



Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro



Vol. nº 172-173, ago. 2016/jul. 2017

RDM 172/173

Doutrina e Atualidades:

- 1 – "Intuitu Commercium: Reflexões Sobre a Influência a Dinâmica Empresarial nos Contratos Personalíssimos" (autor: Rodrigo Rocha Feres Ragil)
- 2 – "A Falácia das Patentes na Visão Crítica de Boldrin e Levine" (autores: Leonardo Toledo da Silva e Rafael Dias Côrtes)
- 3 – "Beyond Legal Formalism in Brazil: The Law and Poverty Group Experience" (autores: Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa, Lilian Manoela Monteiro Cintra de Mello e Raquel de Mattos Pimenta)
- 4 – "O Direito Registral Empresarial" (autor: José Engrácia Antunes)
- 5 – "El Desafío de la Normativa Concursal Italiana para Lograr la Eficacia de los Procedimientos" (autora: Stefania Pacchi)
- 6 – "Contratos Preliminares e Contratos Definitivos" (autor: Luciano Zordan Piva)
- 7 – "Os Poderes da Assembleia Geral dos Credores e o Abuso do Direito de Voto" (autor: Newton de Lucca)
- 8 – "Criação e Reforma do Novo Mercado da Bolsa de Valores: Os Limites da "Solução Alternativa"" (autora: Anna Binotto Massaro)
- 9 – "Liberdade e Intervenção em Contratos Empresariais: Reflexões à Luz de Precedente do Superior Tribunal de Justiça" (autora: Victória Baruselli Cabral de Melo)
- 10 – "Validade ou Não da Cláusula Resolutiva Expressa em Contratos Públicos pela Recuperação Judicial" (autor: Luiz Fernando Rocha Silva)
- 11 – "Investment fund voting in Brazilian public companies" (autor: Alexandre Edde Diniz de Oliveira)

ISBN 978-65-89904-76-2



9 786589 904762 >



rdm

revista de direito mercantil



EXPERT
EDITORA DIGITAL

Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro

**REVISTA DE
DIREITO
MERCANTIL
industrial, econômico
e financeiro**

172/173

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano LVI (Nova Série)
agosto 2016/julho 2017

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
Industrial, econômico e financeiro
Nova Série – Ano LVI – ns. 172/173 – ago. 2016/jul. 2017
FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROFS. PHILOMENO J. DA COSTA e FÁBIO KONDER COMPARATO

CONSELHO EDITORIAL

ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, ANA DE OLIVEIRA FRAZÃO, CARLOS KLEIN ZANINI,
GUSTAVO JOSÉ MENDES TEPEDINO, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU,
JOSÉ AUGUSTO ENGRÁCIA ANTUNES, JUDITH MARTINS-
COSTA, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS,
PAULO DE TARSO DOMINGUES, RICARDO OLIVEIRA GARCÍA,
RUI PEREIRA DIAS, SÉRGIO CAMPINHO.

COMITÊ DE REDAÇÃO

CALIXTO SALOMÃO FILHO, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS
LEÃES, MAURO RODRIGUES PENTEADO,
NEWTON DE LUCCA, PAULA ANDRÉA FORGIONI, RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTÍN,
EDUARDO SECCHI MUNHOZ, ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA,
FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR, HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,
FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR, HAROLDO MALHEIROS
DUCLERC VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO,
MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES, NEWTON SILVEIRA,
PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, PAULO FRONTINI,
PRISCILA MARIA PEREIRA CORRÊA DA FONSECA, JULIANA KRUEGER PELA,
JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA, BALMES VEGA
GARCIA, RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES,
CARLOS PAGANO BOTANA PORTUGAL GOUVÊA, ROBERTO
AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER,
SHEILA CHRISTINA NEDER CEREZETTI, VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO,
MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, MARCELO VIEIRA VON ADAMEK.

COORDENADORES ASSISTENTES DE EDIÇÃO

JOÃO PAULO BRAUNE GUERRA.

ASSESSORIA DE EDIÇÃO DISCENTE

ALESSANDRO DA MATA VASCONCELOS, CAMILA

BOVOLATO RODRIGUES, CAROLINA CAPANI,

GIULIA FERRIGNO POLI IDE ALVES, GUSTAVO CANHISARES MAZUCA,

ISABELLA PETROF, JOÃO PEDRO SIMINI RAMOS PEREIRA,

JULIA BORGES ENDLER, KAREN MAYUMI CARVALHO

TAHYRA, KAWAN HERCULINO TOSTES,

LARA BEGNAME DE CASTRO, LUCA AKIRA MOUTINHO

FUJISAKA, MARIA CLARA CARVALHO DE SENA,

MATEUS BERNARDES DOS SANTOS, MATHEUS CHEBLI,

PEDRO HENRIQUE MANFRINI, RODOLFO PAVANELLI MENEZES,

RODRIGO FIALHO BORGES, SERGIO COELHO DE AZEVEDO

JUNIOR, SOFIA DALLA DÉA BARONE,

VICTÓRIA DIAZ DA SILVA, VIRGÍLIO MAFFINI GOMES.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

Publicação trimestral da

Editora Expert LTDA

Rua Carlos Pinto Coelho,

CEP 30664790

Minas Gerais, BH – Brasil

Diretores: Luciana de Castro Bastos

Daniel Carvalho

Direção editorial:

Luciana de Castro Bastos

Diagramação e Capa:

Daniel Carvalho e Igor Carvalho

Revisão:

Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

AUTORES: Alexandre Edde Diniz de Oliveira, Anna Binotto Massaro, Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa, José Engrácia Antunes, Leonardo Toledo da Silva, Lilian Manoela Monteiro Cintra de Mello, Luciano Zordan Piva, Luiz Fernando Rocha Silva, Newton de Lucca, Raquel de Mattos Pimenta, Rafael Dias Côrtes, Rodrigo Rocha Feres Ragil, Stefania Pacchi, Victória Baruselli Cabral de Melo

ISBN: 978-65-89904-76-2

Publicado Pela Editora Expert, Belo Horizonte,

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



COLABORADORES

ALEXANDRE EDDE DINIZ DE OLIVEIRA

Candidato a Graduação em Direito (*Doctor of Law*), Harvard Law School.
Bacharel em Direito, Universidade de São Paulo.

ANNA BINOTTO MASSARO

Doutoranda em Direito Comercial na Universidade de São Paulo.
Bacharel em Direito pela USP. Foi intercambista do *Yale Latin American Linkages Program*, assistente de pesquisa do Núcleo de Direito, Economia e Governança da FGV Direito/SP, integrando, na mesma instituição, a equipe de pesquisa do Grupo de Estudos da Relação entre Estado e Empresa Privada (GRP).

CARLOS PAGANO BOTANA PORTUGAL GOUVÊA

Professor Doutor de Direito Comercial da Universidade de São Paulo (USP) e sócio fundador do *PGLaw*. Doutor em Direito pela Universidade de Harvard (S.J.D.). Doutor e bacharel pela USP. Foi professor visitante na *Yale Law School* e na *Wharton Business School* da *University of Pennsylvania*. É credenciado pela Ordem dos Advogados do Brasil e pela *New York State Bar Association*. Membro Vice-Presidente da Comissão de Mercado de Capitais e Governança Corporativa da OAB-SP e membro do conselho da Comissão *Fulbright* do Brasil. Foi membro do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES

Professor de Direito Comercial, Mestre em Direito (Universidade Católica Portuguesa, 1989) e Doutor em Direito (*European University Institute*). Estagiário da Comissão das Comunidades Europeias (Bruxelas, 1987), investigador e assistente do EUI (Florença, 1988), bolseiro do INIC (Lisboa, 1986-1989). Professor convidado e/ou visitante em diversas universidades estrangeiras (Bona, Tóquio, Londres, Connecticut, Fontainebleau, Madrid, São Paulo, Caracas, Aarhus, Frankfurt, Luxemburgo, Viena, Brasília). Membro da Sociedade Científica da Universidade Católica. Membro do *European Company*

Law Group. Colaborador do Banco de Portugal (1997) e da Comissão Europeia (2011). Autor de monografias, artigos e estudos de reforma legislativa no domínio da Filosofia de Direito, Direito Comercial, Direito das Sociedades, Direito Bancário, Direito do Mercado de Capitais, Direito dos Contratos Comerciais, Direito da Concorrência, e Direito Cambiário, publicados em editoras portuguesas, brasileiras, espanholas, francesas, alemãs, italianas, argentinas, holandesas e norte-americanas.

