

# Reformulando Promessas:

Das Teorias e Objetivos dos  
Sistemas de Propriedade  
Intelectual

**obdi**

09/2021

**POR**

Jorge Enrique de Azevedo Tinoco

## CITAÇÃO

### RECOMENDADA:

DE AZEVEDO TINOCO, J. E.  
REFORMULANDO PROMESSAS:  
DAS TEORIAS E OBJETIVOS DOS  
SISTEMAS DE PROPRIEDADE  
INTELECTUAL. Revista FIDES, v. 12,  
n. 1, p. 908-926, 9 set. 2021.

### PUBLICAÇÃO ORIGINAL EM:

Revista FIDES, v.12, n.1  
(2021), 23ª Edição.





## REFORMULANDO PROMESSAS: DAS TEORIAS E OBJETIVOS DOS SISTEMAS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

*Jorge Enrique de Azevedo Tinoco<sup>1</sup>*

### RESUMO

Opositores à propriedade intelectual vêm ganhando forças em setores da academia e na sociedade civil. O presente estudo objetiva, através de revisão bibliográfica e do método lógico-dedutivo, analisar algumas críticas postas por tais grupos. Para isso, consideram-se teorias jusfilosóficas que buscam legitimar a proteção dos bens incorpóreos. A partir dessas teorias, propõe-se um modelo de análise das políticas públicas que permeiam esse campo. Por fim, abordam-se duas das principais críticas à proteção de ativos incorpóreos à luz do modelo proposto. Em conclusão, afirma-se que não é necessário desmontar o sistema de proteção à PI, apenas propor alterações pontuais.

**Palavras-chave:** Propriedade intelectual. Filosofia do direito. Teorias da PI. Políticas públicas. Incentivos.

*“He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me”.*

(Thomas Jefferson)

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, pesquisador do Laboratório de Inovação Tecnológica em Saúde (LAIS/UFRN) e do Observatório de Direito Internacional do Rio Grande do Norte (OBDI/UFRN)

## 1 INTRODUÇÃO

O termo “propriedade intelectual” (PI) se refere a uma grande quantidade de direitos e doutrinas legais com duas finalidades comuns: regular e incentivar as criações intelectuais do ser humano. Com isso em mente, é seguro afirmar que a era da informação trouxe um grande aumento do volume de criações – o que antes precisava ser publicado por meio de um veículo específico que limitava o acesso geral (jornais, tabloides, livros), hoje pode ser facilmente disponibilizado por outros meios (internet, por exemplo).

Contudo, esse aumento da oferta de bens intelectuais não criou o contrapeso esperado: uma diminuição dos incentivos concedidos pelos regimes de PI. Pelo contrário, alguns privilégios (a exemplo dos direitos autorais) estão em franca expansão, criando monopólios mais longos na exploração de bens incorpóreos. É nesse contexto que começam a surgir críticas ao próprio conceito de proteção aos ativos intangíveis.

Com o crescente descrédito atribuído a um sistema tão antigo, a própria era da informação proporciona uma rica oportunidade para a desobediência civil. O compartilhamento de conteúdo pirateado *online* – que, embora decrescente em algumas indústrias (por exemplo, a indústria musical), ainda está presente em outras (como é o caso dos *softwares*) – é um reflexo claro da desvalorização da PI como um conceito e da pouca legitimidade atribuída pelo público a uma conduta tipificada como ilícito cível e penal.

Tendo em mente o quadro apresentado, o presente estudo emprega o método lógico-dedutivo e se vale da revisão bibliográfica de doutrina relevante na área da PI como técnica. Para o desenvolvimento deste artigo, é feito um levantamento das quatro teorias jusfilosóficas mais influentes dessa área do direito e, com base nelas, propõe-se um modelo de análise das políticas públicas que permeiam o campo da PI. Por fim, são abordados dois posicionamentos que rechaçam a proteção dos ativos incorpóreos à luz do modelo proposto.

## 2 DAS TEORIAS E DA JUSFILOSOFIA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

É difícil precisar historicamente o período em que se passou a tratar ativos intangíveis como algo pertencente à esfera privada. Sobre essa afirmação, Sherman e Bently (1999) já alegaram que, embora a PI seja corriqueiramente tratada como um paradigma que sempre esteve

nos arcabouços legais de diversos países, por não existirem dados suficientes sobre o tratamento de tal forma de propriedade antes do século XVII, o título de pioneirismo no campo da PI se dá a duas peças de legislação inglesas: o *Statute of Monopolies* (Estatuto de Monopólios), de 1624, versando sobre proteção de patentes, e o *Statute of Anne* (Estatuto de Anne), de 1710, versando sobre proteção de direitos autorais. Tal resgate histórico demonstra uma necessidade de normas positivadas para que seja reconhecido o direito à propriedade sobre um ativo intangível.

Uma vez que a PI trata da proteção de produtos incorpóreos, é natural que esse tipo de propriedade possua características particulares que a diferem dos ativos reais. Essas características são: (i) a não-rivalidade – o fato de que diversas pessoas podem desfrutar de um produto incorpóreo simultaneamente sem que uma interfira com o desfruto de outra; (ii) a não-exclusão – o fato de que é difícil (embora não impossível) regular o acesso de forma a impedir que algumas pessoas desfrutem de um trabalho intelectual; e (iii) a dimensão de política pública – por ser um bem de difícil gerenciamento, deduz-se que a produção de tais ativos depende de um incentivo legal para que se possa suprir a natural falha de mercado.

