁶. Neste caso, a lei estaria minimizando os prejuízos causados pela

⁷⁴ SANTOLIM, Cesar. **Teoria Econômica da Propriedade**. Porto Alegre: Programa de Pós-graduação em Direito UFRGS, 2011. 130 slides, color. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

⁷⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., p.110.

⁷⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., p.110.

ausência de acordos privados relativos à alocação de recursos, e não apenas minimizando os impedimentos causados pelos custos de transação aos acordos privados.

Deste modo, o direito – a fim de aumentar a eficiência, diante dos custos de transação positivos – pode: (1) facilitar a negociação, de modo a reduzir os custos de transação; ou, na impossibilidade do primeiro, (2) alocar os direitos de propriedade à parte que mais os valoriza.

Nos ensina o professor Cesar Santolim:

Segundo Coase, o Direito deve ser construído de modo a prevenir acordos desiguais e eliminar os efeitos destrutivos da discórdia entre as partes envolvidas. Para minimizar o dano resultante da falta de acordo, o Direito deve atribuir os direitos a quem lhes dá maior valor, tornando as “trocas de direito” desnecessárias e evitando os custos de transação.⁷⁷

Caso a lei não reduza os custos de transação de modo a facilitar as negociações entre as partes e tampouco, dada a dificuldade, não aponte quem é a parte que atribui maior valor aos direitos de propriedade, os Tribunais podem se incumbir desta tarefa.

Entretanto, para alocar os direitos de propriedade à parte que mais os valoriza em uma decisão, os tribunais também deverão arcar com custos. Estes custos são chamados por Cooter e Ulen⁷⁸ de custos de informação, que – por sua vez – também devem ser confrontados com o custo de transação para que se chegue a uma solução eficiente. Assim, quando os custos de informação dos tribunais são menores que os custos de transação da negociação, podem os tribunais alocar os direitos de propriedade para a parte que mais os valoriza. Por outro lado, quando os custos de informação forem maiores que o próprio custo de transação das negociações tendo em vista a eficiência, cabe ao tribunal apenas aplicar a lei e às partes devem suportar os custos de transação decorrentes da alocação jurídica ineficiente dos direitos.⁷⁹

⁷⁷ SANTOLIM, Cesar. **Teoria Econômica da Propriedade**. Op., Cit.

⁷⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., 111.

⁷⁹ SANTOLIM, Cesar. **Teoria Econômica da Propriedade**. Op., Cit.

Nesse ponto, destaca-se a importância dos remédios jurídicos disponíveis para tutelar as violações aos direitos de propriedade, ou seja, como deve reagir o judiciário em situações em que os direitos de propriedade são infringidos por alguém.

A doutrina do *Law and Economics* tem aceito dois principais remédios para a tutela ulterior dos direitos de propriedade. O primeiro, de caráter condenatório, é a indenização pecuniária pelos danos causados pelo réu ao autor da ação. O segundo, de caráter mandamental, consiste em medidas inibitórias, que são uma ordem judicial dada pelo tribunal que determina o réu a agir ou deixar de agir de certa forma.⁸⁰

As indenizações são mais usadas em leis contratuais e delitos civis, normalmente chamadas de regra de responsabilidade, ao passo que a ação mandamental é usual nas leis de propriedade, pois são remédios usuais para apropriação, violação ou interferência na propriedade de outrem. Porém, nada obsta que ambas possam ser usadas cumulativamente, que pode acontecer quando, por exemplo, o gado de alguém invadir a lavoura alheia e destruir a plantação, fato sobre o qual o tribunal pode conceder indenização pelo prejuízo e ordem para que o pecuarista confine seu gado.

Entretanto, não obstante quando se trata de direitos de propriedade as medidas inibitórias serem regras, o Teorema de Coase nos ensina que deve-se atentar aos custos de transação para determinar qual remédio jurídico é o mais eficiente. Nesse sentido, Richard Posner afirma:

In conflicting-use situations in which transaction costs are low, such as a normal case of trespass, injunctive relief should normally be allowed as a matter of course; the injunction, by forcing the defendant (the violator of the plaintiff's right) to buy the right if it is worth more to him, facilitates a market determination of value. But when transaction costs are high, precluding such a corrective transaction, the allocation of resources to their most valuable uses is facilitated by denying an injunction and instead remitting the plaintiff to damages equal to the cost to him of the violation of his rights, thus enabling the violation to continue if it is worth more to the violator than it costs to the victim.⁸¹

⁸⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., 112.

⁸¹ Tradução livre: Em situações de uso conflitante em que os custos de transação são baixos, como um caso normal de invasão de propriedade, uma ordem judicial deveria normalmente ser permitida por uma questão natural; a ordem judicial, forçando o réu (o infrator do direito do autor) a comprar o direito caso valha mais para ele, facilita a determinação do valor de mercado. Mas, quando os custos de transação são altos, impossibilitando esta transação corretiva, a alocação de recursos para os seus usos mais valiosos é facilitada por negar a liminar e remeter o requerente a indenização igual ao custo

Tradicionalmente uma ação mandamental é considerada mais clara e simples do que uma ação indenizatória, dada a dificuldade e a imprevisibilidade da determinação do valor da indenização pelos tribunais⁸². Em outras palavras, uma medida inibitória é mais eficiente quando as partes podem negociar entre si, pois dá às partes uma posição mais clara sobre o que elas podem transacionar. Por outro lado, a ação indenizatória é mais eficiente quando os custos de transações impedem a negociação.

Desta forma, se extraem as seguintes conclusões:

Onde há obstáculos para a cooperação (isto é, custos de transação elevados), o remédio mais eficiente é a concessão de uma indenização monetária. Onde há poucos obstáculos para a cooperação (isto é, custos de transação baixos), o remédio mais eficiente é a concessão de uma ação mandamental contra a violação da propriedade do autor por parte do réu.⁸³

2.3.3. Bens Públicos

A análise econômica basilar feita até aqui usou como referência primordialmente os “bens privados” em sentido econômico. As características dos chamados bens perfeitamente privados são a rivalidade e a exclusividade no uso⁸⁴. Por rivalidade, entende-se que o consumo do bem por uma pessoa deixa menos do mesmo bem para o consumo de outrem. Por exclusividade, entende-se que o consumo de uma pessoa exclui outra de usar o mesmo bem concomitantemente.

A análise agora parte do lado oposto, dos “bens públicos”. Os bens perfeitamente públicos não são rivais nem exclusivos.

Se comparados com os bens públicos, é mais barato fazer que os direitos de propriedade, uma vez definidos, sejam cumpridos sobre o bem privado. Isto é, o proprietário pode excluir outras pessoas de usá-los por um custo baixo. É

da violação dos seus direitos para ele, então permitindo a violação de continuar se ela vale mais para o infrator do que custa para a vítima. POSNER, Richard A.. **Economic Analysis of Law**. 9. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 70.

⁸² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., 117.

⁸³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., 117.

⁸⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., 120.

relativamente baixo o custo para o proprietário de um imóvel excluir outras pessoas do uso, basta, por exemplo, fazer uma cerca ou isolar a propriedade por meio de portas que apenas o proprietário tenha a chave. Entretanto, isso não acontece com os bens públicos. Normalmente é muito dispendioso excluir ou impedir outras pessoas do uso de um bem desse tipo. Por exemplo, é virtualmente impossível individualizar a segurança nacional, na proteção a cidadãos de maneira distinta, seja qual for o critério.

A eficiência exige que os bens privados sejam tratados como propriedade privada e os bens públicos como propriedade pública⁸⁵. O poder de exclusão do proprietário, em geral, canaliza o consumo de bens de forma eficiente. Por outro lado, as características dos bens públicos dificultam o uso da negociação para se alcançar a eficiência.

Sobre essa dicotomia encontra-se o cerne principal da análise proposta no presente estudo. Os bens de propriedade intelectual, especificamente as criações tuteladas pelo direito autoral, em que pese possuírem características econômicas de bens públicos, são tratados no direito de propriedade como bens privados. Isso ocorre através da outorga de uma exclusividade jurídica de exploração econômica ao titular, seja ele o criador ou não. Portanto, doravante, passar-se-á a discorrer especificamente sobre a teoria econômica aplicada aos bens da propriedade intelectual.

2.4. BENS PÚBLICOS, FALHA DE MERCADO E PROPRIEDADE INTELECTUAL

Como referido no primeiro capítulo desse estudo, a superprodução de cópias resultante da mutação técnica decorrente da introdução e multiplicação da imprensa de Gutemberg da Europa contribuiu para a criação de uma nova ordem jurídica. A justificativa de uma a nova ordem jurídica para um sistema de produção de bens expressivos, num modelo de reprodução exponencial possibilitado pela imprensa, foi baseada na outorga de uma exclusividade jurídica. A atividade de exploração

⁸⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., 120.

econômica, que de outro modo seria livre, passa a ficar reservada a um titular. Assim, se justificaria o investimento em produzir novas obras.

A sociedade aceita o ônus representado pela imposição do exclusivo, para compensar o autor pelo contributo criativo trazido a ela. O direito de autor, nessa perspectiva, visa retribuir economicamente quem arcou com os custos de expressão, incentivando a produção de novas obras, pois – de modo adverso – aquele que não tivesse incorrido nos custos de expressão poderia tirar proveito de quem o fez sem o custo inicial, e-isso desestimularia a criação de novas obras.

Um sistema de produção de bens expressivos voltados para o mercado presume uma organização especial do sistema que induza o investimento do agente econômico que intermedia a criação e o consumo pelo público⁸⁶. A apropriação privada dos resultados por meio da construção jurídica de uma exclusividade artificial, como o direito autoral, é o método de indução usado pelo legislador para teoricamente garantir o fluxo de investimento e, por consequência, incentivar a criação de novas obras.