LEONARDO TOLEDO DA SILVA

Possui graduação em direito pela Universidade de São Paulo (2001), mestrado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2006), e Doutorado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2015). É professor, advogado e árbitro, autor de obras em matérias relacionadas a Direito da Construção e Direito Societário. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito da Construção - IBDIC.

LILIAN MANOELA MONTEIRO CINTRA DE MELLO

Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP. Bacharel em direito pela mesma instituição, com período de mobilidade internacional no *Institut d'Études Politiques de Paris (Sciences-Po)*. Foi Pesquisadora Visitante do *Institute for Global Law and Policy* da Faculdade de Direito de Harvard, coordenadora do Grupo Direito e Pobreza da Faculdade de Direito da USP, professora contratada das disciplinas de Direito Internacional Econômico e Aspectos Jurídicos das Relações Internacionais do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU e assistente da disciplina Comércio Internacional e Concorrência da Universidade de Brasília – UNB. Assessora de Ministro do STF.

LUCIANO ZORDAN PIVA

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Pesquisador do NEF – Direito Empresarial, Recuperação de Empresas e Falências. Fez intercâmbio acadêmico na *Lund University*, na Suécia, onde estudou disciplinas de Direito e Economia. Foi *Visiting Scholar* na *University of Illinois College of Law at Urbana-Champaign*, onde desenvolveu pesquisa com o

Professor Aviram Amitai na área de Direito Societário e Fusões e Aquisições. Foi aluno da disciplina de *Bankruptcy* ministrada pelo Professor Charles J. Tabb.

LUIZ FERNANDO ROCHA SILVA

Graduado em Direito pela Faculdade Milton Campos com Pós-graduação em andamento em Direito e Gestão Jurídica pelo Ibmecc.

NEWTON DE LUCCA

Mestre, Doutor, Livre-Docente, Adjunto e Professor Titular pela Faculdade de Direito da USP, onde leciona nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação. Professor do Corpo Permanente da Pós-Graduação *Stricto Sensu* da UNINOVE. Desembargador Federal Presidente do TRF da 3ª Região. Membro da Academia Paulista de Magistrados, da Academia Paulista de Direito. Presidente da Comissão de Proteção ao Consumidor no âmbito do comércio eletrônico do Ministério da Justiça. Vice-Presidente do *Instituto Latino-Americano de Derecho Privado*.

RAQUEL DE MATTOS PIMENTA

Professora e pesquisadora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito/SP. Integrante do Núcleo Teorias e Fronteiras do Direito e Desenvolvimento na mesma instituição. Doutora e Mestre em Direito Econômico e Economia Política na Faculdade de Direito da USP. Foi bolsista *Fulbright* e Pesquisadora Visitante na *Yale Law School* e Pesquisadora Visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Georgetown. Foi pesquisadora de Pós-Doutorado *Global Fellow* na FGV Direito/SP). Teve bolsa de pesquisa de Mestrado e Iniciação Científica concedida pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP. Graduada pela FD-USP. Intercâmbio de Graduação no *Institut d'Études Politiques em Paris (Sciences Po)*.

RAFAEL DIAS CÔRTEZ

Mestrando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo - USP. MBA em Gestão Corporativa pela Estação Business School. Especialista em Direito Processual Civil, com ênfase na Administração Pública, pelo Instituto

de Direito Romeu Felipe Bacellar Filho. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Membro da Comissão de Gestão Pública da Ordem dos Advogados do Brasil - PR. Sócio de Hauer, Côrtes - Advogados.

RODRIGO ROCHA FERES RAGIL

Mestre em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-Graduado em Direito Internacional pelo Centro de Direito Internacional. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, com intercâmbio acadêmico na *Université de Versailles* (França). Gerente Jurídico da *Avenue Code* (avenecode.com).

STEFANIA PACCHI

Professora Catedrática de Direito Comercial do Departamento de Direito da Universidade de Siena. Diretora do Departamento de Direito da Universidade de Siena. Diretora do Curso de Formação Avançada em Direito da Falência da Universidade de Siena. Presidente do Instituto *Ibero-Americano de Derecho Concursal*. Membro do Conselho Diretivo da Escola de Especialização para as Profissões Jurídicas da Universidade de Siena. Membro do Conselho Acadêmico do Doutorado em Instituições e Direito Econômico da Universidade de Siena. Membro fundadora e membro do comitê científico do Instituto *Ibero-Americano de Derecho Concursal*. Membro Correspondente Estrangeiro do Instituto Empresarial da Academia de Direito e Ciências Sociais de Córdoba/Argentina. Fundadora e Presidente da *Association for Insolvency Studies of Tuscany* (ASCo. T.). Faz parte da redação das revistas: *Direito Comercial*, *Revista do Direito Comercial* e *Falência e Direito Comercial Societário*. Em 2008 foi selecionada pelo INDECOPI (Instituto Nacional de Processos de Falências e Propriedade Industrial do Peru) e pelo Banco Mundial para ministrar um curso de palestras em Lima sobre os aspectos críticos do direito falimentar peruano. Em 2010 foi chamada como docente no curso de especialização em direito da insolvência da Universidade Católica Javeriana de Cali (Colômbia). Docente do Mestrado em “La Insolvencia empresarial”, da Universidade *San Pablo CEU* de Madri. Inscrita no Registro Especial de Advogados do Tribunal de Florença. Palestrante em conferências na Itália e no exterior.

VICTÓRIA BARUSELLI CABRAL DE MELO

Mestranda em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Comercial (*Master 2 Droit des Affaires*) pela *Université Paris 1 Panthéon Sorbonne*. Bacharela em Direito pela USP. Formada em Direito (*Licence en Droit*) pela *Université de Lyon*, no âmbito do programa *Partenariats Internationaux Triangulaires d'Enseignement Supérieur* – PITES. Realizou curso de verão na *Shanghai Jiao Tong University*. Realizou intercâmbio acadêmico na *Université Paris 2 Panthéon Assas*. Foi bolsista de iniciação científica do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC.

SUMÁRIO

INTUITU COMMERCIIUM REFLEXÕES SOBRE A INFLUÊNCIA DA DINÂMICA EMPRESARIAL NOS CONTRATOS PERSONALÍSSIMOS.....	17
<i>Rodrigo Rocha Feres Ragil</i>	
A FALÁCIA DAS PATENTES NA VISÃO CRÍTICA DE BOLDRIN E LEVINE..	47
<i>Leonardo Toledo da Silva; Rafael Dias Côrtes</i>	
BEYOND LEGAL FORMALISM IN BRAZIL: THE LAW & POVERTY GROUP EXPERIENCE.....	77
<i>Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa; Lilian Manoela Monteiro Cintra de Mello; Raquel de Mattos Pimenta</i>	
O DIREITO REGISTRAL EMPRESARIAL	101
<i>José Engrácia Antunes</i>	
EL DESAFÍO DE LA NORMATIVA CONCURSAL ITALIANA PARA LOGRAR LA EFICACIA DE LOS PROCEDIMIENTOS	165
<i>Stefania Pacchi</i>	
CONTRATOS PRELIMINARES E CONTRATOS DEFINITIVOS.....	187
<i>Luciano Zordan Piva</i>	
OS PODERES DA ASSEMBLEIA GERAL DOS CREDITORES E O ABUSO DO DIREITO DE VOTO	233
<i>Newton De Lucca</i>	
CRIAÇÃO E REFORMA DO NOVO MERCADO DA BOLSA DE VALORES: OS LIMITES DA “SOLUÇÃO ALTERNATIVA”	257
<i>Anna Binotto Massaro</i>	

LIBERDADE E INTERVENÇÃO EM CONTRATOS EMPRESARIAIS: REFLEXÕES À LUZ DE PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	293
---	-----

Victória Baruselli Cabral de Melo

VALIDADE OU NÃO DA CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA EM CONTRATOS PÚBLICOS PELA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	311
---	-----