Após compreender essas três características, percebe-se que uma das principais discussões jusfilosóficas no campo da PI é a busca pela fonte de legitimação da qual emanam os direitos à proteção de bens incorpóreos. Nessa direção, Fisher (2001) propôs uma classificação das diversas correntes jusfilosóficas majoritárias em discussão na academia. Esse autor conclui que existem, principalmente, quatro escolas de pensamento para justificar a propriedade intelectual: (i) a teoria lockeana da justiça laboral, (ii) a teoria da personalidade, (iii) a teoria utilitária, e (iv) a teoria cultural.

## 2.1 A TEORIA LOCKEANA DA JUSTIÇA LABORAL

A ideia central da teoria da justiça laboral é advinda do clássico “Segundo Tratado sobre o Governo”, em especial, do capítulo 5 denominando “Da Propriedade”. Segundo Locke (1823, p. 116, tradução nossa):

Embora a terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, todo homem tem uma “propriedade” em sua própria “pessoa”. A isso ninguém possui direitos além de si. O “labor” de seu corpo e o “trabalho” de suas mãos, podemos dizer, são propriamente seus. O que, então, ele remover do estado que a natureza

proveu e lá deixou, ele misturou com seu trabalho, e uniu à coisa natural algo seu e, como consequência, fez, daquilo, propriedade sua<sup>2</sup>.

Aplicando o pensamento lockeano apresentado ao contexto da PI, o fato de um bem incorpóreo ser o fruto do labor de um indivíduo já seria justificativa suficiente para que o indivíduo em questão se apropriasse do que criou. Nesse sentido, a partir da interação do labor humano com o estado inicial da natureza, há a criação de bens corpóreos (ou não) que podem ser apropriados pelo devido “merecedor”. Essa abordagem de cunho notadamente jusnaturalista, sucintamente, privilegia a recompensa individual pelos frutos do trabalho. Shaw, Li e Olson (2012), pesquisadores do campo da psicologia, apontam para a possível existência de uma relação na qual crianças tratam conceitos abstratos (ideias) como propriedade e atribuível a determinadas pessoas. Estudos como esse podem dar credibilidade a uma possível legitimação jusnaturalista da PI.

Contudo, há pontos que questionam os limites dessa teoria. Uma crítica interessante ao supramencionado modo de apropriação baseado na integração do natural ao laboral foi feita por Robert Nozick (1974, p. 175, tradução nossa): “Se eu tenho uma lata de suco de tomate e a despejo no mar para que suas moléculas [...] misturem-se homoganeamente ao oceano, acabo de me apropriar do oceano ou apenas levemente perdi uma lata de suco de tomate?”<sup>3</sup>. A crítica apresentada questiona qual o limite do pensamento lockeano. Não há um critério objetivo capaz de determinar quando a apropriação de um bem fruto do próprio trabalho torna-se injusta.

## 2.2 A TEORIA DA PERSONALIDADE

A teoria da personalidade enxerga a criação intelectual como uma manifestação da persona, da dimensão individual de cada autor. Diferentemente do que ocorre na teoria da justiça laboral, não há um único arcabouço filosófico que consubstancia o pensamento desenvolvido na teoria. Fisher (2001) indica que diversos autores propuseram diferentes objetivos a serem resguardados por uma teoria da personalidade na PI, quais sejam: (i) paz de espírito, (ii) privacidade, (iii) autossuficiência, (iv) autorrealização como um ser social, (v)

---

<sup>2</sup> “Though the earth and all inferior creatures be common to all men, yet every man has a “property” in his own “person.” This nobody has any right to but himself. The “labour” of his body and the “work” of his hands, we may say, are properly his. Whatsoever, then, he removes out of the state that Nature hath provided and left it in, he hath mixed his labour with it, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property”. (LOCKE, 1823, p. 116).

<sup>3</sup> “If I own a can of tomato juice and spill it in the sea so that its molecules [...] mingle evenly throughout the sea, do I thereby come to own the sea, or have I foolishly dissipated my tomato juice?”. (NOZICK, 1974, p. 175).

autorrealização como um indivíduo, (vi) segurança e prazer, (vii) responsabilidade, (viii) identidade, (ix) cidadania e (x) benevolência.

Mesmo que cada teórico venha a divergir quanto aos objetivos sociais, segundo Fisher (2001), todos os defensores da teoria da personalidade concordam, em grau básico, que tais direitos emanam da subjetividade e da individualidade humana. Uma norma que é claramente influenciada pela teoria da personalidade é o *caput* do art. 7º da Lei 9.610, de 1998 (Lei de Direitos Autorais): “[...] São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro [...]”<sup>4</sup>. O uso de linguagem evocativa à dimensão subjetiva humana estabelece uma relação entre o fato do bem ser uma “criação do espírito” e a necessidade de proteção.

### 2.3 A TEORIA UTILITÁRIA

As bases jusfilosóficas da teoria utilitária, por sua vez, são comumente atribuídas ao filósofo Jeremy Bentham e à ideia do bem maior para o maior número de pessoas (FISHER, 2001). O próprio Bentham (1843, p. 71, tradução nossa) abordou a questão da justificação da propriedade intelectual:

Sem a assistência das leis, o inventor seria quase sempre expulso do mercado por um rival que, se encontrando, de forma gratuita, na posse de uma descoberta que demandou muito tempo e recursos do inventor, seria possível extirpá-lo de todas as suas merecidas vantagens simplesmente vendendo a um preço menor. [...] “Conceda-me quinze anos” diz o inventor, “para que possa recuperar o fruto de meus esforços; após esse prazo, o mundo inteiro poderá aproveitar da invenção”. Caso o soberano diga “Não, você não o terá”, o que acontecerá? Ninguém aproveitará o invento, nem por quinze anos nem depois disso: todos restarão desapontados – os inventores, os trabalhadores, os consumidores – tudo será sufocado, tanto o ganho autoral quanto o desfrute social<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> BRASIL. Lei nº 9.610, de 19/02/1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2021.