Os bens expressivos possuem características intrínsecas de bens públicos: não rivalidade e não-exclusividade. Como visto anteriormente, na primeira característica o uso ou consumo do bem por uma pessoa não impede o seu uso ou consumo por uma outra pessoa, ou seja, o fato de alguém usar uma obra expressiva não impede ninguém de usar a mesma obra, sem prejuízo da primeira (múltiplas pessoas podem escutar a mesma música ou ler o mesmo livro ao mesmo tempo e em lugares totalmente diferentes). A segunda característica mostra que é muito dispendioso excluir ou impedir alguém de usar um bem expressivo (exceto por lei, é claro).

Quando colocados no mercado se tornam naturalmente acessíveis ao público. O conteúdo da criação deixa de ser escasso e perde sua economicidade. Como consequência, “o livre jogo do mercado é insuficiente para garantir que se crie e mantenha o fluxo de investimento em uma tecnologia ou um filme que requeira alto custo de desenvolvimento e seja sujeito a cópia fácil”⁸⁷.

⁸⁶ BARBOSA, Denis Borges. **Tratado de propriedade intelectual**: Tomo I. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 63-64.

⁸⁷ BARBOSA, Denis Borges. Op. Loc. Cit.

As obras expressivas e o conhecimento contido nelas são bens economicamente públicos, livremente apropriáveis por todos, ou seja, todos podem deles se beneficiar e ninguém pode ser excluído (frisa-se novamente que se trata do conceito econômico do bem, não jurídico). A mão invisível do mercado, aqui, é incapaz de alocar os recursos para o investimento e assegurar seu o retorno. Havendo, portanto, uma falha no mercado, tornar-se-ia – segundo a teoria indutora do direito autoral – indispensável intervir no mercado.

Uma vez que-exista o interesse social na continuação do investimento em obras intelectuais, alguma atitude, em tese, deve ser tomada para corrigir esta “deficiência” intrínseca da criação intelectual. Como a obra expressiva se mostra inadequada ao mercado de bens privados, deve haver a intervenção do Estado por meio de um instrumento jurídico: o direito autoral.⁸⁸

Destarte, a liberdade de utilização de bens culturais, mesmo que sem fins lucrativos, fica entravada pelo direito autoral, pois preserva em si o direito de exclusividade, e isso – como se verá – também pode ser um fator que desestimula e engessa a criação intelectual.

A teoria do efeito indutor, que prevê que sem o direito autoral não haveria produção de obras intelectuais, é apenas uma teoria entre tantas que se relacionam à matéria. Mas é de longe a mais influente teoria econômica.

Não se está dizendo, aqui, que este argumento econômico usado para justificar a existência do direito autoral não é importante. Entretanto, entende-se que, com o conhecimento disponível atualmente, este predicado lógico não pode sustentar-se sozinho sem que se leve em conta outros aspectos que o estudo econômico da propriedade intelectual tem proporcionado, tais como, os custos de busca, as externalidades de congestão, a busca de rendas e os custos de transação.

⁸⁸ BARBOSA, Denis Borges. Uma economia do Direito Autoral. In: BARBOSA, Denis Borges. **Direito de autor**: questões fundamentais do direito de autor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 479.

PARTE II

3. ECONOMIA APLICADA À PROPRIEDADE INTELECTUAL

Afirmou-se a ideia central do direito autoral, na qual os autores não criariam novas obras sem o incentivo econômico proporcionado pelo direito de exclusividade da exploração da obra. A lógica é simples: por que qualquer autor passaria pela dificuldade de produzir uma obra se, logo que a primeira cópia fosse lançada, todos, e qualquer um, poderiam simplesmente fazer cópias dela e não pagar um centavo para o autor?

Assim, de acordo com o pensamento tradicional, algo precisa ser feito para intervir no mercado, a fim de se certificar de que os bens intelectuais não exclusivos e não rivais, não só serão incentivados, mas que também serão produzidos em níveis ideais. Entretanto, o conhecimento atual alcançado pelas doutrinas da análise econômica do direito pode contribuir e avançar sobre o argumento tradicional para melhorar a eficiência da produção de obras intelectuais.

Landes e Posner⁸⁹ afirmam que há uma tendência na doutrina em reduzir a análise econômica da propriedade intelectual na tensão entre “incentivos” e “acesso”. A facilidade de cópia dos bens intelectuais por competidores que não arcam com os custos de produção gera um temor de que a ausência e a impossibilidade de proteção jurídica contra as cópias reduzam os incentivos para a produção de novas obras. Por outro lado, os autores – amparados pela proteção jurídica que lhes garante o monopólio em virtude do direito de exclusiva – podem cobrar um alto preço pelas obras, impedindo o acesso às suas criações de quem as valoram por um preço inferior de mercado, entretanto superior ao custo marginal.

Não há como negar que a tensão entre incentivo e acesso é importante para o estudo da matéria, entretanto não se pode reduzir a problemática da propriedade intelectual apenas nesse trade-off, pois existem muitos outros aspectos envolvidos.

⁸⁹ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. **The economic structure of intellectual property law**. Cambridge: The Belknap Press Of Harvard University Press, 2003, p. 11-12.

3.1. BENEFÍCIOS E CUSTOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

A doutrina é assente em classificar os benefícios dos direitos de propriedade intelectual em duas espécies, os estáticos e os dinâmicos.

Os benefícios estáticos dizem respeito à contribuição da criação ou da invenção, no caso de patentes, à sociedade⁹⁰. O Estado garante o monopólio na exploração, mas em troca requer que esse benefício também seja revertido à sociedade, assim o bem intelectual deve ser divulgado ao público, permitindo que a sociedade desfrute de algo original – no caso das obras expressivas –, distintivo – no caso de marcas – e que possua novidade e atividade inventiva – nos casos de patentes.

O exemplo mais evidente ocorre no caso das patentes de invenção. O inventor de uma patente pode requerer a concessão de um direito de exclusiva de exploração por parte do Estado, que será concedida, uma vez que o invento apresente os requisitos de patenteabilidade. Em contrapartida, o Estado exige que a nova tecnologia seja tornada pública, para que a sociedade tenha acesso, muito embora tenha de pagar *royalties* se quiser fazer uso de tal tecnologia.

No caso de uma obra expressiva, para que ela seja protegida por direito autoral, é necessário que a obra seja original, isto é, que contenha o mínimo de criatividade para que não se proteja algo que é comum ou banal. Conforme ensina Ascensão “se a obra é a forma de uma criação do espírito, necessariamente haverá que exigir nesta o carácter criativo”⁹¹, assim “proteção é contrapartida de se ter contribuído para a vida cultural com algo que não estava até então ao alcance da comunidade”⁹².

Os benefícios dinâmicos, por sua vez, são os que servem como justificativa econômica clássica do direito autoral, isto é, trata-se do efeito indutivo para a produção de novas obras proporcionado por meio de um direito de exclusividade de exploração. Sem a criação do monopólio pelo direito – dada as características de dispersão dos bens públicos no mercado, em que múltiplas pessoas podem usar o mesmo bem sem

⁹⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op., Cit., p. 135-136.

⁹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 50.

⁹² ASCENSÃO, José de Oliveira. Op., cit., p.52.

prejuízos, sendo difícil a exclusão dos demais – o autor não teria motivação para produzir novas obras.⁹³

Landes e Posner⁹⁴ apontam três tipos de custos relacionados à propriedade intelectual: os custos de transação, o *rent-seeking* (ou busca de rendas) e os custos de proteção.

Segundo os autores, os custos de transação costumam ser elevados no âmbito da propriedade intelectual. Há dificuldade em identificar esse tipo de bem devido a não estarem presos a um suporte material, ou seja, ao *corpus mechanicum*. Pode ser muito difícil identificar a originalidade de uma obra em relação a uma predecessora, assim é muito difícil saber se a obra infringe direitos de autor ou se é uma criação autônoma que apenas se assemelha a outra obra já criada.

O segundo custo é a “busca de rendas” (*rent-seeking*). *Rent-seeking* é um conceito usado para descrever a atividade de indivíduos ou empresas que tentam obter ou manter a riqueza por transferências, principalmente com a ajuda do Estado. Mais especificamente, em vez de fazer uma contribuição produtiva para a economia e agregar valor social, um *rent-seeker* tenta obter benefícios para si próprio através da manipulação do ambiente político e social⁹⁵. Na propriedade intelectual, por exemplo, a perspectiva de obter altos lucros com a proteção à jurídica pode promover o *rent-seeking*, de modo a estimular uma produção de conteúdo além do socialmente desejável. Muitas pessoas podem se sentir motivadas a ingressar na produção de conteúdo devido à perspectiva de altos ganhos, pois a falta de originalidade pressupõe baixos custos de produção e desenvolvimento de uma obra e, portanto, cria uma grande diferença entre o valor cobrado e o custo dispendido para sua criação. Isso cria uma enorme oportunidade para a busca de rendas econômicas sem gerar benefício real à sociedade.

Um caso clássico de *rent-seeking* no direito autoral aconteceu quando, em 1998, o Congresso norte-americano – pressionado por grupos de interesse, dentre eles a Disney, que iria perder o Mickey Mouse e outros personagens ao domínio

⁹³ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. Op. Cit., p. 12-16.

⁹⁴ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. Op. Cit., p. 16-20.