Luiz Fernando Rocha Silva

INVESTMENT FUND VOTING IN BRAZILIAN PUBLIC COMPANIES: AN EMPIRICAL ANALYSIS	341
--	-----

Alexandre Edde Diniz de Oliveira

A FALÁCIA DAS PATENTES NA VISÃO CRÍTICA DE BOLDRIN E LEVINE

Leonardo Toledo da Silva
Rafael Dias Côrtes

1.Introdução. 2.Os fundamentos teóricos do modelo de monopólio patentário: *received wisdom*. a. As presunções centrais do *received wisdom*. b. As conclusões centrais do *received wisdom*. **3. As críticas de Boldrin e Levine ao modelo de monopólio patentário.** a. A premissa de que quem inova são as grandes corporações. b. A teoria da *creative destruction*. c.Desconstruindo as conclusões do *received wisdom*: as evidências empíricas de que patentes não induzem à inovação. i.*Patentes realmente levam a um maior nível de produção da economia?* ii. A refutação à teoria do “U” Invertido (*Inverted U Relationship*) **4. O modelo da concorrência como solução à inovação.** **5. Conclusões.** a. Conclusões e recomendações de Boldrin e Levine. b. Outras reflexões dos autores desse artigo 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O relatório da Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE) denominado “*Patents and Innovation: Trends and Policy Challenges*”, publicado em 2004, que se propõe a analisar as tendências atuais e recomendar políticas em relação ao sistema de patentes de países membros, assim inicia seu capítulo introdutório: “As patentes exercem um papel ascendentemente importante na

inovação e no desempenho econômico”⁴⁶. Essa é, de fato, a premissa maior a partir da qual se sustenta todo o sistema legal de proteção a invenções: a noção de que o monopólio legal advindo da patente é uma condição crucial para o fomento à inovação e, portanto, para o desenvolvimento tecnológico e social.

É interessante notar, todavia, que, ao utilizar essa premissa em sua frase inicial, como base de continuação de todo o seu raciocínio, o relatório da OCDE transparece o quanto essa hipótese é tida como um fato incontestável pelos trabalhos em geral que tratam de temas relacionados à propriedade industrial. Desde a instituição do modelo patentário, justamente por ser tida como sagrada, quase um dogma, e também talvez por ter uma forte coerência intuitiva, essa hipótese pouco foi confrontada pelos trabalhos teóricos e, sobretudo, empíricos de economia e direito⁴⁷.

Geralmente, as construções teóricas em matéria de propriedade industrial são formuladas a partir dessa premissa. Entretanto, o que ocorreria se essa premissa fosse falsa? E se, por um acaso, o sistema de patentes tivesse como consequência frear inovações e, portanto, retardar o processo tecnológico?

A resposta, embora drástica, parece clara. O sistema de patentes ruiria.

Tem surgido na última década, na doutrina econômica, encabeçadas por Michele Boldrin e David K Levine⁴⁸, algumas vozes bastante eloquentes afirmando, sem meias palavras, que o modelo de proteção patentária é baseado, como um todo, em uma premissa equivocada. E que, além de não incentivar a inovação, ao contrário,

46 Organisation For Economic Co-Operation And Development (OECD), *Patents And Innovation: Trends And Policy Challenges*, Paris, 2004, p. 5.

47 *Competition and Innovation*, Michele Boldrin, Juan C Allamand, David K Levine e Carmine Ornaghi, Cato Papers on Public Policy, Vol. 1, 2011, Cato Institute, p. 4.

48 Tais pesquisadores publicaram, por vezes com a participação de outros pesquisadores, uma série de artigos em matéria de Inovação e Propriedade Industrial, os quais podem ser obtidos em <http://www.micheleboldrin.com/research/innovation.html>.

o modelo de monopólio patentário tende a retardar o processo de inovação.

O presente trabalho não tem como objetivo efetivamente concluir pela negação ou confirmação da premissa maior do sistema de patentes. Todavia, se houver uma chance ao menos razoável de que Boldrin e Levine estejam certos em suas alegações, a análise criteriosa dessa premissa parece ser a questão científica e acadêmica mais relevante a ser estudada em matéria de propriedade industrial.

O objetivo, portanto, deste artigo será o de efetuar uma síntese desta linha teórica contemporânea que tem tentado justamente questionar a premissa maior da propriedade industrial, buscando resposta às seguintes questões: (i) o atual regime de propriedade industrial, baseado na concessão de poderes de monopólio sobre o objeto da patente, atinge o objetivo de proteger e fomentar a inovação? e (ii) Qual regime de propriedade industrial é mais desejável sob o ponto de vista econômico-social?

Para responder às questões acima, o presente artigo dividir-se-á em três partes, além de sua conclusão. Na parte inicial, serão apresentados os fundamentos teóricos do chamado *received wisdom*, linha de pensamento construída a partir do trabalho de Joseph Schumpeter e que deu embasamento à conclusão de que o modelo de monopólio patentário é um “mal necessário” à garantia de inovações tecnológicas. Na segunda parte, este artigo abordará os argumentos de Boldrin e Levine que, além de desconstruir os fundamentos teóricos do *received wisdom*, indicam haver fortes evidências empíricas de que, ao contrário do que se pensa, o modelo de monopólio patentário acaba por frear inovações. Na terceira parte deste artigo, será abordada uma proposta teórica que Boldrin e Levine, ironicamente, chamam de *heresia econômica*⁴⁹, a qual sugere que o modelo mais adequado a promover inovação é o da livre concorrência. Em um capítulo conclusivo, faremos uma síntese do pensamento de Boldrin e Levine, traremos suas recomendações e efetuiremos algumas reflexões dos

49 Competition and Innovation, cit., p. 4,

autores desse artigo quanto ao pensamento crítico apresentado por Boldrin e Levine.

2. OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO MODELO DE MONOPÓLIO PATENTÁRIO: *RECEIVED WISDOM*

Como em qualquer ramo da ciência jurídica, o direito de propriedade industrial é sustentado por algumas premissas fundamentais. Atualmente, a principal dessas premissas talvez seja a de que inovações somente são produzidas em um ambiente em que se garanta ao inovador, por um certo tempo, um direito de exclusividade no uso e no gozo do produto inventivo. Partindo desse verdadeiro dogma, os ordenamentos jurídicos da grande maioria dos países, inclusive do Brasil, desenvolveram um sistema destinado a proteger e garantir ao inventor a exclusividade no uso das ideias e produtos por ele inventados. Um sistema, portanto, baseado na concessão de *monopólio patentário* ao inventor.

Os argumentos utilizados para defender esse sistema não são e nem poderiam ser jurídicos. Os que defendem a concessão do monopólio patentário o fazem amparados por um conjunto de argumentos *econômicos*, que vêm sendo adotados como dogmas desde que essa teoria foi criada, no início do Século XX.

Credita-se ao economista austríaco Joseph Schumpeter a construção dogmática que defende a necessidade do regime de monopólio patentário como forma de garantir o desenvolvimento econômico. Em sua obra *Capitalism, Socialism and Democracy*, originalmente editada em 1942⁵⁰, Schumpeter, após afirmar que a disseminação da tecnologia e da inovação são as forças propulsoras do desenvolvimento industrial, sustenta que as patentes são o principal incentivo para que uma empresa desenvolva determinada tecnologia ou produto. Para ele, as empresas não teriam como recuperar seus custos

50 SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: Harper and Brothers, 1942. O livro foi traduzido para o português por Ruy Jungmann, tendo a primeira edição sido publicada pela Editora Fundo de Cultura.

em pesquisa e desenvolvimento se não pudessem gozar de algum tipo de exclusividade na exploração comercial da invenção, ainda que por um tempo limitado. Sem a proteção patentária, portanto, não haveria interesse em investir em pesquisa, o que impediria o desenvolvimento industrial e econômico da sociedade. Ou, na melhor das hipóteses, essas empresas manteriam segredo sobre suas inovações, o que de igual modo seria nocivo ao desenvolvimento industrial e tecnológico.

Para essa corrente, portanto, o regime de monopólio patentário seria uma espécie de “mal necessário”. Apesar de terem sustentação em um monopólio artificial, que naturalmente reduz o excedente do consumidor (“surplus”), as patentes seriam necessárias para garantir o progresso tecnológico no longo prazo, algo que não poderia ser obtido em um mercado sujeito à livre concorrência.

Essa construção, como já mencionado, acabou sendo plenamente acolhida não apenas pelas doutrinas econômica e jurídica, mas também pelos ordenamentos jurídicos da grande maioria dos países ocidentais, tornando-se uma espécie de doutrina tradicional. E é exatamente o conjunto de fundamentos e premissas econômicas que sustentam essa doutrina que Boldrin e Levine chamam de *received wisdom*, ou *conhecimento recebido*.