<sup>5</sup> “Without the assistance of the laws, the inventor would almost always be driven out of the market by his rival, who finding himself, without any expense, in possession of a discovery which has cost the inventor much time and expense, would be able to deprive him of all his deserved advantages, by selling at a lower price. [...] “Grant me fifteen years,” says the inventor, “that I may reap the fruit of my labours; after this term, it shall be enjoyed by all the world.” Does the sovereign say, “No, you shall not have it” what will happen? It will be enjoyed by no one, neither for fifteen years nor afterwards: everybody will be disappointed - inventors, workmen, consumers – everything will be stifled, both benefit and enjoyment”. (BENTHAM, 1843, p. 71).

Em uma primeira leitura, é possível que se interprete a posição de Bentham como uma reinterpretção da teoria da justiça laboral – muito por conta do uso de termos como “merecidas vantagens”, todavia, a distinção fundamental se encontra no sujeito principal, que é beneficiado pela existência de direitos da PI. Em uma perspectiva da justiça laboral, o direito ao ativo intangível existe para recompensar o trabalho de uma pessoa que despendeu esforços para proporcionar aquele produto incorpóreo e é, portanto, merecedor de tal propriedade. A perspectiva utilitária procura beneficiar, antes de tudo, a sociedade. É apenas por beneficiar a sociedade que tais privilégios são concedidos como um estímulo à produção intelectual.

Desse modo, conforme aponta Menell (2000), a teoria utilitária é a mais influente quando se trata de políticas de desenvolvimento tecnológico. Exemplo claro de tal influência está presente na linguagem utilizada na Constituição brasileira de 1988, em seu art. 5º, XXIX, no qual se dispõe que: “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais [...] tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”<sup>6</sup>.

No trecho destacado, o privilégio temporário está condicionado ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do País. A mesma influência pode ser percebida na Constituição dos Estados Unidos da América (EUA), na chamada “*Commerce Clause*” (Cláusula do Comércio). Nessa cláusula, é concedido ao Congresso o poder de promover o progresso da ciência e das artes, ao assegurar, por tempo limitado, aos autores e inventores o direito de exclusividade sobre suas respectivas obras e invenções<sup>7</sup>. Compreende-se, portanto, que o “direito de exclusividade” também está condicionado a um bem social, qual seja “o progresso da ciência e das artes úteis”.

## 2.4 A TEORIA CULTURAL

A princípio denominada “teoria do planejamento social” (FISHER, 2001), a teoria cultural (FISHER, 2018) tem como finalidade a promoção de uma política pública que incentive a produção de uma cultura elevada, justa e atrativa. Segundo Fisher (2001), alguns dos objetivos a serem alcançados por ela seriam: (i) bem-estar consumerista, (ii) uma cornucópia de

---

<sup>6</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2021.

<sup>7</sup> “The Congress shall have Power [...] To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1789). Washington, D.C.: U.S. Senate. Disponível em: <[https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm?utm\\_content=buffer05951#a1\\_sec8](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm?utm_content=buffer05951#a1_sec8)>. Acesso em: 06 abr. 2021.

informações e ideias, (iii) uma rica tradição artística, (iv) justiça distributiva, (v) democracia semiótica, (vi) sociabilidade e (vii) respeito.

Essa teoria é atrativa quando se pensa na construção de uma “alta cultura”. No entanto, dado o seu viés e pretensão social, ela acaba se aproximando, em certa medida, do paternalismo – uma vez que alguém precisará determinar para os demais o que constitui uma “cultura desejável”.

## 2.5 INTERPRETANDO O ARCABOUÇO TEÓRICO

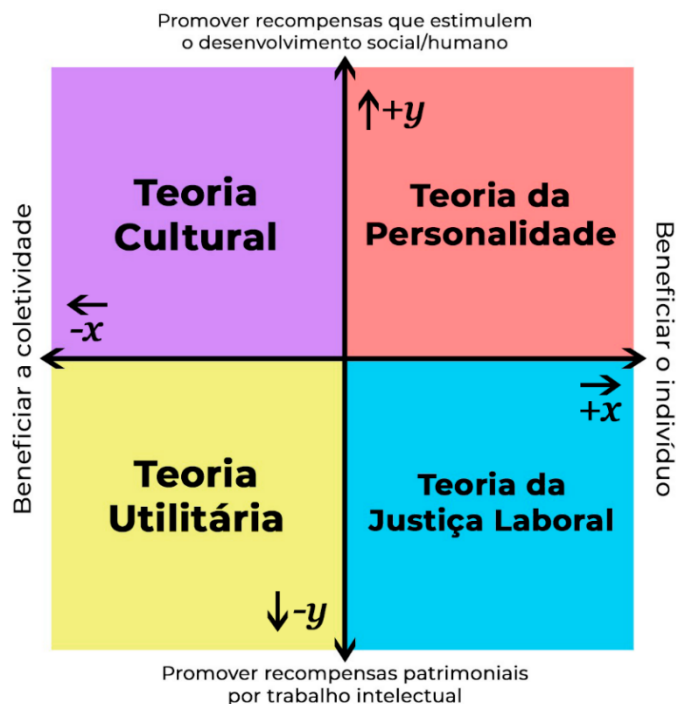
As quatro teorias possuem méritos próprios e lacunas ainda não superadas por seus defensores. Acerca disso, Fisher (2001) aponta que teorias mais novas, a exemplo da cultural, ainda precisam de maior desenvolvimento doutrinário, e mesmo as teorias que remontam aos autores clássicos de séculos passados ainda possuem pontos que carecem de maior desenvolvimento.