⁹⁵ HENDERSON, David R., "Rent Seeking." **The Concise Encyclopedia of Economics**. 2008. Library of Economics and Liberty. 2 December 2014. Disponível em <http://www.econlib.org/library/Enc/RentSeeking.html>. Acesso em 02 nov. 2014

público – aprovou o *Sonny Bono Copyright Act*, que prorrogou a duração do prazo de proteção por mais 20 anos, além dos 50 contados da morte do autor, que já vigorava na época. Assim, o Mickey e outros personagens, que cairiam em domínio público em 2003, pode, e poderá, ser explorado por mais 20 anos.

Por fim, a proteção na propriedade intelectual costuma ser especialmente custosa se comparados com a propriedade comum. Determinar a origem de uma criação expressiva, que não possui limites espaciais, pode ser muito difícil. Assim como falou-se anteriormente, o caráter de bem público facilita a dispersão do seu conteúdo no espaço e isso dificulta a prevenção da apropriação ilícita e a exclusão dos “caroneiros” (*free riders*), que não arcaram nem contribuíram para os custos de produção⁹⁶.

Entretanto, Johnson⁹⁷ aponta que o *free riding* por si só não é maléfico sob o ponto de vista econômico, pelo contrário, é benéfico sob ponto de vista do estado de bem estar, pois os usuários adicionais de propriedade intelectual não geram custos aos usuários preexistentes, como acontece na propriedade material (lembre-se do exemplo das vacas na plantação, quanto mais vacas existirem, mais perdas ocorreram na plantação). Quando o custo marginal para utilização adicional do recurso é zero, impedir que alguém utilize o bem exigindo um preço provoca perda em eficiência, pois menos pessoas vão se beneficiar do bem⁹⁸. Na propriedade material, por exemplo, a exclusão de outras pessoas raramente leva a perdas significativas sob ponto de vista da eficiência, pois – por se tratarem de bens escassos – evita a sua superexploração, realocando os recursos escassos para quem mais os valoram. Por isso, Arnold Plant diz que os direitos de propriedade intelectual criam escassez enquanto os direitos de propriedade material a administram⁹⁹.

O problema enfrentado no *free riding* é que o seu efeito supostamente causa uma falta de incentivos para os criadores se engajarem em um trabalho intelectual. Veja-se as necessárias as ponderações de Landes e Posner:

⁹⁶ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. Op. Cit., p. 18.

⁹⁷ JOHNSON, Eric E.. **Intellectual Property’s Great Fallacy**. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1746343>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

⁹⁸ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. Op. Cit., p. 19-20.

⁹⁹ PLANT, Arnold. The Economic Theory Concerning Patents for Inventions. **Economica**, London, v. 1, n. 1, p.30-51, fev. 1934. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/2548573?uid=2&uid=4&sid=21104735289821>>. Acesso em: 02 out. 2014.

Socially desirable investments (investments that yield social benefits excess of their social costs) may be deterred if the creators of intellectual property cannot recoup their sunk costs. That is the *dynamic* benefit of the property rights, and the result is the “access versus incentives” tradeoff: charging a price for a public good reduces access to it (a social cost), making it artificially scarce (Plant’s point), but increases the incentive to create it in the first place, which is a possibly offsetting social benefit.¹⁰⁰

Em uma análise entre custo e benefício, Landes e Posner afirmam que o direito de propriedade intelectual gera mais custos que o direito de propriedade material e isso acarreta várias implicações que os distinguem entre si¹⁰¹. A primeira delas é que o direito de propriedade intelectual procure reduzir os custos associados à proteção dos bens a que servem, na medida que se orienta por critérios econômicos de eficiência.

Em segundo lugar, para levar a cabo a redução dos custos, deve-se impor limitações à extensão dos direitos de propriedade intelectual superiores às que já existem. Por exemplo, para que uma obra seja protegida por direito autoral, deve haver o aporte da mínima originalidade, do contributo mínimo, à obra a fim de retribuir a sociedade com algo que não estava até então ao seu alcance, pois o direito a proteção do direito de exclusividade impõe ônus à sociedade. Assim, para evitar a busca de rendas, como condição prévia para obtenção do direito de propriedade, deve-se atentar para o requisito da não obviedade da matéria que se busca tutelar pela propriedade intelectual.

Por fim, não está assente na doutrina que os elevados custos sociais para se manter um sistema de direitos de propriedade intelectual estejam justificados sob o ponto de vista do bem-estar social. Pois ainda na ausência da propriedade intelectual, muitos autores continuariam criando e produzindo um grande número de bens intelectuais. Essa assertiva se torna possível pois, conforme demonstra Denis Borges

¹⁰⁰ Tradução livre: “Investimentos socialmente desejáveis (investimentos que geram benefícios sociais superiores aos custos sociais podem não se realizarem se os criadores de propriedade intelectual não são capazes de recuperar os custos investidos. Este é precisamente o benefício dinâmico dos direitos de propriedade e o resultado é a tensão entre “acesso e incentivos”: impor preço a um bem público reduz acesso ao mesmo (um custo social) e gera escassez artificial (argumento de Plant), mas aumenta os incentivos para sua criação, o que possivelmente compense o efeito anterior e resulte socialmente benéfico. LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. Op. Cit., p. 20-21.

¹⁰¹ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. Op. Cit., p. 21-24.

Barbosa¹⁰², muitas obras – de boa qualidade – foram criadas em um tempo ou espaço onde não existiu a propriedade intelectual. Alguns autores produzem sem esperar benefício econômico algum, outros esperam ver suas obras difundidas de modo a auferir renda com ingressos para concertos e espetáculos, outros buscam financiamentos a suas obras alternativos à venda tradicional, entre tantos outros incentivos não puramente de ordem econômica.

Assim, uma das grandes questões na economia do direito do autor é se os investimentos públicos no sistema jurídico para protegê-los e a dificuldade de acesso por ele criada são justificáveis em termos de promoção do bem-estar social total. Em outras palavras, para o *copyright* promover a eficiência econômica, as suas principais doutrinas jurídicas devem buscar maximizar os benefícios para criação de novas obras em detrimento das perdas de limitar o acesso e os custos de administração de proteção de direitos autorais¹⁰³.

3.2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO AUTORAL

O custo para produzir uma obra expressiva, suscetível de proteção por direito autoral, é composto basicamente por dois elementos. O primeiro é o “custo de expressão”, diz respeito aos custos relacionados à criação da obra, pois está composto pelo tempo e esforço do autor e o custo do editor, intermediário ou até mesmo do próprio autor – dada a possibilidade proporcionada pela tecnologia atual – em ajustar a obra para a venda. O custo de expressão é fixo, não costuma variar com o número de cópias produzidas nem vendidas. O segundo, é o “custo de produção” de cópias, que está relacionado com os custos de impressão, encadernação, distribuição, entre outros – dependendo do tipo de obra que se trata. Se as cópias são físicas, assume-se que o custo é variável, entretanto quando se trata de obras digitais, este custo normalmente é zero.¹⁰⁴

¹⁰² BARBOSA, Denis Borges. **Uma Economia Direito Autoral**, p. 45-47.

¹⁰³ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. An Economic Analysis of Copyright Law. **The Journal Of Legal Studies**, Chicago, v. 18, n. 2, p.325-363, jun. 1989.

¹⁰⁴ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. **The economic structure of intellectual property law**, p. 37.

Sob o ponto de vista econômico, um editor produzirá cópias até que o custo marginal seja igual ao benefício marginal, ocasionado pelo ingresso das vendas, e a diferença entre o preço cobrado e o custo marginal multiplicado pelo número de cópias vendidas gerará a receita para compensar o custo de expressão. A diferença entre a receita total auferida na venda de cada um dos exemplares (que é igual ao preço cobrado menos o custo de produção de cada exemplar) menos o custo de expressão, será o lucro obtido pelo editor.

Assim, tendo em vista que a decisão em criar uma obra se dará sempre antes de saber qual será a demanda de cópias, pode-se dizer que um editor ou um autor apenas criará uma obra quando a diferença entre as receitas esperadas e os custos para produzir as cópias seja igual ou superior ao custo de expressão.¹⁰⁵

Para recuperar os custos de expressão os autores supostamente necessitariam do direito de autor. A ausência de um regime de direitos autorais acarretaria a redução do preço de mercado de uma obra expressiva em direção ao custo marginal de produção das cópias o que impossibilitaria ao autor e ao editor recuperar os custos empregados para a criação da obra, que, assim, optariam por não produzi-la¹⁰⁶. Falou-se “supostamente necessitariam” e não “necessitam”, pois existem muitos fatores que não dependem exclusivamente do direito autoral e que ainda assim garantiriam vantagens suficientes para incentivar os autores à criação de novas obras, como se verá abaixo.

Entretanto, há um fator nessa lógica relevante à análise econômica muitas vezes ignorado pela doutrina jurídica do direito autoral. A maioria das obras, ao serem criadas, dependem consideravelmente de obras anteriores, pois normalmente fazem referência a elementos de outras obras e adiciona a eles um elemento de expressão original. Nada é criado do nada.

Locke¹⁰⁷, na sua teoria das ideias complexas, afirma que a mente não possui ideias inatas, mas faculdades inatas: a mente percebe, lembra, e combina a ideias que lhe chegam do mundo exterior. O que a mente humana faz é simplesmente combinar várias ideias simples, anteriormente inteligidas, para formar uma composta,

¹⁰⁵ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. Op., Cit., p. 39.

¹⁰⁶ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. Op., Cit., p. 40-41.