A. AS PRESUNÇÕES CENTRAIS DO RECEIVED WISDOM

De acordo com Boldrin, Levine *et al.*⁵¹, existem duas presunções centrais que sustentam a afirmação de que, em um mercado competitivo, sem proteção patentária ou relevantes barreiras à entrada, haveria uma espécie de ineficiência dinâmica em relação aos esforços inovadores, com prejuízo ao desenvolvimento industrial de longo prazo: **(i)** os custos fixos da inovação são muito grandes se comparados ao tamanho do mercado e à disponibilidade a pagar do

51 BOLDRIN, Michelle; LEVINE, Boldrin; ALLAMAND, Juan Correa. ORNAGHI, Carmine. *Competition and Innovation*. Cato Papers on Public Policy. vol. 1. Washington: Cato Institute, 2011, p. 08.

consumidor para aquele novo produto (*evaluation*); e **(ii)** uma vez colocado no mercado, o produto inovador é imitado com facilidade e a baixo custo, a ponto de gerar uma excessiva capacidade de produção no mercado.

Se essas premissas forem mesmo verdadeiras, reconhecem os autores, as patentes seriam, de fato, um mal necessário à inovação e ao desenvolvimento industrial. Afinal, se os inovadores souberem que, assim que colocarem o novo produto ou método de produção no mercado, haverá uma inundação de imitadores entrando a custo zero, isso levaria ao aumento da oferta e à consequente redução nos preços a patamares próximos ao do custo marginal de produção (sem considerar os investimentos em pesquisa e desenvolvimento do produto), inviabilizando o retorno sobre o investimento realizado na fase de pesquisa e desenvolvimento do produto (*sunk costs*)⁵².

Para grande parte da doutrina, essa é a situação de mercado na atualidade. Nesse contexto, seria óbvio presumir que não há espaço para inovação sem um sistema de proteção de patentes. As empresas não teriam motivos para investir em pesquisa e desenvolvimento de novos produtos, processos de produção e ideais, o que levaria a um processo de *estagnação tecnológica*.

52 Eis um exemplo dado por Richard Posner para ilustrar os efeitos deletérios da ausência de proteção patentária em um mercado em que presentes as características reconhecidas pela teoria do *received wisdom*: “Suppose that it costs \$10 million to invent a new type of food blender, the marginal cost of producing and selling the blender once it is invented is \$50, and the estimated demand is for 1 million of the blenders (we can for present purposes ignore the fact that demand will vary with the blender’s price). Unless the manufacturer can charge \$60 per blender, he will not recoup his costs of invention. But if other manufacturers face the same marginal cost as he, competition will (in the absence of patents) bid the price down to \$50, the effort of recoupment will fail, and anticipating this the manufacturer will not make the invention in the first place; he will not sow if he won’t be able to reap” POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 4. ed., Boston: Little, Brown and Company, 1992, p. 38-39.

B. AS CONCLUSÕES CENTRAIS DO *RECEIVED WISDOM*

E é em razão dessas presunções econômicas que, segundo Boldrin, Levine *et al*, a teoria tradicional chega às seguintes conclusões acerca da relação entre inovação e proteção patentária:

“(a) The stronger the monopoly power granted by patents, the higher the incentive to innovate, hence the faster the growth rate of productivity.

*(b) The innovation process consists of a sequence of discrete jumps; at each step a new innovator “jumps over” the incumbent monopolist, acquires a patent to protect her new innovation, and becomes a temporary monopolist, soon to be overtaken by an even better newcomer”.*⁵³

Como se vê, a teoria tradicional traz duas conclusões muito claras acerca da relação entre patentes e inovação. A primeira é no sentido de que quanto mais forte o poder monopolista garantido pelas patentes, maior será o incentivo à inovação, garantindo um aumento no nível de produtividade da economia. A segunda é a de que o processo de inovação consiste em uma sequência de pequenos avanços (*discrete jumps*); em cada etapa, quando um inovador avança sobre a inovação do atual monopolista, obtém uma patente para proteger sua inovação e torna a patente anterior obsoleta, tornando-se o novo monopolista, até que outro o substitua. Trata-se do processo que Joseph Schumpeter chamou de *creative destruction* e que será melhor analisado mais adiante.

⁵³ BOLDRIN, *et al*. *Competition...*, p. 05.

3. AS CRÍTICAS DE BOLDRIN E LEVINE AO MODELO DE MONOPÓLIO PATENTÁRIO

Como já mencionado, grande parte da doutrina aceita como verdadeiras as premissas econômicas de Joseph Schumpeter e presume que o regime que garante proteção patentária ao inovador é o que mais induz à inovação e ao crescimento econômico. Essa compreensão se espalhou com tal força e capilaridade que fez com que a maioria dos estudiosos deixasse de lado algo essencial no desenvolvimento de uma ciência: a comprovação empírica das pré-compreensões teóricas do pesquisador.

O primeiro estudioso a submeter as compreensões tradicionais da teoria de Schumpeter a testes empíricos foi o americano George Stigler. Em 1956, Stigler realizou um estudo analisando informações colhidas num período de mais de 100 anos da economia americana pré Segunda Guerra Mundial. Ao final, Stigler concluiu que as grandes inovações, na verdade, foram criadas em condições de competição, sem a presença de patentes e monopólios. Stigler cita o exemplo do modelo de compra e entrega por correio, que sobreviveu à livre concorrência, mesmo com inúmeros outros imitadores atuando no mercado e sem qualquer proteção patentária:

“There can be rewards – and great ones – to the successful competitive innovator. For example, the mail-order business (...). The innovators were Aaron Montgomery Ward, who opened the first general merchandise establishment in 1872, and Richard Sears. Sears soon lifted his company to a dominant position by his magnificent merchandising talents, and he obtained a modest fortune, and his partner Rosenwald an immodest one. At no time were there any conventional monopolistic practices, and at all times there were rivals within the industry and other industries making near-perfect substitutes.”⁵⁴

54 STIGLER, George J. *Industrial Organization and Economic Progress*. In: *The State of the Social Science*. Chicago: University of Chicago Press, 1956, p. 269-282.

Mais recentemente, Boldrin, Levine *et al* realizaram nova e ampla pesquisa empírica, com dados mais recentes, para demonstrar não apenas que George Stigler estava aparentemente correto quando afirmava que a livre competição é o melhor cenário para a inovação, mas também que as premissas e as conclusões da teoria de Joseph Schumpeter realmente não se sustentam.⁵⁵

A partir dessa pesquisa, os autores formularam teoria baseada na afirmação de que o modelo de maior incentivo à inovação é aquele baseado na livre concorrência, e não nos rigores dos regimes de proteção patentária. Essa linha teórica será melhor analisada posteriormente no item 4 deste trabalho. Antes, é preciso demonstrar de que forma a pesquisa conduzida por Boldrin, Levine *et al* também serviu para desconstruir premissas e conclusões históricas da teoria de Joseph Schumpeter e alguns de seus seguidores.

A. A PREMISSE DE QUE QUEM INOVA SÃO AS GRANDES CORPORAÇÕES

A primeira premissa histórica testada e refutada por Boldrin, Levine *et al* é a de que são as grandes corporações que produzem a maioria das inovações e avanços tecnológicos. Para eles, estudos recentes demonstram que grandes inovações geralmente são utilizadas por grandes corporações, mas raramente são por elas criadas. Na verdade, destacam os autores, “*breakthrough innovations are more often than not the product of small firms - competitive and creative outsiders that must compete with established incumbents and are able to do so because of their creative superiority*”.⁵⁶

Por outro lado, mesmo nos casos em que a inovação parte de grandes empresas, há pouca ou nenhuma correlação entre a inovação

55 M. Boldrin e D.K. Levine, *Perfectly Competitive Innovation*, primeira versão de 1997, versão atual de 2003, obtido em <http://www.micheleboldrin.com/Papers/pci39.pdf>.