De todo modo, conquanto nenhuma delas seja empiricamente correta nem promova uma solução única para todas as questões atinentes à PI, o autor afirma que esse embasamento teórico serve aos propósitos de pautar decisões legislativas e encontrar soluções criativas para problemas singulares. Uma década depois, Wilkof (2014) questiona se as utilidades elencadas por Fisher (2001) justificam o trabalho acadêmico investido nesse estudo. Possivelmente.

Ressalta-se, ainda, que a conduta humana é complexa e o direito se propõe a regular e a coordenar a ação humana (REALE, 1996). Dessa forma, compreender os objetivos de políticas públicas nas quais se baseiam as leis é de suma importância para o jurista, principalmente em um campo vasto como a PI, em que os direitos tutelados são os mais diversos: direito autoral, patentário, marcário, segredos de negócio, entre outros.

Sendo assim, cada um desses regimes de propriedade possui características, necessidades e escopos diferentes. Seria reducionista, no mínimo, admitir que uma única teoria pudesse condensar todos os objetivos que se pretende alcançar com um sistema de proteção aos bens incorpóreos. Desse modo, é mais interessante, de um ponto de vista pragmático, pensar nas teorias da PI não como alternativas entre si, mas como componentes de um grande espectro. Para ilustrar tal proposta, apresenta-se o gráfico 1.

Gráfico 1 – Representação visual do espectro das teorias da PI



Fonte: elaborado com base em dados de Fisher (2001).

Conforme exposto, o gráfico 1 traz duas dimensões: o eixo  $x$  e o eixo  $y$ . O vetor horizontal indica a finalidade da política pública de PI: beneficiar o indivíduo criador do bem incorpóreo (campo positivo) ou beneficiar a sociedade em geral (campo negativo). Já no vetor vertical, há a indicação do meio pelo qual se busca chegar à finalidade da política pública: promover recompensas que estimulem o desenvolvimento social e/ou humano (campo positivo) ou promover recompensas patrimoniais por trabalho intelectual (campo negativo).

Dessa maneira, a análise de uma política no campo da PI poderia observar o seguinte modelo: a política  $a$  busca beneficiar o grupo  $b$  (pautando-se no eixo  $x$ ) por meio da recompensa  $c$  (pautando-se no eixo  $y$ ). Apresenta-se, como exemplo, a aplicação do modelo proposto à política de registro de marcas: a concessão marcária (política  $a$ ) busca beneficiar a sociedade (grupo  $b$ ) por meio do estabelecimento de monopólios artificiais sobre signos distintivos para que não haja confusão do consumidor sobre o produto que está comprando (recompensa  $c$ ).

Essa interpretação sistêmica das teorias faz com que se leve em consideração cada uma das diversas fundamentações filosóficas da PI como colaborativas na formação de um todo, não sendo, portanto, excludentes entre si. A importância dessa interpretação está na construção de uma perspectiva sistêmica, que permite encontrar diferentes soluções para necessidades específicas dos sistemas de PI.

Nesse sentido, a complexidade dos diferentes tipos de proteção resta evidenciada quando se leva em conta que, enquanto a legislação patentária possui forte dimensão utilitária<sup>8</sup>, a legislação autoral possui embasamentos atribuíveis tanto à teoria utilitária quanto à teoria da personalidade<sup>9</sup>. Ademais, doutrinas específicas também podem estar atreladas ao espectro – a doutrina do *fair use* (uso justo), presente no campo dos direitos autorais, pode, por exemplo, ser interpretada como um desdobramento da teoria cultural<sup>10</sup> servindo como um contrapeso à dimensão utilitária dos direitos de autor.

O gráfico 1, portanto, apresenta-se como um distanciamento da ideia pretérita de uma teoria singular para justificar a instauração de tais sistemas. Isso se justifica porque, dada a complexidade do agir humano e as diversas necessidades sociais, é necessário pensar nas políticas públicas em PI como um sistema de pesos e contrapesos aos diferentes objetivos preconizados pelas diferentes teorias apresentadas.

A análise dos conceitos explorados na presente seção teve o objetivo de fazer um breve apanhado quanto ao estado da arte do pensamento jusfilosófico no que tange os motivos que levam a sociedade a adotar um regime de proteção aos ativos incorpóreos. Sendo assim, as seções seguintes irão procurar entender quais as principais críticas à legitimidade dos regimes de proteção à PI e analisá-las com base nos parâmetros teóricos discutidos.

### 3 DAS CRÍTICAS À PROPRIEDADE INTELECTUAL

A era da informação trouxe reações adversas ao regime de proteção aos bens incorpóreos. Sobre isso, Fredriksson (2014) aponta que as duas primeiras décadas do século XXI viram significativa resistência à expansão dos direitos protegidos pela PI. Os grupos que

---

<sup>8</sup> Essa influência da teoria utilitária no direito patentário se verifica em virtude da organização do sistema: uma recompensa patrimonial é dada (monopólio artificial por tempo determinado) por um trabalho intelectual (invenção que satisfaça os critérios de patenteabilidade) com vistas a promover o desenvolvimento econômico e tecnológico (finalidade de beneficiar a sociedade).