¹⁰⁷ LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 55-139.

originando assim, todas as ideias complexas. As ideias complexas são aquelas produzidas pelo conhecimento repetindo, comparando ou unindo ideias simples. Quando se cria uma obra intelectual, segundo a teoria de Locke, não se está concebendo algo essencialmente novo em todos os seus aspectos, e sim combinando vários outros elementos, já conhecidos, e unindo em um só. Portanto, criar uma obra expressiva implica, em maior ou menor grau, utilizar e inspirar-se em obras anteriores e aportar a ela elementos de expressão original.

A Lei dos Direitos Autorais não define critérios objetivos suficientes para determinar a originalidade de uma obra, ou seja, para auferir se há diferença suficiente capaz de caracterizar que uma obra infringe, ou não, direitos contidos em outras predecessoras. Landes e Posner afirmam que para saber se uma obra infringe o direito sobre a outra é necessário que apresente “similaridades substanciais” e sugerem o seguinte critério para sua definição: “a suposta cópia de uma obra protegida constituirá uma infração se opera como um substitutivo adequado no mercado da vertente expressiva da obra, com o que reduziria consideravelmente sua demanda”¹⁰⁸. Assim, um manual de direito da propriedade intelectual, ainda que não use as mesmas palavras, as parafraseie, ou que simplesmente reordene a disposição do conteúdo de uma obra preexistente, mas que contenha ideias expostas à semelhança do seu antecessor, pode ser considerado um substitutivo adequado, incorrendo em “semelhança substancial” e infringindo, desse modo, os direitos autorais da obra antecedente.

Historicamente muitas obras influentes, em maior ou menor medida, utilizaram-se de obras antecessoras para compor seu conteúdo. Algumas, se aplicado o teste de “semelhança substancial” para comparar o quanto uma obra se assemelha a outra, infringiriam direitos do autor.

Em 1981, o escritor gaúcho, imortal da Academia Brasileira de Letras, Moacyr Scliar, escreveu o romance “Max e os Felinos”. O seu enredo era baseado na história de um menino alemão, chamado Max, que – devido naufrágio transatlântico ocorrido na viagem que vinha da Europa para o Brasil – teve de dividir um bote salva-vidas com um jaguar. Vinte anos depois, o escritor Yann Martel publicou um famoso livro, que lhe rendeu o maior prêmio da literatura da Inglaterra e também uma adaptação

¹⁰⁸ LANDES, Willian M.; POSNER, Richard A.. Op., Cit., p. 89.

ao cinema que venceu quatro Oscars, *“Life of Pi”*. O seu enredo era baseado na história de um menino indiano, chamado Pi, que – devido naufrágio transatlântico ocorrido na viagem que ia da Índia para o Canadá – teve de dividir um bote salva-vidas com um tigre de bengala¹⁰⁹. O caso ganhou grande repercussão na mídia, mas posteriormente o Centauro do Bonfim – como é chamado Moacir Scliar pelos gaúchos –, em entrevista, mostrando toda sua inteligência, afirmou que não pensou em levar uma ação judicial adiante, pois muitas vezes na história da literatura escritores usaram ideias de outros.

Shakespeare, um dos mais conceituados autores da história da literatura mundial, por exemplo, usava em sua obra dramática um modelo típico que consistia em tomar uma obra preexistente e aperfeiçoá-la. Landes e Posner¹¹⁰ afirmam que ele normalmente tomava o argumento e a maior parte dos personagens de uma obra histórica, uma biografia ou um drama e melhorava o argumento acrescentando alguns personagens secundários, modificando os principais e recebendo a maioria ou até a totalidade dos seus diálogos. Justificam tais afirmações mostrando a grande similaridade entre os diálogos e as descrições das personagens na obra *“Antônio e Cleópatra”* de Shakespeare com a tradução inglesa da obra do filósofo grego Plutarco *“The Life of Marcus Antonius”*.

Landes e Posner¹¹¹ afirmam que há ainda inúmeros casos em que se fosse usado o critério de “semelhança substancial” muitas obras infringiriam os direitos de outras. Na literatura, pode-se falar que *“Amor, Sublime Amor”* infringiria os direitos de autor sobre *“Romeu e Julieta”*; assim como a obra *“Medida por Medida”* infringiria os de uma peça elizabetiana, *“Promos e Cassandra”*. A própria obra *“Romeu e Julieta”* infringiria a obra de Arthur Brooke, *“A trágica história de Romeu e Julieta”*, publicada em 1562, que – por sua vez – infringiria a obra de Ovídio. *“Píramo e Tisbe”* – que em sua obra *“Sonhos de uma Noite de Verão”* Shakespeare encenou como uma peça dentro de uma peça: outra infração dos direitos autorais de Ovídio. Também, se o *“Antigo Testamento”* estivesse protegido pelos direitos de autor, seria infringido por *“O Paraíso Perdido”* de John Milton, publicada em 1667, e *“José e seus Irmãos”* de Thomas Mann, publicada entre 1933 e 1943. Ainda mais, em relação a autores e obras

¹⁰⁹ Exemplo extraído de PRANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. Op., cit., 2009, p. 32.

¹¹⁰ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. Op., Cit., p. 58-59.

¹¹¹ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. Op., Cit., p. 66-68.

antigas, como no caso de Olvídio e do “*Antigo Testamento*”, se desconhece as fontes e não se sabe até que ponto tais autores eram originais, nem até que ponto copiavam.

Ainda mais, na música pode-se perceber muitos exemplos em que uma nova obra musical utiliza trocas de ritmos ou melodias presentes em músicas anteriores: o último movimento da “*Primeira Sinfonia*” de Brahms, por exemplo, soa de maneira idêntica com o último movimento da “*Nona Sinfonia*” de Beethoven. Nem o Hino Nacional Brasileiro está imune: há uma grande semelhança com a composição do padre José Maurício Nunes Garcia, vivido entre 1767 e 1830, “*Matinas de Nossa Senhora da Conceição*”. Quando adentra na área das músicas populares, em que a tendência é a repetição de notas dentro de um campo harmônico, normalmente composto apenas por sete notas, percebe-se muitas similaridades substanciais¹¹².

Citou-se apenas alguns exemplos na literatura e na música, entretanto o uso de obras anteriores para a criação de novas obras ocorre também na pintura, no cinema, no teatro e em todas as formas de obras expressivas.

Falou-se que as obras, ao serem criadas, dependem consideravelmente de obras prévias. Quanto mais difícil for utilizar uma obra predecessora devido à necessidade da autorização do titular dos seus direitos, mais custosa será a criação de uma nova obra tanto no presente como no futuro, e neste ponto, o direito autoral serve, então, como entrave para a criação de novas obras, e não como incentivo.¹¹³

Pode-se concluir, portanto, que quanto menor for o âmbito de proteção do direito do autor, mais trabalhos prévios poderão utilizar em suas obras os autores, compositores, pintores ou qualquer espécie de criador, sem necessidade de negociar uma autorização. Conseqüentemente, o custo total para se criar uma obra nova será inferior, pois haveria menor incidência do custo de transação para se obter licenças ou autorizações.

¹¹² O Site <http://mcir.usc.edu/> possui um grande acervo de casos de que supostamente infringem direitos autorais em músicas. Inclusive dispõe a ordem cronológica os casos notórios levados a julgamento na Inglaterra e nos Estados Unidos desde o século XIX, com a possibilidade de comparação entre as obras e um relato sobre os casos.

¹¹³ LANDES, Willian M.; POSNER, Richard A.. Op., Cit., p. 66.

O efeito dos direitos autorais, segundo Landes e Posner¹¹⁴, seria neste caso o incremento nos custos de criação e, portanto, um número inferior de novas obras intelectuais que seriam criadas, paradoxalmente.

Dessa análise pode-se derivar que os criadores – futuros titulares de direitos de autor – podem considerar, em um estado anterior a publicação da sua obra, que seja desejável que se limite o âmbito e a duração da proteção dos direitos de autor, pois quando um autor posterior pode utilizar livremente as obras de um artista anterior, o custo de expressão do primeiro se reduz. Cada autor é simultaneamente um autor anterior – em relação às obras que estão por existir – e um autor posterior – em relação às obras que já existem. Quando assume o papel de autor anterior, deseja que suas obras sejam concebidas com a máxima proteção; ao passo que, quando assume o papel do autor posterior, prefere que o nível de proteção de uma obra alheia seja mínimo.

Portanto, conforme falou-se anteriormente, tratar a problemática econômica do direito de autor entre “incentivo” e “acesso” parece reduzir de maneira simplista uma matéria em toda a sua complexidade.

Há também um importante *trade-off*, muitas vezes ignorado, entre “incentivo” e “custo de expressão”, que se modifica conforme a amplitude de proteção dos direitos autorais. Uma tarefa essencial da normativa sobre os direitos autorais é determinar em que condições se alcança um equilíbrio ótimo entre os efeitos dos direitos de autor consistentes em fomentar a criação – pois a cópia se reduz – e, ao mesmo tempo, dissuadi-la – pois aumenta o custo de criação de uma obra.¹¹⁵

Em nível abstrato Landes e Posner afirmam onde se encontra o ponto ótimo da proteção autoral:

The efficient level of protection is found at the point at which the social benefits from further protection just equal the social costs. Above that point, additional protection increases costs more than benefits; below it, the benefits of strengthening copyright protection are greater than the resulting costs.¹¹⁶

¹¹⁴ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. Op., Cit., p. 69-70.

¹¹⁵ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. Op., Cit., p. 69-70.

¹¹⁶ Tradução livre: O nível eficiente de proteção encontra-se no ponto em que os benefícios sociais da proteção adicional é igual aos seus os custos sociais. Acima desse ponto, os custos são superiores

Assim, seria necessário encontrar um grau de proteção de direito de autor que fosse suficiente para proporcionar os incentivos adequados para suportar os custos de criação de obras suscetíveis de serem copiadas facilmente, entretanto um nível de proteção excessivo comporta um incremento nos custos de criação, a ponto de desincentivar a produção de novas obras. É importante encontrar em que ponto o incentivo à produção de novas obras se iguala ao desincentivo proporcionado pela restrição de obras disponíveis.