56 BOLDRIN, *Competition...*, p. 09.

e os benefícios que a empresa detém a partir do monopólio patentário. Eis o que sustentam os autores sobre essas conclusões:

“Consider the 10 or 20 most economically relevant “new industries” of the last century or two: from electrical machines and appliances to chemical and then pharmaceutical products, from the car to the aviation industries, from software to hardware to mobile devices, from retail distribution to steel, from the movie and television industry to banking and finance. Most of these sectors are now relatively mature and dominated by a few large companies, either country-by-country or even worldwide, though to different extents. Nevertheless, when we look back at their inception, be it more than a century or half century ago, not only do we not see any big conglomerate “inventing” (say) the personal computer or the motor-car and protecting it with a patent, but - practically always - we see groups of small and unprotected entrepreneurs introducing the new goods or services without much patent protection, at least in the very initial stages of the industry. The fact is that - even in the few cases when the innovation that revolutionized an industry comes from within preexisting and relatively large companies in the same industry (think of the role that Wal-Mart has played, for example, in dramatically increasing the productivity of the retail and distribution sector, or that the now-all-defunct investment banks played in the 1970s and 1980s in creating the modern financial industry) - patents play either a minor role or no role at all in the gestation of the initial innovation!⁵⁷”

Portanto, de acordo com as pesquisas conduzidas por Boldrin, Levine *et al.*, grandes inovações geralmente são produzidas por pequenas empresas com criatividade e competitividade suficiente

57 BOLDRIN, *Competition...*, p. 12.

para competir com *players* mais ricos e já estabelecidos e não por grandes corporações.

Boldrin, Levine *et al.* também criticam o fato de que, na prática, grandes empresas tendem a guardar boas ideias para momentos de dificuldade, mantendo-as em segredo até que haja demanda excepcional decorrente de alguma dificuldade econômica experimentada pela companhia⁵⁸. A afirmação é ilustrada por alguns exemplos práticos:

*“IBM, Xerox, and Bell/AT&T came up with lots of good ideas when they were the dominant monopolists in their industries but left those ideas in their drawers, not turning them into actual innovations until the breakup of their monopoly power forced them to compete with new entrants. Only then did their labs’ good ideas turn into actual innovations, which is exactly the opposite of what the Schumpeterian’s viewpoint implies.”*⁵⁹

Partindo dessas premissas, Boldrin, Levine *et al.* concluem que, analisando-se os dados da história industrial moderna, a teoria Schumpeteriana é mais uma fábula do que história⁶⁰.

58 A preocupação com a não divulgação das inovações também é compartilhada por Richard Posner. Apesar de não concordar com a tese de que patentes atrapalham a inovação, Posner também identifica os efeitos deletérios de um regime que induza o inventor a esconder ou não investir em inovação, afirmando que *“in a world without patents, such inventive activity as did occur would heavily biased toward inventions that could be kept secret, in just the same way that a complete absence of property rights would bias production toward things that involve minimum preparatory investment”*. In: POSNER, *Economic...*, p. 39.

59 BOLDRIN, *Competition...*, p. 11.

60 *“For the time being, though, all the modern industrial history available in print and online says that the Schumpeterian-NGT prediction is much more a fable than history”* In: BOLDRIN, *Competition...*, p. 13.

B. A TEORIA DA CREATIVE DESTRUCTION

A segunda crítica feita por Boldrin, Levine *et al* é dirigida à teoria da *creative destruction*. Mas o que é, afinal, a *creative destruction*?

Creative destruction é um processo de inovação consistente em uma sequência de pequenos avanços. Em cada etapa, um inovador avança sobre a inovação do atual monopolista, obtendo uma patente para proteger sua inovação. Com essa evolução, a patente anterior torna-se obsoleta, e o inovador passa a ser o novo monopolista, até que outro o substitua. Esse processo contínuo de “destruição utilitária e funcional” das invenções anteriores, tornando-as obsoletas, foi identificado por Joseph Schumpeter, que assim sintetizou o fenômeno:

“Capitalism is by nature a form or method of economic change and not only never is but never can be stationary. (...) The fundamental impulse that sets and keeps the capitalist engine in motion comes from the new consumers’ goods, the new methods of production or transportation, the new markets, the new forms of industrial organization that capitalist enterprise creates. (...) The opening up of new markets, foreign or domestic, and the organizational development from the craft shop and factory to such concerns as U.S. Steel illustrate the same process of industrial mutation that incessantly revolutionizes the economic structure from within, incessantly destroying the old one, incessantly creating a new one. This process of Creative Destruction is the essential fact about capitalism. It is what capitalism consists in and what every capitalist concern has got to live in.”⁶¹

Veja-se que tal construção não é direcionada apenas a explicar o fenômeno da inovação e do desenvolvimento tecnológico. Para Schumpeter, a teoria da *creative destruction* está na base do próprio regime capitalista.

61 SCHUMPETER, *Capitalism...*, p. 82-83.

A teoria rompeu as fronteiras austríacas e passou a influenciar também a doutrina econômica de outros países. David Harvey, economista inglês radicado nos Estados Unidos, assim descreveu o fenômeno:

“The effect of continuous innovation is to devalue, if not destroy, past investments and labour skills. Creative destruction is embedded within the circulation of capital itself. Innovation exacerbates instability, insecurity, and in the end, becomes the prime force pushing capitalism into periodic paroxysms of crisis. (...) The struggle to maintain profitability sends capitalists racing off to explore all kinds of other possibilities. New product lines are opened up, and that means the creation of new wants and needs. Capitalists are forced to redouble their efforts to create new needs in others. The result is to exacerbate insecurity and instability, as masses of capital and workers shift from one line of production to another, leaving whole sectors devastated.”⁶²

Apesar de reconhecerem a validade científica dessa teoria, Boldrin, Levine *et al.* sustentam que ela raramente acontece na prática, especialmente em relação a inovações patentárias. Para eles, a análise de setores onde a indústria já está “madura” (alimentos, vestuário, mobiliário, etc.) demonstra que, apesar de haver *creative destruction*, com a substituição constante de lideranças, pouco desse fenômeno tem a ver com patentes ou o processo de substituição de uma inovação por outra:

“Most common is the case in which the efficient technology is so widely accessible that the sector has remained competitive and still experiences a large amount of entry and exit even many decades after having reached

62 HARVEY, David. *The Condition of Postmodernity: An Enquiry into the Origins of Cultural Change*. Cambridge: Blackwell, 1995, p. 105.

its maturity - e.g., textile and apparel, furniture and house appliances, food and drinks, retail distribution, restoration and hospitality, and so on and so forth for a long array of “traditional” goods and services. These mature industries still experience a fairly large amount of creative destruction, with local or temporary leaders emerging and disappearing at a relatively high frequency and, more importantly, a sustained growth of labor productivity. Still, all this is achieved with little or no use of patents as a tool for enforcing monopoly power, thereby contradicting at least one of the two basic predictions of the Schumpeterian-NGT model (innovations keep taking place in these industries without the help of patents). (...) There is a lot of healthy creative destruction in free-market economies, but little of it comes from the new creative patentee overtaking the old, and no longer creative, patentee.⁶³”

É interessante observar que, nesse ponto, Boldrin, Levine *et al* valem-se apenas de uma percepção pessoal. Pelo que se tem notícia, não há qualquer estudo empírico confirmando essas afirmações, de modo que, a nosso ver, tal crítica deve ser vista com cautela.

C. DESCONSTRUINDO AS CONCLUSÕES DO RECEIVED WISDOM: AS EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS DE QUE PATENTES NÃO INDUZEM À INOVAÇÃO

Após pôr em dúvida algumas premissas fáticas e econômicas do *received wisdom*, Boldrin, Levine *et al.* passam a desconstruir as conclusões defendidas pelos seguidores dessa doutrina tradicional. Nesse capítulo, serão expostos os argumentos trazidos pelos autores para afastar as conclusões de que patentes levam a um maior nível de inovação e, conseqüentemente, de produção na economia. Serão abordadas, também, as objeções feitas à Teoria do “U” Invertido, que

63 BOLDRIN, *Competition...*, p. 14-15.

representa uma adaptação da teoria clássica Schumpeteriana, mas que também parte da premissa de que a livre concorrência é prejudicial à inovação e ao desenvolvimento tecnológico.

i. Patentes realmente levam a um maior nível de produção da economia?

Como já mencionado, a primeira conclusão da teoria tradicional acerca da relação entre inovação e proteção patentária é a de que, quanto maior for a proteção, maiores serão os incentivos à inovação e, conseqüentemente, ao nível de produtividade na economia. Em razão dessas premissas, as pesquisas atualmente desenvolvidas com a finalidade de se apurar o grau de produtividade e inovação de uma determinada economia têm como principal fonte o número de patentes deferidas em um determinado setor dessa economia.

Para Boldrin, Levine *et al*, porém, o método é insuficiente, pois não há prova de que exista correlação significativa entre número de patentes e aumento de produtividade. E isso se dá, segundo eles, por diferentes motivos.