<sup>9</sup> A influência das teorias utilitária e personalista são verificadas em função da dupla dimensão de direitos (patrimoniais e morais) conferidos pela proteção autoral vigente no Brasil. Os direitos patrimoniais promovem uma recompensa patrimonial (monopólio artificial por tempo determinado) por um trabalho intelectual (“criações do espírito”, livros, músicas) com vistas a promover um maior número de obras intelectuais ao público (finalidade de beneficiar a sociedade). Já os direitos morais buscam promover uma recompensa que estimula o desenvolvimento humano do autor (direito de atribuição, direito de integridade da obra) em função de um trabalho intelectual (“criações do espírito”, livros, músicas) com vistas a promover um benefício ao indivíduo autor da obra.

<sup>10</sup> A influência da teoria cultural na doutrina do *fair use* significa uma espécie de “contrapeso” à influência das teorias utilitária e personalista. O *fair use* permite que alguns usos de obras protegidas sejam considerados aceitáveis (recompensa que estimula o desenvolvimento humano/social), criando um estímulo à utilização socialmente benéfica da obra original (uso para fazer paródias, usos educativos, uso para comentário).

se tornaram críticos da PI agregam tanto “nativos digitais” que se preocupam com a interferência dos direitos autorais na liberdade de expressão quanto ativistas de direitos humanos aflitos com a exploração de medicamentos protegidos por patentes em países pouco desenvolvidos.

Levando em conta esse contexto evocativo de uma “crise de legitimidade”, serão trazidas, a seguir, duas críticas ao regime de proteção à PI que seguem direções distintas: a primeira vem de Kinsella (2001) e a segunda de Ortellado (2002).

### 3.1 DA CRÍTICA À “DISCRICIONARIDADE DA POLÍTICA PÚBLICA”

A abordagem de Kinsella (2001) é pautada em um viés libertário que, naturalmente, preza pela proteção do regime de propriedade privada como um direito fundamental. Esse trabalho é considerado influente, principalmente entre os adeptos do libertarianismo, tendo recebido, inclusive, tradução para o português<sup>11</sup>.

Antes de tudo, cabe indicar que o supracitado autor traz contra-argumentos a duas das teorias exploradas: a teoria utilitária e o que o jurista chama de “teoria naturalista”<sup>12</sup>. O artigo completo, contudo, aborda diversos outros pontos – especialmente uma comparação entre a propriedade sobre bens físicos e incorpóreos. De qualquer maneira, para os fins deste artigo, a análise irá se restringir à fundamentação do jurista em contraponto às correntes utilitária e “naturalista”.

A primeira traz a proteção de ativos intangíveis como um direito pautado na busca pela maximização do “ganho social”. A síntese de tal argumento segue a lógica de que criações intelectuais são de difícil produção e de fácil apropriação, portanto, se faz necessário que o Estado assegure uma recompensa aos criadores para que o trabalho intelectual seja estimulado.

Em contraponto à tese apresentada, Kinsella (2001) defende que não há prova econométrica que indique conclusivamente um “ganho social” advindo da proteção de ativos intangíveis. Adicionalmente, o autor alega que é viável haver o estímulo à inovação caso empresas não tivessem a possibilidade de confiar na concessão de um monopólio por décadas.

---

<sup>11</sup> Tanto o artigo original quanto a versão traduzida estão disponíveis gratuitamente online. A versão em português pode ser acessada através da referência: KINSELLA, Stephan. **Contra A Propriedade Intelectual**. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Ebook.aspx?id=29>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

<sup>12</sup> Kinsella (2001) faz uma aglutinação conceitual ao tratar da “teoria naturalista”. Segundo a descrição do autor, o conceito trabalhado por ele engloba tanto justificativas advindas da teoria da justiça laboral quanto da teoria personalista.

Ademais, aponta que mais recursos poderiam ser investidos em pesquisa e desenvolvimento (P&D) se o volume de capital destinado a processos judiciais não fosse tão grande.

Além do argumento utilitário, também se leva em consideração a abordagem dos ativos intangíveis como um direito natural decorrente do merecimento do autor sobre a criação. Nesse sentido, Kinsella (2001) apresenta alguns argumentos para afastar tal justificção. Primeiramente, propõe uma crítica à teoria jusnaturalista pelo fato de que nem toda ideia é protegida – apenas algumas aplicações práticas (para patentes) ou formas de expressão (para direitos autorais). Segundo esse autor, o fato de descobertas da natureza ou de fórmulas matemáticas não poderem ser abarcadas causaria uma diferenciação injusta quanto à matéria que é objeto de proteção.

Nas palavras de Kinsella (2001, p. 16-17, tradução nossa):

[...] é arbitrário e injusto recompensar melhor as invenções práticas e os provedores de entretenimento, como o engenheiro e o compositor, e deixar cientistas teóricos e filósofos sem recompensas. A distinção é inerentemente vaga, arbitrária e injusta<sup>13</sup>.

Posto isso, o jurista propõe que a visão jusnaturalista da PI também incorre em um problema: a limitação temporal. Kinsella (2001) admite que são possíveis dois pensamentos a respeito do limite temporal da propriedade incorpórea: (i) entender como cabível a imposição de prazos para o gozo de tais direitos, ou (ii) admitir o desfrute eterno daquele ativo. De acordo com o autor, a primeira posição significaria aceitar imposições arbitrárias de prazos. Já a segunda seria absurda por natureza – uma vez que até as gerações futuras sofreriam com as consequências de monopólios artificiais estabelecidos décadas, ou séculos, atrás.