Ainda que o direito autoral possa representar em certo grau um entrave à criação de novas obras, pode ser um instrumento de correção de algumas distorções do ambiente econômico, a saber: (1) sem a proteção do direito autoral, os autores, editores e copistas teriam incentivos inadequados com relação ao momento temporal de adotar várias decisões, por exemplo, os editores – a fim de prolongar a vantagem temporal em relação aos copistas – tenderiam a não promover as obras antes da publicação, tampouco anunciariam as datas de lançamento, ao passo que os copistas tenderiam a instalar um sistema mais rápido e eficiente na produção de cópias; (2) haveria um incentivo para a produção de obras efêmeras, visto que no mercado deste tipo de obra os ganhos de ser o primeiro excederiam as perdas da ausência da proteção do direito de autor; (3) os detentores de direitos autorais tenderiam a impor limitações contratuais e tecnológicas dificultando a possibilidade de fazer cópias, o que aumentaria os custos de transação e a ineficiência; e (4) haveria um deslocamento da produção para trabalhos mais difíceis de copiar, por exemplo, o dramaturgo preferiria apenas encenar sua peça teatral, em vez de publicá-la.¹¹⁷

Por essa razão, é difícil afirmar que um regime jurídico de direito autoral seja positivo ou negativo sob ponto de vista de otimizar a produção de obras expressivas e gerar um bem-estar social. Segundo Landes e Posner, faltam argumentos teóricos e empíricos na análise econômica para que se valore o efeito global do direito autoral no bem-estar¹¹⁸. Entretanto, pode-se afirmar que nem sempre ele é necessário para induzir à criação de novas obras expressivas.

aos benefícios gerados; abaixo dele, os benefícios do reforço da proteção dos direitos de autor são maiores do que os custos dele decorrentes. LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. Op., Cit., p. 66.

¹¹⁷ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. Op., Cit., p. 57.

¹¹⁸ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. Op., Cit., p. 422.

Nesse sentido, Landes e Posner¹¹⁹ demonstram como alternativa nove argumentos que incentivam a produção de obras intelectuais mesmo na ausência dos direitos autorais. Abaixo passará a se analisar os principais.

1. *A cópia pode ser de qualidade inferior e não ser um substitutivo perfeito da original.* Muitas vezes é impossível que o copista consiga fazer uma cópia na mesma qualidade da original, portanto a cópia pode não ser capaz de satisfazer a demanda da totalidade dos consumidores. Em um mercado de obras únicas, como de uma pintura ou escultura, a cópia até pode ter um efeito positivo sobre o preço do original ou de suas vendas derivadas, pois faz publicidade da mesma. Por exemplo, um museu que permite a divulgação de uma pintura que nele se encontre, provavelmente atrairá mais visitantes e poderá lucrar com a venda de ingressos.

2. *O desenvolvimento de novas tecnologias podem limitar a obtenção de cópias.* Os arquivos digitais podem ser copiados sem perda de qualidade, de forma rápida e sem custos adicionais, entretanto com mecanismos de encriptação pode impedir que se faça uma cópia. Entretanto muitos problemas envolvem a encriptação, como a restrição de direitos adquiridos licitamente – por exemplo, alguém que compra uma música licitamente na internet, mas que está criptografada, impossibilitando-o de transferi-las para dispositivos diferentes para ouvi-la onde quiser, como no mp3 player, no carro, entre outros.

3. *A possibilidade de fazer cópia pode incrementar o valor da obra original.* Um livro é mais valioso para um leitor se lhe for possível fazer cópias das partes que julgue mais interessante. Um disco de música pode ser mais valioso para o comprador que pode gravá-lo em seu computador, assim como transportá-lo em seu celular para escutar enquanto pratica academia ou gravá-lo em um CD para escutar no carro. As bibliotecas das universidades pagariam mais a uma revista acadêmica que possibilita a cópia gratuita para professores e alunos, de modo a difundir seu conteúdo.

4. *A redução dos custos de cópia também reduziria os custos de produção dos titulares dos direitos de autor.* O editor obtém lucros vendendo as cópias dos livros que edita, as gravadoras, dos discos que lança, entre outros. Assim, quanto menores são os custos para fazer uma cópia, menor será seu custo de produção. Os avanços tecnológicos proporcionaram drásticas redução no custo de produzir cópias, que é a

¹¹⁹ LANDES, Willian M.; POSNER, Richard A.. Op., Cit., p. 41-50.

principal fonte de lucro de quem produz a obra. O desenvolvimento tecnológico, o crescimento dos mercados, a queda dos custos de transporte e os novos métodos de distribuição aumentaram a capacidade do produtor de obras expressivas em obter ingressos com a venda de cópias.

5. *O custo de expressão diminui em muitos setores da propriedade intelectual.* Os avanços tecnológicos somados à internet possibilitaram que os próprios autores sejam auto editores, que o próprio músico produza e lance seu CD, dentre outros, pois os custos de produção foram reduzidos. Além disso, é possível que se crie mercados específicos baseado na diversidade de cada gênero artístico, pois os autores podem direcionar a produção de suas obras ao seu público alvo consumidor.

6. *A publicação de uma obra aporta importantes benefícios aos autores que não apenas os provenientes da venda direta da obra.* A publicação e divulgação de uma obra gera, não só benefícios em termos de prestígio, celebridade ou outros ingressos não pecuniários, mas também em termos de ingressos pecuniários. Publicar é um método efetivo de fazer publicidade de si mesmo e de se autopromocionar, pois seu autor pode ganhar reconhecimento do público. Estes benefícios, por sua vez, podem render ingressos pecuniários superiores à própria obra publicada. Por exemplo, um autor – ao ser reconhecido por publicar livros sobre determinada matéria – pode ganhar mais participando de conferências e com promoção acadêmica; o advogado pode cobrar mais por seus honorários; o músico, ao ter sua obra mais acessível, pode incrementar o público presente em seus concertos e faturar com a venda de ingressos. Nesses casos, talvez, o criador até prefira menor proteção à sua obra, tendo em vista que os benefícios advindos de outras fontes, incentivadas pela maior circulação de suas obras, podem compensar os advindos exclusivamente com a sua venda.

Portanto, nem toda falha de mercado exige correção por meio de um direito de exclusividade. A proteção por direito autoral apenas é relevante na medida em que o autor pretenda que os compradores paguem pelo produto que cria, pois como visto acima, existem muitos outros benefícios que prescindem do direito de autor, ou são até superiores aos por ele garantidos.

Com base nesses argumentos, em uma análise mais detalhada, Gordon e Bone afirmam que apenas seria necessário do direito de autor quando: 1) O custo da criação

independente é muito elevado; 2) outros agentes são capazes de copiar a criação do autor por um custo inferior que o custo da criação independente; 3) a cópia é substituto perfeito para o produto original, quanto à qualidade, a confiabilidade, o número e a qualidade de redes de distribuição, autenticidade e os serviços resultantes de rede e de suporte ao produto; 4) os consumidores percebem os dois produtos como sendo substitutos perfeitos; 5) a diferença entre o custo do copista e o custo da criação independente é tão grande que o copista possa vender mais barato; 6) se não houver retorno dos custos da criação independente, ninguém investiria na atividade criativa; e 7) o criador independente pode recuperar seus custos somente por meio de vender ou licenças e não pode exercer discriminação de preços.¹²⁰

Por isso, é importante notar a funcionalidade de uma análise que aproxima direito e economia. O direito de exclusividade garantido pelo Estado ao criador não existe em virtude de direitos naturais ou intrínsecos, tratam-se simplesmente de meios para se chegar a um fim. Tal entendimento encontra-se na base constitucional do direito de autor, tendo em vista “o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País” e “o bem público e o progresso das ciências”¹²¹. A Constituição não contempla conceder direitos exclusivos aos autores puramente para seu enriquecimento pessoal. Isto é consistente com uma teoria de direito e economia para o direito autoral.¹²²

Assim o que deve ser ter em conta quando se trata de uma análise econômica do direito de autor é que o privilégio de monopólio garantido pelo aparato jurídico não é ilimitado e projetado para fornecer um benefício privado especial. Em vez disso, a concessão limitada é um meio pelo qual uma importante finalidade pública pode ser alcançada. Destina-se a incentivar a atividade criativa dos autores através do fornecimento de uma recompensa especial, e para permitir o acesso do público aos produtos da sua genialidade.

¹²⁰ GORDON, Wendy; BONE, Robert G. **Copyright**. 1999. Disponível em: <http://encyclo.findlaw.com/1610book.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2014.

¹²¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 13 nov. 2014.

¹²² SAG, Matthew J. Beyond Abstraction: The Law and Economics of Copyright Scope and Doctrinal Efficiency. **Tulane Law Review**, v. 81. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=916603>. Acesso em: 20 ago. 2014.

Nesse sentido, Landes e Posner¹²³ para que o direito de autor promova a eficiência econômica, suas doutrinas legais devem, antes de mais nada, (a) maximizar os benefícios de criar obras adicionais, (b) minimizar tanto as perdas resultantes da limitação do acesso (c) quanto os custos de administrar a proteção do direito de autor.