Em primeiro lugar, nem toda inovação é patenteável. Segundo os autores dessa crítica, *“lots of valuable innovations are not captured either by patents or by patent citations, making the latter an incomplete measure of the former”*.⁶⁴ Logo, a informação sobre o número de patentes não representa um fator confiável para se analisar o aumento da produtividade de uma economia, já que muitas inovações não são captadas por pesquisas que analisam apenas dados sobre número de patentes deferidas. Com isso, cai por terra o nexo de causalidade entre aumento de patentes e aumento de produtividade da economia.

Em segundo lugar, não se pode desconsiderar que grande parte do número de patentes deferidas não traz, de fato, alguma ideia, produto ou método de produção realmente inovador. Muitas patentes são requisitadas apenas como forma de criar embaraços à inovação

⁶⁴ BOLDRIN, *Competition...*, p. 16.

de concorrentes, e não por trazerem algo de fato inovador. São as chamadas *patentes defensivas*, assim sintetizadas pelo professor Calixto Salomão Filho:

“As patentes defensivas são parte de estratégias anticoncorrenciais bastante comuns. Através das táticas chamadas blocking e fencing, as empresas procuram – através, respectivamente, da compra sistemática de todas as novas patentes e sua não-utilização ou, então, através do pedido de patenteamento de todas as possíveis alternativas a serem utilizadas pelos concorrentes – impedir o acesso de novos concorrentes ao mercado.”⁶⁵

Para Boldrin, Levine *et al*, “*some patents have innovative contents, but many others are purely “defensive” patents taken out for purely legal purposes and with little or no innovation inside them*”.⁶⁶ Por isso, o fato de os dados sobre registros de patentes levarem em consideração as patentes defensivas retira a credibilidade dessa base de dados como critério para apuração de aumento de inovação. Mesmo que houvesse alguma relação de causa e efeito entre patentes e inovação, simples apontamentos sobre números de registros da primeira não seriam dados confiáveis para apuração do nível do segundo.

O terceiro e último motivo invocado por Boldrin, Levine *et al* para justificar a afirmação de que não há relação entre aumento no número de patentes e aumento do nível de inovação e produtividade da economia é puramente empírico, tendo resultado de ampla pesquisa conduzida pelos autores. Analisando os resultados dessa pesquisa, eles afirmam que “*there is not even a significant positive correlation between patents and productivity*.”⁶⁷ Considerando as duas primeiras

65 SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público. In: *Revista de Direito Público da Economia*. n. 2. ano 7, Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 43.

66 BOLDRIN, *Competition...*, p. 16.

67 BOLDRIN, *Competition...*, p. 17.

críticas feitas pelos pesquisadores, a constatação empírica de que não há qualquer relação direta entre patentes e nível de produtividade parecia mais do que óbvia.

Toda a crítica de Boldrin, Levine *et al.* em relação à utilização do fator *número de patentes* como parâmetro para se medir aumento de inovação e produtividade da economia é corroborada por Samuel Kortum, professor de economia da Universidade de Chicago. Ao comentar o trabalho publicado por esses autores, Kortum conclui que *“The paper is quite right, on the other hand, to point to the weak connection between productivity growth and patenting. It is a genuine puzzle on many levels that the industries with more inventive activity do not experience much more rapid productivity growth”*.⁶⁸

A solução proposta por Boldrin, Levine *et al* para obtenção de um índice confiável acerca do aumento do nível de inovação parece intuitiva. Para eles, portanto, deve-se substituir o fator *número de patentes* pelo fator *nível de produtividade*.⁶⁹

ii. A refutação à teoria do “U” Invertido (*Inverted U Relationship*)

Buscando revigorar a teoria Schumpeteriana em face das inegáveis evidências de que o aumento dos poderes monopolistas sobre inovações gera menos (e não mais) inovação, desenvolveu-se, nas últimas décadas, uma teoria um pouco mais branda, que se convencionou chamar de *Inverted U Relationship*, ou Teoria do “U” Invertido.

Segundo os defensores dessa teoria, o grau máximo de estímulo à inovação em uma economia não ocorreria nem no regime de forte proteção patentária, nem no regime de livre concorrência. O grande

68 KORTUM, Samuel. *Comments on Competition and Innovation*. In: BOLDRIN, et al. *Competition...*, p. 52.

69 “(...) patents should not be used to assess which firm innovates more and which firm innovates less, unless one is capable of controlling for industry-specific effects and the various strategic and legal considerations different firms face at different points in time. From the point of view of economic theory and social welfare, what matters is the growth of factors’ productivity and not of the number of patents per se”. In: BOLDRIN, *Competition...*, p. 16.

mentor e defensor dessa tese é o francês Philippe Aghion, professor de economia da Universidade de Harvard. Em recente trabalho publicado com outros pesquisadores, Aghion assim explica as razões pelas quais a pesquisa por ele conduzida concluiu que poderes extremos de um ou outro regime tendem a prejudicar a inovação:

“The essence of the inverted-U relationship between competition and innovation is that the fraction of sectors with neck-and-neck competitors is itself endogenous, and depends upon equilibrium innovation intensities in the different types of sectors. More specifically, when competition is low, a larger equilibrium fraction of sectors involve neck-and-neck competing incumbents, so that overall the escape-competition effect is more likely to dominate the Schumpeterian effect. On the other hand, when competition is high, the Schumpeterian effect is more likely to dominate, because a larger fraction of sectors in equilibrium have innovation being performed by laggard firms with low initial profits.”⁷⁰

Mais adiante, após demonstrar os resultados empíricos obtidos em pesquisa realizada com dados da economia do Reino Unido, Aghion *et al* concluem o seguinte:

“We find evidence that the competition-innovation relationship takes the form of an inverted-U shape, with industries distributed across both the increasing and decreasing sections of the U-shape. This inverted-U is robust to a number of alternative specifications, including identifying the causal impact of competition by exploiting a series of major policy reforms in the United Kingdom. (...)

70 AGHION, Philippe; BLOOM, Nick; BLUNDELL, Richard; GRIFFITH, Rachel; HOWITT, Peter. Competition and Innovation: an Inverted-U Relationship. *The Quarterly Journal of Economics*. Stanford University, Maio, 2005, p. 702. Disponível em: <<http://www.stanford.edu/~nbloom/PevertedU.pdf>>. Acesso em 04 dez 2012.

In this model, competition may increase the incremental profit from innovating, labeled the “escape-competition effect,” but competition may also reduce innovation incentives for laggards, labeled the “Schumpeterian effect.” The balance between these two effects changes between low and high levels of competition, generating an inverted-U relationship.⁷¹

Como se vê, a Teoria do “U” Invertido considera que o ponto ótimo de inovação estaria em um meio termo entre os regimes monopolista e concorrencial. Se os poderes de monopólio são muito grandes, a inovação é baixa. Na medida em que vão sendo abrandados os poderes monopolistas, o nível de inovação vai subindo até chegar a um ponto máximo, perto do equilíbrio entre o regime de monopólio e de concorrência. Após passar esse ponto, o afrouxamento dos poderes monopolísticos passa a ter efeito inverso, fazendo decrescer os níveis de inovação. Postas em um gráfico, essas premissas se assemelham a um “U” invertido, fato que acabou sendo utilizado para dar nome a essa teoria.

Para Boldrin, Levine *et al.*, a Teoria do “U” invertido foi construída com base em pesquisa metodologicamente equivocada, o que acabou por comprometer os resultados por ela obtidos. Segundo eles, o método utilizado por Aghion não pode ser aplicado à economia americana, uma vez que, nos Estados Unidos, há um ambiente competitivo muito mais forte do que no Reino Unido. Com isso, nenhuma empresa deixa de inovar, exatamente para não perder seu lugar no concorridíssimo mercado *yankee*. Nas palavras dos pesquisadores:

“(...) there is a lot more competition among firms in the United States than in the UK. In this case, because no competitor is ever “far behind” the leader, the incentives to innovate that competition induces are stronger; because there are not many laggards giving up the race, there are

71 AGHION, et al. *Competition...*, 720-721.

also very few leaders that are able to keep the lead without further innovations. (...) This is because, most likely, the inverted-U pattern that Aghion et al. (2005) claim to have discovered in the UK data is either not robust to very reasonable perturbations or it is not there at all.⁷²

Na verdade, argumentam Boldrin, Levine *et al*, a replicação do método utilizado por Aghion com dados da economia americana leva exatamente à mesma conclusão por eles sustentada: a de que o maior nível de inovação está na ausência de proteção patentária, e não num meio termo entre esse regime e o de monopólio. Após demonstrar alguns dados de pesquisa conduzida pelo grupo, a conclusão dos pesquisadores é no seguinte sentido:

“We are satisfied with having shown that, indeed, once one takes into account a little tiny bit of well know history, the inverted-U relationship is gone and a clear upward-sloping relation connects the degree of competition with the strength of innovation also in the particular dataset used by Aghion et al. (2005).⁷³”

A conclusão de Boldrin, Levine *et al*, portanto, é a de que o regime que mais produz inovação é aquele livre de restrições e proteções patentárias, e não o resultante de um equilíbrio entre práticas monopolísticas e concorrenciais. Para eles, então, a redução dos poderes monopolísticos tende a resultar em um gráfico com uma função crescente de nível de inovação, e não em um “U” invertido. Passemos à explicação do modelo teórico de Boldrin e Levine.