Em suma, o posicionamento de Kinsella (2001) rechaça duas das mais influentes correntes jusfilosóficas que embasam os direitos aos ativos intangíveis e se coloca contra a propriedade intelectual. Todavia, os argumentos do autor são de difícil assimilação caso o interlocutor não compartilhe das mesmas premissas. Um ponto relevante da fundamentação de Kinsella (2001) diz respeito à alegação de que não existem comprovações econométricas de que um “ganho social” demonstrável surge da concessão de privilégios aos autores de trabalhos criativos e invenções. Esse ponto é interessante e frequentemente debatido entre economistas<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> “[...] it is arbitrary and unfair to reward more practical inventors and entertainment providers, such as the engineer and song-writer, and to leave more theoretical science and math researchers and philosophers unrewarded. The distinction is inherently vague, arbitrary, and unjust”. (KINSELLA, 2001, p. 16-17).

<sup>14</sup> Vale ressaltar o trabalho de Posner (2002) como uma referência para discussões atuais no tema. Tal trabalho encontra-se em: POSNER, Richard Allen. *The Law & Economics of Intellectual Property*. **Daedalus**,

Boldrin e Levine (2002) corroboram, em parte, com tal posicionamento. Embora admitam que inexistem comprovação econométrica conclusiva a favor dos regimes de PI, os autores não se mostram desfavoráveis à PI enquanto conceito, mas contra alguns pontos específicos da política pública que embasa tais propriedades. Assim sendo, o argumento da inexistência de evidência econométrica conclusiva acerca do “ganho social líquido” proposto pela teoria utilitária é um ponto levantado por Kinsella (2001) que pode ser levado em consideração como empiricamente correto.

As duas outras alegações nas quais esse autor pauta sua fundamentação contra a corrente utilitária são: (i) empresas seriam compelidas a inovar com mais frequência se não pudessem contar com um monopólio artificial por décadas, e (ii) custos legais decorrentes da defesa dos ativos intangíveis poderiam ser reinvestidos em inovação. Ambas as afirmações são projeções e hipóteses que carecem de comprovação empírica ou qualquer indicativo prático de validade.

A primeira afirmação destacada trata inovações no geral como um lampejo de genialidade que se manifesta espontaneamente e sem custo aparente. Na verdade, grande parte das invenções patenteadas, principalmente em campos que demandam altos investimentos em P&D (a exemplo da biotecnologia), precisam de alguma segurança mercadológica para que os custos despendidos na fase de pesquisa sejam recuperados (GRABOWSKI; DIMASI; LONG, 2015). Dessa forma, ao menos em alguns campos, a ausência de barreiras mercadológicas favorecendo o inventor admitiria a entrada em comércio de produtos idênticos, fabricados por empresas que não investiram no desenvolvimento do artigo original. Esse cenário levaria à criação de uma tendência ao menor preço, o que dificultaria (ou até impossibilitaria) a recuperação de custos.

Quanto à segunda afirmação, é difícil realizar tal assertiva sem qualquer indicação de estudo que corrobore com o referido ponto. Krajec (2020) assevera que, nos EUA, o custo médio de litígio para o direito patentário está entre US\$700 mil e US\$4 milhões<sup>15</sup>. Contudo, alegar que o dinheiro economizado com a proteção de ativos intangíveis seria revertido para investimentos em P&D não reflete cientificidade, uma vez que não se pauta em dados empíricos – é apenas uma reflexão do que poderia acontecer no melhor cenário possível.

---

Cambridge, v. 131, n. 2, p. 5-12, abr. 2002. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/20027754?seq=1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

<sup>15</sup> KRAJEC, Russ. Current patent litigation costs are between \$2.3 to \$4M. **AP News**, 10 jul. 2020. Disponível em: <<https://apnews.com/press-release/news-direct-corporation/a5dd5a7d415e7bae6878c87656e90112>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

Já no que tange à doutrina jusnaturalista, Kinsella (2001) sugere, novamente, dois argumentos principais contra a interpretação oferecida pela corrente em pauta: (i) a dificuldade de delimitação do que seria uma “criação” passível de proteção como propriedade, e (ii) a discricionariedade no estabelecimento de prazos para o gozo de tais propriedades. Esses argumentos parecem partir da premissa de que a dimensão de política pública (aspecto essencial dos ativos intangíveis discutido na seção anterior) seria ilegítima e “discricionária” por natureza.

A primeira reflexão do jurista estabelece que, por não incluir todos os atos de labor intelectual na matéria protegida por PI, a delimitação do que é protegido (ou não) seria, inerentemente, arbitrária. Essa visão se pauta em uma análise estreita das teorias da PI ao propor uma aceitabilidade total ou nula. Segundo o argumento apresentado, ou a corrente naturalista consegue incluir todos os frutos do labor na área de proteção, ou ela de nada vale.

Conforme apontado na seção anterior, a visão sistêmica das teorias (gráfico 1) é mais satisfatória a esse respeito, permitindo o emprego de diferentes correntes na formulação de políticas públicas que beneficiam diversos atores sociais. Um exemplo dessa visão sistêmica já aplicada pode ser encontrado nas jurisprudências estadunidense<sup>16</sup> e brasileira<sup>17</sup> em direitos autorais. Em ambas, faz-se necessária a demonstração de um “grau de criatividade” para que se conceda proteção autoral. Isso não estaria presente em uma fórmula matemática nem em uma descoberta da natureza tampouco em uma compilação de eventos históricos. Essa exigência representa uma mitigação à influência da teoria da justiça laboral em favor da sociedade, objetivando, por meio disso, não condicionar a pagamento o uso de fatos e informações que não surgiram da capacidade criativa própria de alguém.