3.2.1. Duração e Escopo do Direito do Autor

Falou-se anteriormente que não há elementos para afirmar convincentemente que o alcance e a duração do direito de autor são ótimos. Entretanto, não se pode negar que o aumento do custo de controle da propriedade intelectual – devido a impossibilidade de controle de cópias proporcionado pela difusão digital – e o *rent-seeking* promovido pelo excesso de direitos concedidos pelo monopólio do mercado ao autor podem ser motivos para se considerar uma redução da duração dos direitos autorais sempre tendo em vista a otimização econômica. Por isso, a análise econômica é útil para demonstrar que os custos impostos pelo direito autoral ao acesso e a transação necessária para a criação de novas obras podem estar em desproporção aos seus benefícios em termos de incentivo para a criação de novas obras, o que coloca o sistema jurídico de direito do autor, do modo como é disposto, em questão.

Sobre isso, há duas questões a se considerar: a primeira – mais simples, mas não menos importante – é o tempo de duração dos direitos autorais, a segunda é sua abrangência, ou seja, o seu escopo de proteção.

Hoje a legislação brasileira, acompanhando a tendência mundial, prevê a possibilidade de exploração econômica de uma obra durante o prazo de 70 anos contados a partir do ano subsequente ao do falecimento do autor¹²⁴. Entretanto, se considerarmos que a concessão do direito de exclusividade se destina a proporcionar a criação de obras futuras, qualquer duração além da vida do autor pouco serviria para isso.

¹²³ LANDES, Willian M.; POSNER, Richard A.. An Economic Analysis of Copyright Law. **The Journal Of Legal Studies**, Chicago, v. 18, n. 2, p.325-363, jun. 1989.

¹²⁴ BRASIL. Lei nº 9610, de 19 de fevereiro de 1998. **Lei de Direitos Autorais**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 17 out. 2014.

Landes e Posner¹²⁵ afirmam que, para determinar o prazo ótimo, deve-se comparar os efeitos de um prazo superior nos incentivos com os efeitos nos custos de proteção e o acesso – tanto dos futuros criadores, quanto dos consumidores atuais. Colocando essa premissa em termos econômicos, chegam a conclusão de que o prazo de 25 anos, em média, seria suficiente para um nível ótimo de proteção.

Falou-se “em média”, pois deve-se considerar que a natureza dos trabalhos englobados pela lei de direito autoral é heterogênea e isso dificulta a definição de um regime ótimo, para todas as obras. Por exemplo, a produção televisiva efêmera, como um *reality show*, e um *software*, que em pouco tempo cai em desuso, são tratados nos mesmos moldes de uma criação literária, que pode ter valor comercial por séculos. Os dois primeiros bens tendem a ter seu valor comercial diminuído em um pequeno espaço de tempo, enquanto que a última tende a ter seu valor em vigor por mais tempo. Pode ser interessante, sob o ponto de vista do bem-estar social discriminar o tempo de duração para cada tipo de obra, conforme suas características.

Na contramão desta análise, entretanto, nota-se na história do direito de autor o aumento sistemático nos prazos de proteção. A primeira lei de direitos autorais, o Estatuto de Anne, previa o prazo de 14 anos; em 1981, se estipulou o prazo de 28 anos; e, assim por diante, até 120 anos após a morte estipulados por certos Tratados de Livre Comércio. Esse aumento gera receita em relação a obras já existentes, sem significar necessariamente produção de novas obras – nota-se portanto o *rent-seeking*¹²⁶. Aliás, existem provas empíricas de que a prorrogação do prazo de proteção não aumentou a produção de obras.¹²⁷

A segunda questão a se considerar, a fim de buscar um nível ótimo de proteção do direito de autor, é o escopo da proteção, isto é, a abrangência. O Estatuto de Anne, por exemplo, proibia apenas a cópia literal, não plágios ou semelhança substancial de outras obras. A ampliação dos direitos em relação apenas à cópia literal certamente

¹²⁵ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. **The economic structure of intellectual property law**, p. 213-214.

¹²⁶ BARBOSA, Denis Borges. Uma economia do Direito Autoral. In: BARBOSA, Denis Borges. **Direito de autor: questões fundamentais do direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p.. 486-488.

¹²⁷ HUI, Kai-Lung; PNG, I.P.L.. **On the Supply of Creative Work**: Evidence from the Movies. American Economic Review: Papers and Proceedings, 2002. *Apud* LANDES, William M.; POSNER, Richard A., Op., Cit.

aumenta a possibilidade de investimento em novas obras, entretanto apenas até certo ponto.¹²⁸

A primeira questão a ser considerada dentro do escopo de proteção do direito autoral é o “contributo mínimo”. Os direitos exclusivos só devem ser concedidos a obras cuja produção justifique o custo social da manutenção do monopólio. É necessário que a obra contenha o mínimo de criatividade para que não se proteja algo que é comum ou banal. Conforme ensina Ascensão ““se a obra é a forma de uma criação do espírito, necessariamente haverá que exigir nesta o caráter criativo”¹²⁹, assim “proteção é a contrapartida de se ter contribuído para a vida cultural com algo que não estava até então ao alcance da comunidade”¹³⁰. Assim, é necessário se criar um patamar mínimo de contribuição aos requisitos expressivos da sociedade para que se atribua proteção, do contrário o aparato jurídico apenas serviria para a criação de rendas sem qualquer contribuição social.

A segunda questão a se considerar é a proteção de ideias. As regras de direito autoral não devem proteger as ideias, e sim a expressão. E é natural que o façam, pois a proteção de ideias incentivaria a busca de renda não produtiva (*rente-seeking*). Como os custos de desenvolver uma ideia nova é provavelmente mais baixo do que a os ganhos em licenciar a ideia a terceiros, haveria uma corrida para desenvolver e proteger ideias, na esperança de que um autor menos engenhoso pagasse por seu uso¹³¹. Assim a proteção de ideias concederia ao autor um poder monopolístico desnecessário e não de geraria uma oferta ótima de criações do mesmo tipo.

Em terceiro lugar deve-se considerar as obras derivadas. A lei de direitos autorais define obra derivada aquela que, constituindo criação intelectual nova, resulta da transformação de obra originária. Assim, pode-se considerar obra derivada tanto uma tradução, quanto a adaptação para outro formato. Como exemplo podemos citar uma escultura que é usada em um filme, a fotografia de uma pintura, o uso em objetos de motivos de um filme, entre outros.

A questão, neste caso, é que o titular dos direitos do autor sobre a obra original pode estender seu monopólio sobre a obra derivada e impedir que esta entre no

¹²⁸ BARBOSA, Denis Borges. Op., cit., p. 487.

¹²⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op., cit., p. 50.

¹³⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op., cit., p.52.

¹³¹ LANDES, Willian M.; POSNER, Richard A.. Op., Cit., p. 91-97.

mercado sem a sua autorização ou licença. Deste modo, “o titular dos direitos se assegura do controle sobre os usos de sua obra que não servem como substitutos para a obra original e que exigem investimento independente do autor da obra derivada”¹³². Em consequência disso, recebe recursos econômicos não somente da sua obra original, como também do mercado da obra derivada. Pode-se citar alguns exemplos: o filme “*Batman Forever*” foi demandado a pagar indenização judicialmente por um arquiteto que se intitulava detentor dos direitos autorais de um pátio onde o batmóvel aparecia. Uma decisão judicial interrompeu por 28 dias a exibição do filme “Os Doze Macacos”, pois um *designer* alegou que uma cadeira que aparecia em uma cena no filme infringia os direitos autorais de uma cadeira que ele havia desenhado. O lançamento de “O Advogado do Diabo” foi suspenso por dois dias, pois um artista também alegou que uma de suas esculturas aparecia ao fundo de uma cena.¹³³

Dos exemplos acima, pode-se extrair que a exigência de submeter obras com uso meramente derivativo ao mesmo regime outorgado pela obra original pode acarretar ineficiência econômica.

Nesse contexto, importante a doutrina do *fair use* (uso justo) no sentido de limitação dos direitos autorais em caso específico. Na esfera internacional a limitação imposta pelo *fair use* segue a chamada regra dos 3 passos.

A Convenção de Berna para a proteção das obras literárias, artísticas e científicas – que encaminha as diretrizes para aplicação da proteção dos direitos autorais para os legisladores e intérpretes do direito nacionais – prevê em seu artigo Art. 9.2 que:

Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais (1º passo), contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra (2º passo) nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor (3º passo).¹³⁴

¹³² BARBOSA, Denis Borges. Op., cit., p. 40.

¹³³ LESSIG, Lawrence. **The future of ideas**: the fate of the commons in a connected world. New York: Random House, 2001, *apud* PRANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. Op., cit., p. 43.

¹³⁴ **Convenção de Berna Para A Proteção das Obras Literárias e Artísticas**. Paris, Disponível em: <http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil_conv_berna_09_09_1886_por_orof.pdf>. Acesso em: 24 out. 2014.

A Organização Mundial do Comércio no acordo TRIPS – sigla em inglês para “Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio” – também adotou a regra dos 3 passos em seu artigo 13:

Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais (1º passo), que não conflitem com a exploração normal da obra (2º passo) e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito (3º passo).¹³⁵

Aplicando-se a regra dos 3 passos, primeiramente só se poderia limitar o direito autoral em determinados “casos especiais”, restritos e definidos, apenas em uma análise casuística. No segundo passo, deve-se verificar se a “exploração normal” da obra não é afetada – tanto no momento da verificação, quando para explorações futuras – pela reprodução em obra derivado. Em termos práticos, a limitação não deve permitir que a obra beneficiada torne-se competidora com a obra originária. No terceiro e último passo, a obra derivada não pode prejudicar injustificadamente o “interesse legítimo” do titular do direito.¹³⁶

Gordon e Bone¹³⁷ afirmam que a ideia básica do *fair use* é a de permitir o uso de uma obra originária sempre que os obstáculos à formação de um mercado são sérios o suficiente para frustrar o acesso por meio de licenciamento, venda, ou outros modos de transferência consensual. Sob o ponto de vista econômico, se um mercado não se desenvolve para o uso e trabalho criativo de obras, altos custos de transação impedem a negociação, portanto proibir o uso ou a cópia não faz muito sentido, pois tais proibições iriam privar usos valiosos importantes sem qualquer retorno monetário aos criadores. Portanto, quando existem barreiras negociais impostas pelos altos custos de transação, o *fair use* pode ser uma importante ferramenta para induzir a criação de novas obras, por meio da facilitação de difusão de obras já existentes, sem prejudicar significativamente os titulares de obras anteriores.