72 BOLDRIN, *Competition...*, p. 22.

73 BOLDRIN, *Competition...*, p. 25.

4. O MODELO DA CONCORRÊNCIA COMO SOLUÇÃO À INOVAÇÃO

Nos capítulos anteriores, explicamos as bases teóricas do modelo denominado *received wisdom* e elencamos as críticas à referida corrente teórica. Cumpre-nos agora apresentar a explicação teórica de Boldrin e Levine, segundo a qual o modelo mais adequado para o fomento à inovação é o da livre concorrência.

A fim de dar sustentação à sua conclusão, em seu artigo denominado “*Perfectly Competitive Innovation*”, cuja primeira versão data de 1997, Boldrin e Levine desenvolveram um modelo econômico teórico que parte de uma visão diferente da realidade identificada pelas premissas Schumpeterianas de concorrência e inovação. Os autores concluem ser não somente possível, mas mais adequado, o modelo de concorrência como de fomento à inovação.

Aliás, segundo os autores, há diversos exemplos, inclusive atuais, de grande desenvolvimento tecnológico em mercados em que a Propriedade Industrial não desempenhou um papel relevante.⁷⁴ Como explicado no item 3.a), acima, ao contrário do que a noção tradicional sugere, as grandes produtoras de inovação são pequenas empresas, em mercados ainda novos, nos quais nem houve tempo ou regulamentação para a concessão de direitos de Propriedade Industrial.

O modelo teórico proposto por Boldrin e Levine parte de uma premissa diferente de observação da realidade. Enquanto a corrente tradicional acredita que o monopólio patentário é necessário a fim de que não haja o chamado “caronista” (*free rider*), que se aproveitaria dos investimentos de pesquisa e desenvolvimento do inovador – o que a doutrina chama de “*externalidades não precificadas*” –, Boldrin e Levine entendem que, no modelo de livre-concorrência, eventuais *externalidades não precificadas* não representariam um importante elemento de análise.⁷⁵

⁷⁴ Competition and Innovation. Cit., p. 25.

⁷⁵ Perfectly Competitive Innovation, cit. Segundo o autor: “*We argue that unpriced externalities are probably not an important element of this process. We argue, instead, that*

Boldrin e Levine sustentam a concepção do “*embodiment of ideas*”, segundo a qual as ideias que possuem valor são “fundamentadas” em pessoas ou bens. Quando a inovação é baseada em ideia plenamente fundamentada (“*embodied*”), o custo de imitação não é barato, o que afasta uma das premissas Schumpeterianas sobre fomento à inovação⁷⁶.

Essa é, em verdade, a nosso ver, a premissa central das conclusões do trabalho de Boldrin e Levine. Segundo tais autores, a imitação requer a aquisição ou produção do objeto do capital humano que personifica a inovação. Para os autores, a visão tradicional se equivoca ao tratar o custo de imitação baixo. Considerando que o inventor tem controle de suas invenções, ele irá obter o pagamento adequado para disponibilizar sua ideia, auxiliando a torná-la utilizável. Sustentam os autores:

*“Only ideas embodied in people, machines or goods have economic value. To put it differently: economic innovation is almost never about the adoption of new ideas. It is about the production of goods and processes embodying new ideas”.*⁷⁷

Por conta da concepção acima, os autores afirmam que não haveria de se falar em “externalidades não precificadas”, uma vez que os custos de pesquisa e desenvolvimento do inovador seriam adequadamente remunerados pela “*vantagem da largada*” (“*first mover advantage*”). Ou seja, uma vez que as ideias são “fundamentadas”, o custo de imitação do produto inventivo daria ao inventor vantagem de iniciar a exploração, o que lhe permitiria praticar um preço monopolístico por um tempo adequado à remuneração de seu

ideas have value only insofar as they are embodied in goods or people, and that there is no economic justification for the common assumption that ideas are transmitted through costless “spillovers.”” (p. 1).

76 Perfectly Competitive Innovation, cit., p. 7.

77 Perfectly Competitive Innovation, cit., p. 7.

investimento, uma vez que a capacidade produtiva dos entrantes seria construída de forma lenta.

Quanto mais “fundamentada” for a ideia, maior tempo de exploração do preço monopolístico. A remuneração pelo investimento, portanto, ocorreria de forma mais eficiente, afastando-se dos prazos existentes de até 20 anos nos principais modelos atualmente vigentes. Na concepção dos autores, há um desequilíbrio econômico ao se atribuir um monopólio de uso ao inventor, uma vez que o equilíbrio aconteceria naturalmente pela condição de *first mover*. Ao conceder esse monopólio artificial, o sistema estaria, na tentativa de evitar um comportamento *free-rider* dos entrantes, gerando um comportamento *rent-seeker* do titular da patente, pois estaria transferindo renda do mercado ao monopolista de forma economicamente desequilibrada⁷⁸.

A esse respeito, dizem os autores em texto recente, denominado “*The Case Against Patents*”:

*“At each stage of this process of enlargement the main driving force were the rent-seeking efforts of large, cash rich companies unable to keep up with new and creative competitors. Patent lawyers, patent officials and wannabe patent trolls usually acted as foot soldiers. While this political economy process is theoretically pretty straightforward – especially because it closely replicates similar experiences in other fields of regulation and, especially, in the development of barriers to free trade – what is still missing is an empirical, quantitative analysis of the stakes involved and of the gains and losses accruing to both the active players and to the rest of society, from the general public to the innovators that, because of IP, never were.”*⁷⁹

78 V. Boldrin, M., Levine, D.K., *Rent-Seeking and Innovation*, Journal of Monetary Economics, 51 (2004), 127-160.

79 Boldrin, M., Levine, D.K., *The Case Against Patents*, 2012, p. 14-15.

O exemplo do mercado de Tablets e Smartphones, ao que nos parece, corroboraria a visão de Boldrin e Levine. Embora tenha havido um contencioso recente entre Samsung e Apple, é razoável supor que, no caso, a condição de *first mover* obtido pela Apple deu-lhe a oportunidade de dominar o mercado por um período considerável, de forma quase monopolística. Teria a Apple deixado de explorar esse mercado sem a existência de propriedade industrial que a protegesse? Parece-nos improvável.

Bodrin, Levine *et al.* realizam um teste de seu modelo teórico, utilizando informações qualitativas e atuais, demonstrando haver uma relação entre setores mais competitivos e crescimento da produtividade. Com base em testes estatísticos e estimativas econométricas, os autores obtiveram, em linhas gerais, os seguintes resultados:

- i. não haveria, de maneira geral, uma correlação estatisticamente relevante entre medidas de produtividade e as atividades patentárias;
- ii. diferente do que sustenta a teoria do U invertido, haveria uma relação positiva clara e robusta entre o nível de competição do mercado e o crescimento da produtividade.⁸⁰

Um ponto que pareceu-nos pouco claro no trabalho de Boldrin e Levine diz respeito ao conceito de “indivisibilidade” das ideias. Segundo os autores, a livre concorrência falharia em dar a solução *first best*, ou seja, aquela mais eficiente do ponto de vista da eficiência econômica, em situações em que haja “indivisibilidade de ideias”. Essa definição, entretanto, a nosso ver, não é bem desenvolvida pelos autores, ficando pouco clara no texto. Pelo que pudemos supor, a ideia seria indivisível quando não fosse possível sua exploração por mais de um agente.