Com o estabelecimento de prazos também há uma incidência de políticas públicas. Se a proteção eterna dos ativos intangíveis como propriedade traria diversos problemas para as gerações atuais e futuras, tal como foi apontado por Kinsella (2010), o lógico seria apontar um período determinado para que se estipule a duração de tais privilégios. A alegação do jurista de que tais prazos são “arbitrários” recai no mesmo problema: entender as políticas públicas como ilegítimas por natureza. Esse tipo de pensamento rechaça, sem embasamento teórico rigoroso,

---

<sup>16</sup> SUPREMA CORTE DOS EUA. Apelação nº 499 U.S. 340. Pleno. Justice Sandra Day O'Connor. Washington, DC, j. 27/03/1991. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/340/>>. Acesso em: 06 fev. 2021.

<sup>17</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível nº 0880819- 74.2003.8.13.0024 MG. Desembargadora Evangelina Castilho Duarte. j. 01/08/2013. DJ. 09/08/2013.

anos de estudos para o aperfeiçoamento dos sistemas de PI<sup>18</sup>, bem como esforços para a harmonização legislativa internacional<sup>19</sup>.

### 3.2 DA CRÍTICA AO MONOPOLISMO E FALTA DE ACESSO

A preocupação com os objetivos das políticas de proteção aos ativos intangíveis fundamenta a proposta de Ortellado (2002). Em sendo assim, a crítica desse autor suscita uma discussão mais pragmática, não apresentando uma análise teórica, mas teleológica: a PI está cumprindo a sua função? Para responder a essa questão, o autor separa o seu texto em duas seções: “*copyright*” e “*copyleft*”. A primeira parte se refere ao atual estado das coisas – como a proteção dos ativos intangíveis se dá. A segunda parte trata do dever-ser e das dificuldades associadas à manutenção de um sistema que limita o acesso das pessoas aos bens intelectuais.

Em primeiro lugar, Ortellado (2002) demonstra a relevância da perspectiva utilitária (embora não use essa terminologia para identificá-la) para a criação de sistemas de proteção à PI, citando, como exemplo, os escritos de Thomas Jefferson, nos EUA. Com isso, explora a ideia de “equilíbrio”, frequentemente associada à teoria utilitária: a necessidade de equilibrar a finalidade (benefício social) com o meio (promover recompensas patrimoniais aos criadores). Nesse sentido, Ortellado (2002) argumenta que progressivamente as recompensas foram aumentando em detrimento do benefício social – aumentos que, por vezes, são motivados por lobbies (LEE, 2013, p. de internet)<sup>20</sup>.

Em segundo, Ortellado (2002, p. 7) questiona “[...] será que o estímulo material é o único e o melhor estímulo que se pode dar para o desenvolvimento do saber, da cultura e da tecnologia?”. A esse respeito, o autor indica a existência de outros modos de recompensa por criatividade e inovação, tais como sistemas de premiação. Contudo, não conclui sobre um sistema ideal de recompensas a ser seguido.

---

<sup>18</sup> Um dos mais influentes estudos científicos sobre a matéria e duração dos privilégios patentários é o artigo de Gilbert e Shapiro (1990) intitulado “*Optimal Patent Length and Breadth*”. Tal artigo encontra-se na seguinte referência: GILBERT, Richard; SHAPIRO, Carl. Optimal patent length and breadth. **The Rand Journal of Economics**, [S.L.], v. 21, n. 1, p. 106, 1990. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2555497>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

<sup>19</sup> Um exemplo de tal esforço é o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), estabelecido na Rodada Uruguai. Nele se definem limites temporais mínimos para a proteção patentária e de direitos autorais (WTO, 1994). Tal acordo é indicado na seguinte referência: WTO. **Annex 1C: Agreement on trade-related aspects of Intellectual Property rights**. 1994. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/27-trips.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf)>. Acesso em: 06 fev. 2021.

<sup>20</sup> LEE, Timothy B. *15 years ago, Congress kept Mickey Mouse out of the public domain. Will they do it again?* 2013. Disponível em: <<https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2013/10/25/15-years-ago-congress-kept-mickey-mouse-out-of-the-public-domain-will-they-do-it-again/>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

Ademais, são trazidos argumentos baseados na reação popular contemporânea ao regime de PI vigente. Segundo ele, a desobediência civil, principalmente nos espaços *online*, é um indicativo de que os objetivos do sistema de proteção à PI estão sendo descumpridos – tendo como principais representantes de tal desobediência sites como *The Pirate Bay* e a antiga versão do *Napster*. Por último, Ortellado (2002) indica o estabelecimento de movimentos a exemplo do *Creative Commons* e do Software Livre como uma forma de promover o ideal de incentivar a criação de obras intelectuais sem precisar onerar desnecessariamente a sociedade.

Os argumentos trazidos por Ortellado (2002) não se revestem de uma crítica à PI em si, mas representam uma crítica à política pública em vigor no campo da PI. Pelo que relata o autor, há um problema no abuso do modelo utilitário. Como consequência, a sociedade precisa reclamar de volta a parte que lhe cabe. Dessa maneira, é possível entender a proposta apresentada por Ortellado (2002) não como uma rechaça simples e pura da proteção aos ativos intangíveis, conforme sugerido por Kinsella (2001), mas como uma sugestão de alteração legislativa para que o espectro teleológico da PI se mova mais para cima no eixo y (gráfico 1), privilegiando uma abordagem cultural em detrimento da utilitária.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das análises e reflexões propostas, percebe-se que os sistemas de proteção à PI são complexos, envolvendo uma larga gama de matérias insertas em seu escopo (patentes, direitos autorais, marcas, cultivares). Por muito tempo, buscou-se uma justificativa universal para a manutenção desses direitos – e defensores de teorias específicas ainda travam interessantes debates jusfilosóficos<sup>21</sup>. Todavia, para fins práticos e de análise da política pública, o modelo de espectro proposto neste artigo (gráfico 1) mostra-se como uma alternativa viável, uma vez que promove a visualização geral de fins e interesses que compõem as políticas públicas em PI.