¹³⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados Ao Comércio**. Suíça, Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/images/stories/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2014.

¹³⁶ BARBOSA, Denis Borges. Op., cit., p. 42.

¹³⁷ GORDON, Wendy; BONE, Robert G. Op., Cit.

Por fim, a quarta questão a ser abordada em relação à abrangência do direito autoral é o custo de transação. Barbosa¹³⁸ afirma que muitos custos estão envolvidos na proteção de direito autoral:

Pode ser impossível exercer o direito de exclusiva, seja por não haver interesse na repressão (camelôs, falta de fundos para responder à sanção), não haver meios institucionais (por exemplo, falta de repressão policial), ou (...) pela inexistência de “*gatekeepers*” (editores respondem por consumidores)¹³⁹.

Por óbvio, a ferramenta jurídica de proteção dos direitos autorais pode impor altos custos de transação relacionados a utilização de uma obra, pois além dos custos diretamente relacionados com remuneração do uso ao autor, a maior proteção legal pode criar dificuldades de identificação dos itens passíveis de proteção e seus respectivos titulares, de análise do risco jurídico envolvido no uso não-autorizado e de tempo e mão de obra relacionados à negociação com seus titulares.

Assim, pode-se afirmar que por muitas vezes o excesso de proteção gera um efeito adverso intrínseco: os custos de transação, causados pela complexidade e incerteza dos direitos de exclusiva.

Evidente notar, por derradeiro, que as leis nacionais – inclusive a brasileira – tratam o direito de autor, em toda sua heterogeneidade apresentada, como algo padronizado, tanto em relação ao escopo quando à duração da proteção. Entende-se, entretanto, que – a fim de se buscar o máximo de eficiência dos sistemas de propriedade intelectual – deveria esta se munir de prazos e escopos distintos para cada indústria, cada mercado e cada tipo de demanda.

¹³⁸ BARBOSA, Denis Borges. Op., cit., p.42.

¹³⁹ “*Gatekeepers* são intermediários do mercado que podem interromper violação de direitos autorais, por meio de alguma ação contra os infratores”. ORBACH, Barak Y.. **Gatekeepers, Piggybackers, And Freeloaders: Copyright Infringement In Multisided Markets**. Rogers College Of Law, Arizona, nov. 2005. Disponível em: <https://archive.nyu.edu/bitstream/2451/28441/2/Orbach_05-30.pdf>. Acesso em: 25 out. 2014.

3.2.2. Teoria da Escolha Pública

A pesar do que se falou no capítulo anterior no sentido de otimizar o escopo e o prazo de proteção dos direitos autorais, percebe-se que o direito autoral sofreu uma expansão significativa em escala mundial. A expansão, nas palavras de Jack Balkin¹⁴⁰, é tanto horizontal quanto vertical. É horizontal, pois aumentou o escopo dos direitos, como, por exemplo, na incidência sobre os trabalhos derivativos; e é vertical, pois aumentou o prazo de proteção por várias vezes e, por consequência, obras anteriores tiveram seus prazos estendidos retroativamente.

No Brasil, não foi diferente, a expansão do direito autoral, influenciada pelos tratados e convenções internacionais, repete os mesmos passos da legislação estrangeira. Mizukami¹⁴¹ aponta que primeiramente o Código Criminal do Império, de 1831, conferia uma proteção por um período de dez anos após a morte do autor. A Lei Medeiros de Albuquerque (Lei n. 496 de 1º de agosto de 1898), primeira lei civil a tratar do assunto no Brasil, conferia um prazo de proteção de 50 anos após o ano subsequente à publicação da obra. No Código Civil de 1916 o prazo de proteção era de 60 anos após a morte do autor. (art. 649, § 1º). A Lei de Direitos Autorais vigente (Lei n. 9.610/98) ampliou ainda mais o prazo de proteção: 70 anos após a morte do autor. Na dimensão horizontal, a lei atual restringiu as limitações e as exceções do direito autoral em relação à lei anterior (na lei anterior, por exemplo, era permitida a cópia privada), começou a proteger bases de dados, entre outros.

Depois de tudo o que foi pontuado pela doutrina indicada neste trabalho, como se pode – então – justificar a expansão dos direitos autorais?

A teoria da escolha pública “tenta explicar a legislação e, de modo geral, o processo político, modelando a atuação governamental como um resultado da interação da oferta e da demanda”¹⁴². Suponhamos que o mercado do ofertante está

¹⁴⁰ BALKIN, Jack M.. Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society. **New York University Law Review**, New York, v. 79, n. 1, p.1-55, 01 abr. 2004. Disponível em:

<<http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/telecom/digitalspeechanddemocraticculture.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2013.

¹⁴¹ MIZUKAMI, Pedro. Op., cit., p. 271-291.

¹⁴² LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. **The Political Economy of Intellectual Property Law**. Washington: The AEI Press, 2004, p. 10.

coeso e concentrado, enquanto o mercado do lado da demanda é muito difuso; é muito mais fácil o ofertante usar galgar mudanças legislativas em seu interesse por meio da ação organizada de seus agentes *lobistas*, do que o demandante ver seus interesses atendidos passivamente pela benevolência do legislador.

A expansão da proteção do direito de autor se explica pela teoria da escolha pública quando há uma assimetria entre o valor dos direitos de propriedade intelectual para os seus titulares e o valor da liberdade de usar ou copiar as obras sem a necessidade de negociação ou anuência deles. Sem dúvida, a efetividade dos direitos de propriedade intelectual confere ao seu titular maiores rendas econômicas se comparadas às rendas dos copistas ou dos usuários. Portanto, é factível que os titulares de direito de autor se organizem de maneira mais efetiva para a expansão dos seus direitos, ao passo que é pouco provável que os copistas se oponham coletivamente à expansão¹⁴³. Nesse contexto, mostra-se relevante a capacidade das organizações gestoras de direitos autorais na música – como o ECAD – em se organizar para proteger seus interesses.

A história do direito autoral está intimamente ligada à evolução da tecnologia e aos modelos de negócio que se firmaram ao redor dessas tecnologias. À medida em que as mídias se tornaram mais populares, as indústrias que criam seu conteúdo – como Hollywood, editoras e gravadoras – aumentaram o interesse e influenciaram a expansão dos direitos autorais, a fim de garantir o maior retorno monetário possível.¹⁴⁴

Landes e Posner¹⁴⁵ afirmam que, não obstante o valor social das obras em domínio público seja elevado, o seu valor privado é inferior ao das obras protegidas por direito autoral, pois não podem ser objeto de apropriação. Isso explica o motivo do aumento do prazo de duração dos direitos autorais norte-americanos, por meio do *Sonny Bono Act* em 1998, ter sido financiado pela Disney – que estava prestes a perder o Mikey Mouse, o Corcunda de Notre Dame e a Cinderela para o domínio público -, MCA, Viacom, Paramount Picture, Time Warner, entre outros. Em 1996, as emissoras de televisão e a indústria cinematográfica e musical “doaram” quase 1,5 milhão de dólares a seis dos oito parlamentares autores e coautores do projeto de lei que prorrogou o prazo de duração dos direitos autorais (sobre os outros dois políticos

¹⁴³ LANDES, Willian M.; POSNER, Richard A.. Op., cit., p. 14.

¹⁴⁴ BALKIN, Jack M.. Op., cit., p.16.

¹⁴⁵ LANDES, Willian M.; POSNER, Richard A.. Op., cit., 15-16.

não se tem informação disponível). Apenas a Disney, por exemplo, doou mais de 34 mil dólares a um único senador.

Outro fator a se considerar é que os avanços tecnológicos que facilitaram a cópia de arquivos digitais sem perda de qualidade, sem custos e de forma instantânea foram relevantes para que se levasse a cabo a expansão sem precedentes na história dos direitos de propriedade intelectual. Entretanto, em uma análise política e ideológica, Landes e Posner¹⁴⁶ ponderam que muito antes da revolução digital a proteção da propriedade intelectual experimentava expansão, devido ao fato de que a ideologia de livre mercado tende a defender os direitos de propriedade sobre aquilo que tem valor econômico. Isso se deriva da presunção de que os direitos de propriedade proporcionam os incentivos básicos para a atividade econômica privada e o substrato sobre o qual as transações alocam os recursos ao seu uso de modo mais eficiente. Todavia, a expansão demasiada da propriedade intelectual sob a ótica liberal acabou por ignorar muitos outros fatores relevantes, como as características econômicas distintas dos direitos de propriedade intelectual em comparação aos de propriedade material ou outras formas de (des)regulação e (não)intervenção estatal.