80 Competition and Innovation, p. 40.

De todo modo, com base em seu trabalho econométrico, Boldrin e Levine afirmam que, ainda que a livre concorrência não ofereça a melhor solução do ponto de vista da eficiência econômica, ela representa solução mais eficiente do que a outorga do direito de exploração do monopólio do produto inventivo. Ou seja, embora haja um cenário em que a livre-concorrência não é a melhor solução, ainda assim ela seria mais adequada do que o monopólio patentário. Esse ponto da indivisibilidade, tratado no seu texto aparentemente inicial sobre Inovação e Propriedade Industrial⁸¹, no entanto, não é retomado nos textos mais atuais e representa um ponto um pouco obscuro no raciocínio dos autores.

CONCLUSÕES

A. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES DE BOLDRIN E LEVINE

Após efetuar sua complexa análise econômica, Boldrin e Levine assim sintetizam as suas conclusões: (a) a doutrina em teoria econômica ainda é ambígua em responder se há uma correlação entre inovação e monopólio patentário; (b) as evidências empíricas, no entanto, são claras no sentido de afirmar que: (i) o sistema de proteção patentária tende a desestimular a inovação; (ii) o sistema de livre mercado pode, no mínimo, ser relacionado com crescimento da produtividade; (c) é necessário aumentar o número de estudos empíricos sobre o tema, buscando inverter a tendência atual de fortalecimento do modelo de monopólio legal.⁸²

As recomendações de Boldrin e Levine *et al*, com base nos estudos por eles desenvolvidos, são de que é necessário desconstruir o modelo de proteção patentária de modo gradual, tal qual ocorreu com as restrições ao comércio existentes nas últimas décadas⁸³. Para

81 A primeira versão de “Perfectly Competitive Innovation”, data de 1997.

82 Competition and Innovation, p. 40.

83 Idem.

tanto, apresentam algumas recomendações específicas, das quais destacamos as seguintes⁸⁴:

- a. Necessidade de se desenvolver um novo método de mensuração da inovação, baseado não apenas no número de patentes e de citações, mas também no aumento de produtividade da economia;
- b. Diminuir o avanço do sistema de propriedade intelectual para outros produtos que possam ser patenteados;
- c. Diminuir a tendência legislativa e jurisprudencial de se proteger o detentor da patente;
- d. Como concorrência leva à inovação, políticas antitruste e de competição são elementos essenciais para garantia da inovação, especialmente em setores high-tech, como os mercados de software, biotecnologia e medicamentos;
- e. Livre comércio tem papel relevante nas regulações sobre competição e, conseqüentemente, sobre a inovação. Por isso, entidades como a ONU e a OMPI devem mudar a abordagem protecionista que hoje impera para garantir o livre comércio de produtos e ideias. Com o desenvolvimento de países asiáticos, a balança do comércio de ideias pode se inverter, criando uma onda mundial de proteção da propriedade intelectual;
- f. Individualizar a duração e a extensão das patentes em cada setor da economia;
- g. Inverter o ônus da prova, de modo que as patentes somente sejam deferidas quando o requerente demonstrar a necessidade econômica do monopólio patentário;
- h. Reduzir imediatamente as proteções patentárias em setores em que já há provas de que as patentes impedem a inovação, como os de software e de biotecnologia.

84 Idem, p. 40-42.

B. OUTRAS REFLEXÕES DOS AUTORES DESSE ARTIGO

O objetivo deste artigo não é o de peremptoriamente concluir pela inadequação da premissa que sustenta o conceito de monopólio patentário, mas o de simplesmente colocar em evidência os argumentos das linhas teóricas que assim sustentam, a fim de que, dada a relevância de suas conclusões, possam ser futuramente aceitos ou contestados.

No entanto, são possíveis algumas considerações.

De fato, parece verdadeira a conclusão de que não é muito posta à prova a concepção *Schumpeteriana* de que as patentes são um mal necessário, especialmente em relação aos aspectos empíricos. Além disso, também parece-nos adequada a conclusão de Boldrin e Levine de que a teoria econômica atual é vacilante na sustentação da proteção ao monopólio como forma de fomento à inovação. A própria questão da falta de coerência na definição do prazo do monopólio patentário também tem sido bastante aventada⁸⁵.

Ao nosso ver, um ponto em especial deveria ser cuidadosamente revisitado pela doutrina econômica: a análise da premissa de que as ideias podem ser facilmente copiadas, a custo zero, podendo um produto ser posto no mercado facilmente pelos novos entrantes (*free riders*). Em verdade, essa análise talvez só pudesse ser feita de forma específica a cada mercado. Possivelmente, a construção da capacidade produtiva de um tipo de produto tenderia a ser diferente de outro. A questão talvez acabaria sendo: há alguma relação entre investimento em pesquisa e desenvolvimento e o tempo em que os entrantes levariam a construir sua capacidade produtiva? Ou seja, seria adequada a noção do *embodiment of ideas* trazida por Boldrin e Levine?

Cumpre-nos fazer outro questionamento, de natureza política, embora tampouco para eles tenhamos qualquer resposta. Estariam as conclusões do *received wisdom* blindadas por interesses políticos

85 V. Mark A. Lemley, *An empirical study of the Twenty-Year Patent Term*, AIPLA Quarterly Journal, Vol. 22, P. 369, 1994.

dos países que atualmente produzem tecnologia? Ou seja, a questão para a criação de monopólios patentários poderia estar mais ligada a razões de natureza política do que científica? Atualmente, organismos internacionais têm justamente atuado no sentido de buscar fortalecer os direitos de propriedade industrial em determinados países.

Um outro ponto que vale alguma consideração é de natureza constitucional. Caso as evidências empíricas científicas passem a sugerir de maneira clara o que Boldrin e Levine afirmam – que, ao invés de fomentar a inovação, o monopólio patentário a retarda –, seria possível sustentar a inconstitucionalidade da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) no que tange à concessão de patentes? Vale repisar o que diz o inciso XXIX do art. 5º da Constituição federal:

“XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;”

Embora o dispositivo fale em “privilégio temporário”, uma vez que o objetivo da lei, segundo a constituição, é o de buscar o “interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país, em face de eventual derrocada da concepção de que o monopólio patentário age em favor das inovações, entendemos razoável a defesa de inconstitucionalidade da lei, independentemente de uma reforma constitucional. Seria uma questão para outro trabalho.

Mais uma vez, vale repisar. O objetivo deste texto não é o de concluir peremptoriamente. Por ora, seria muito profícuo se esse artigo fosse capaz de plantar nos leitores uma pequena semente de desconfiança quanto ao modelo que atualmente impera.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGHION, Philippe; BLOOM, Nick; BLUNDELL, Richard; GRIF-FITH, Rachel; HOWITT, Peter. Competition and Innovation: an Inverted-U Relationship. *The Quarterly Journal of Economics*. Stanford University, Maio, 2005. Disponível em: <<http://www.stanford.edu/~nbloom/PevertedU.pdf>>.

BOLDRIN, M.; LEVINE, D. K.; ALLAMAND, J. C.. ORNAGHI, C. Competition and Innovation. *Cato Papers on Public Policy*. vol. 1. Washington: Cato Institute, 2011.

-----; M., LEVINE, D.K., *The Case Against Patents*, 2012. Disponível em <http://levine.sscnet.ucla.edu/archive/refs4786969000000000465.pdf>

-----; M., LEVINE, D.K., Rent-Seeking and Innovation, *Journal of Monetary Economics*, 51. 2004, 127-160. Disponível em http://www.micheleboldrin.com/Papers/rent_seeking.pdf

-----; M., LEVINE, D.K., Perfectly Competitive Innovation, *Journal of Monetary Economics*, 2008. Obtido em <http://www.micheleboldrin.com/Papers/pci39.pdf>.

GILBERT, Richard J. *Competition And Innovation*, Disponível em http://works.bepress.com/richard_gilbert/12.

GLADER, Marcus. *Innovation markets and competition analysis: EU competition law and US antitrust law*, 1972.

HARVEY, David. *The Condition of Postmodernity: An Enquiry into the Origins of Cultural Change*. Cambridge: Blackwell, 1995.

LEMLEY, Mark A. *An empirical study of the Twenty-Year Patent Term*, AIPLA Quartely Journal, Vol. 22, p. 369, 1994.

Organisation For Economic Co-Operation And Development (OECD), *Patents And Innovation: Trends And Policy Challenges*, Paris, 2004.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 4. ed., Boston: Little, Brown and Company, 1992.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público. *Revista de Direito Público da Economia*. n. 2. ano 7, Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: Harper and Brothers, 1942.

STIGLER, George J. *Industrial Organization and Economic Progress*. In: *The State of the Social Science*. Chicago: University of Chicago Press, 1956.