É até irônico que o ceticismo doutrina liberal não desconfie da eficiência da mão do governo que está sempre envolvido na proteção e no reconhecimento dos direitos de autor, de patentes e de marcas; ao passo que, quando se trata de bens materiais, não sem razão, suspeita da intervenção do Estado na propriedade. Talvez isso se explique pelo fato de que praticamente a totalidade dos bens materiais é objeto de propriedade privada e, por consequência, a totalidade das negociações relativas a eles são de caráter privado. Já, quando se trata de bens imateriais, o livre mercado não é suficiente para garantir o monopólio sobre as transações privadas.¹⁴⁷

Nas últimas décadas, a sociedade tem-se transformado passando de uma economia “industrial” para uma economia da “informação”, em conta disso o mercado de bens expressivos tem crescido de maneira significativa. Como consequência, nota-se um incremento nas rendas econômicas geradas pelos direitos de propriedade

¹⁴⁶ LANDES, Willian M.; POSNER, Richard A.. Op., cit., 22-23.

¹⁴⁷ LANDES, Willian M.; POSNER, Richard A.. Op., cit., 24.

intelectual, o que aumentou o interesse de quem é favorecido pela expansão do direito autoral em relação a quem se opõem a ela.¹⁴⁸

Como falou-se anteriormente, não se encontrou ao longo dessa pesquisa elementos empíricos que demonstrassem o ponto em que o direito autoral é concretamente eficiente sob a ótica econômica – muito embora encontrou-se fortes indícios de que não o é no nível em que se encontra. Entretanto, pode-se afirmar – ante o exposto – que a influência política, as tendências ideológicas e a pressão de grupos de interesse foram determinantes para que se chegasse ao nível de alcance e a duração atual.

¹⁴⁸ LANDES, Willian M.; POSNER, Richard A.. Op., cit., 30.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O número limitado de mediadores no processo de produção de obras criativas, que perdurou por um grande período, assegurou – ao menos em parte – o sucesso do direito de autor. Isso se deve ao fato de que os meios tecnológicos de reprodução têm sido – durante boa parte da história do direito autoral – algo relativamente caro e sujeito a controle político. O número de copiadoreis “caroneiros” se mostrou, até a revolução digital, reduzido. Por isso, o controle dos detentores da tecnologia de reprodução se mostrou eficiente, pois os titulares dos direitos podiam detectar facilmente seus concorrentes não-autorizados e agir sobre eles, impedindo a infração aos seus direitos. A situação muda, entretanto, quando os consumidores passaram a ter possibilidades de copiar as obras expressivas e competir eficazmente com o mediador no mercado. Assim, o capital levantado pela editora ou pela gravadora para instituir uma indústria de obras expressivas, deixou de ser necessário.¹⁴⁹

Os criadores, facilitado pelo momento técnico atual, puderam assumir a reprodução e a distribuição de sua produção de obras. Hoje, todos são potencialmente “Shakespeares” e “Guttembergs”. Aliás, chegou-se a um ponto em que a tecnologia resultante da revolução digital possibilitou a agregação de criadores individuais em organização complexa para a criação de novas obras.¹⁵⁰

A realidade dá indícios de que a justificativa econômica clássica do direito autoral não mais se opera. Em tempos em que os meios técnicos proporcionam a produção e reprodução em massa de obras a baixo custo, sem a necessidade de controle político, parece ineficiente a reconstrução de ferramentas jurídicas para garantir a retribuição monetária aos titulares dos direitos autorais – que, em regra, são os intermediários.

Novos modelos de criação, distribuição e exploração da obra estão disponíveis, de modo que é possível – não obrigatório – dispensar o intermediário, o que implicaria a produção de diferentes tipos de obras e sua divulgação para consumo livre de quem

¹⁴⁹ BARBOSA, Denis Borges. Op., cit., p. 497-498.

¹⁵⁰ BARBOSA, Denis Borges. Op., cit., p. 499.

as desejar. Maior quantidade de obras e liberdade de uso, por sua vez, reduziria os custos relacionados ao sistema de direito de autor.

Como visto no decorrer desse estudo, o ponto chave na verificação da eficiência dos direitos autorais é determinar se os custos sociais de sua manutenção superam os benefícios. O direito de exclusividade não possui um fim em si mesmo, servem apenas até o ponto em que induzem a criação de novas obras – o benefício dinâmico. Se os custos relacionados à administração, à proteção, à criação, ao *rent-seeking* e à transação dos direitos autorais são maiores que os seus benefícios, não há racionalidade alguma em se preservar o sistema nos moldes atuais.

O avanço tecnológico aliado a revolução digital – assim como a imprensa de Gutemberg à sua época – proporcionou uma mudança sem precedentes na história da humanidade. É necessária – assim como ocorreu na época de Gutemberg – uma mudança paradigmática na proteção dos direitos de autor.

A Internet é o mercado mais competitivo que se tem conhecimento, preços caem ao custo marginal, aproximam-se de zero a cada instante, especialmente para bens imateriais. O caminho à liberdade tornou-se não só uma opção, mas inevitável. A arte e a ciência querem ser livres.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. **Direito Autoral**. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BALKIN, Jack M. Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society. **New York University Law Review**, New York, v. 79, n. 1, p.1-55, 01 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/telecom/digitalspeechanddemocraticculture.pdf>> . Acesso em: 03 nov. 2013.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado de propriedade intelectual**: Tomo I. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. Uma economia do Direito Autoral. In: BARBOSA, Denis Borges. **Direito de autor**: questões fundamentais do direito de autor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 449-535

BARROS, Carla Eugenia Caldas. **Manual de Direito da Propriedade Intelectual**. Aracaju: Evocati, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 13 nov. 2014.

_____. Lei nº 9610, de 19 de fevereiro de 1998. **Lei de Direitos Autorais**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 17 out. 2014.

COASE, Ronald. **The Problem of Social Cost.** *Journal of Law & Economics*, v. 3, p.1-44, out. 1960. Disponível em:
<http://grecof2.econ.univpm.it/esposti/wiki/lib/exe/fetch.php?media=didattica:coase_jle1960.pdf>. Acesso em: 14 out. 2014.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia.** 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

Convenção de Berna Para A Proteção das Obras Literárias e Artísticas. Paris, Disponível em:
<http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil_conv_berna_09_09_1886_por_orof.pdf>. Acesso em: 24 out. 2014.

GAMA CERQUEIRA, João da. **Tratado da Propriedade Industrial:** Da Propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos. Vol.I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GORDON, Wendy; BONE, Robert G. **Copyright.** 1999. Disponível em:
<http://encyclo.findlaw.com/1610book.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2014.

HENDERSON, David R., "Rent Seeking." **The Concise Encyclopedia of Economics.** 2008. Library of Economics and Liberty. 2 December 2014. Disponível em <http://www.econlib.org/library/Enc/RentSeeking.html>. Acesso em 02 nov. 2014.

JOHNSON, Eric E.. **Intellectual Property's Great Fallacy.** 2011. Disponível em:
<<http://ssrn.com/abstract=1746343>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

LANDES, Willian M.; POSNER, Richard A.. **The Political Economy of Intellectual Property Law.** Washington: The AEI Press, 2004.

_____. **The Economic Structure of Intellectual Property Law.** Cambridge, Massachusetts, and London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

_____. An Economic Analysis of Copyright Law. **The Journal Of Legal Studies**, Chicago, v. 18, n. 2, p.325-363, jun. 1989.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

_____. **Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

MANKIW, Gregory N. **Principios de Economía**. 2. ed. Madrid: Mcgraw-hill Interamericana de España, 2002.

MINATTI, Luis Gustavo. Análise Econômica do Direito de Autor E Impactos Da Pirataria. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 2 (2013), nº 2. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Alameda da Universidade. 1649-014 Lisboa. Portugal

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. **Função Social da Propriedade Intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88**. 2007. 537 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

NASH. John Forbes, **Non-cooperative games**. Disponível em: <http://www.princeton.edu/mudd/news/faq/topics/Non-Cooperative_Games_Nash.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2014.

NUNES, Simone Lahorgue. **Direito Autoral, direito antitruste e princípios constitucionais correlatos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ORBACH, Barak Y.. **Gatekeepers, Piggybackers, And Freeloaders: Copyright Infringement In Multisided Markets**. Rogers College Of Law, Arizona, nov. 2005. Disponível em: <https://archive.nyu.edu/bitstream/2451/28441/2/Orbach_05-30.pdf>. Acesso em: 25 out. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Estocolmo que Institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual**, 14 julho 1967. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/WIPO-World-Intellectual-Property-Organization-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-de-Propriedade-Intelectual/convencao-que-institui-a-organizacao-mundial-da-propriedade-intelectual.html>>. Acesso em: 02 out. 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados Ao Comércio**. Suíça, Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/images/stories/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2014

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 9. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

PLANT, Arnold. The Economic Theory Concerning Patents for Inventions. **Economica**, London, v. 1, n. 1, p.30-51, fev. 1934. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/2548573?uid=2&uid=4&sid=21104735289821>>. Acesso em: 02 out. 2014.

PRANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora Fgv, 2009.

SAG, Matthew J. Beyond Abstraction: The Law and Economics of Copyright Scope and Doctrinal Efficiency. **Tulane Law Review**, v. 81. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=916603>. Acesso em: 20 ago. 2014.

SANTOLIM, Cesar. **Teoria Econômica da Propriedade**. Porto Alegre: Programa de Pós-graduação em Direito UFRGS, 2011. 130 slides, color. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. A propriedade agrária e suas funções sociais. In: **O direito agrário em debate**. Domingos Sávio Dresch da Silveira e Flávio Sant'Ánna Xavier (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

YU, Peter. **Of Monks, Medieval Scribes, and Middlemen**. Michigan State Law Review, 2006, p. 1-30. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=897710>. Acesso em: 20/08/2014.