---

<sup>21</sup> Veja, por exemplo, as diferentes perspectivas de Mark Lemley (2015) e Robert Merges (2017). Enquanto Lemley (2015) defende um ponto de vista utilitário pautado unicamente na construção do bem-estar social, Merges (2017) propõe que tal pensamento é reducionista e ignora a ligação autor-obra. O pensamento de Lemley pode ser encontrado na referência: LEMLEY, Mark Alan. Faith-Based Intellectual Property. *UCLA Law Review*, [S.L.], v. 62, n. 1, p. 1328-1346, 2015. Elsevier BV. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2587297>>. Acesso em: 07 abr. 2021. Já a perspectiva de Merges encontra-se em: MERGES, Robert P. Against Utilitarian Fundamentalism. *St John's Law Review*, New York, v. 90, n. 3, p. 1-27, 29 mar. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2960712>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

Nesse sentido, críticas como a de Kinsella (2001) e Ortellado (2002) refletem o desconforto social com medidas classicamente pautadas no utilitarismo. Enquanto o primeiro sugere a ilegitimidade completa do tratamento como propriedade de ativos incorpóreos, o segundo propõe um redirecionamento do curso das políticas públicas no campo dos bens intangíveis em direção a um ideal mais ligado à teoria cultural.

Mesmo oferecendo conclusões distintas, ambos os pensamentos dos autores destacados partem do mesmo princípio jeffersoniano trazido na epígrafe deste artigo: criações intelectuais iluminam o interlocutor sem escurecer o criador. Todavia, recuperação de custos e recompensas patrimoniais ainda são vitais para que a criação intelectual seja estimulada. Ambas as premissas são válidas – o que é necessário é a promoção de um equilíbrio entre os interesses sociais e individuais em jogo.

Em sendo assim, devido à rejeição aos atuais paradigmas no campo da PI, que, por vezes, leva à desobediência civil e à rechaça do sistema como um todo, este artigo propõe uma visão sistêmica para que os atores sociais relevantes possam tomar decisões informadas quanto às políticas públicas atinentes à proteção dos ativos intelectuais. O sucesso dessa empreitada, porém, depende da atuação conjunta de juristas, artistas, inventores, empresários, acadêmicos e legisladores para que se repensem as promessas e os incentivos de um sistema construído pelo esforço e consenso comum entre a sociedade civil e os indivíduos que desempenham o labor intelectual.

## REFERÊNCIAS

BENTHAM, Jeremy. **A Manual of Political Economy**. London: McMaster University Archive for The History of Economic Thought, 1843. 84 p. Disponível em: <<http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bentham/manualpoliticaleconomy.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

BOLDRIN, Michele; LEVINE, David. The case against Intellectual Property. **The American Economic Review**, Pittsburgh, v. 92, n. 2, p. 209-212, maio 2002. Mensal. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3083403?seq=1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

FISHER, William. Theories of intellectual property. **Cambridge: Cambridge**, 2001.  
Disponível em: <<https://cyber.harvard.edu/people/ffisher/iptheory.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

FISHER, William. The Puzzle of Traditional Knowledge. **Duke Law Journal**, v. 67, n. 7, 2018. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/213020064.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

FREDRIKSSON, Martin. Copyright culture and pirate politics. **Cultural Studies**, [S.L.], v. 28, n. 5-6, p. 1022-1047, 11 mar. 2014. Informa UK Limited. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/09502386.2014.886483>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

GRABOWSKI, Henry G.; DIMASI, Joseph A.; LONG, Genia. The roles of Patents and research and development incentives in Biopharmaceutical Innovation. **Health Affairs**, [S.L.], v. 34, n. 2, p. 302-310, fev. 2015. Health Affairs (Project Hope). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1377/hlthaff.2014.1047>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

KINSELLA, Norman Stephan. Against Intellectual Property. **Journal of Libertarian Studies**, v. 15, n. 2; SEAS SPR, p. 1-54, 2001. Disponível em: <<http://austrian-library.s3.amazonaws.com/journals/scholar/kinsella6.PDF>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

LOCKE, John. Of Property. In: LOCKE, John. **Second treatise of Civil Government**. Londres: McMaster University archive of the history of economic thought, 1823. p. 1-216. Disponível em: <<https://www.yorku.ca/comminel/courses/3025pdf/Locke.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

MENELL, Peter S. Intellectual property: General theories. **Encyclopedia of Law and Economics**, v. 2, p. 129-188, 2000. Disponível em: <<http://www.dklevine.org/archive/ittheory.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

NOZICK, Robert. **Anarchy, State and Utopia**. Oxford: Blackwell, 1974. 367 p.

ORTELLADO, Pablo. Por que somos contra a propriedade intelectual. **Manifesto Anarquista**, 2002. Disponível em: <<http://commons.cc/antropi/wp-content/uploads/2013/02/porque-somos-contra-PI.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 267 p.

SHAW, Alex; LI, Vivian; OLSON, Kristina Reiss. Children apply principles of physical ownership to ideas. **Cognitive Science**, [S.L.], v. 36, n. 8, p. 1383-1403, 4 set. 2012. Wiley. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1111/j.1551-6709.2012.01265.x>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

SHERMAN, Brad; BENTLY, Lionel. **The making of modern Intellectual Property Law: the British Experience, 1760-1911**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. 242 p.

WILKOF, Neil. Theories of intellectual property: is it worth the effort? **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, [S.L.], v. 9, n. 4, p. 257-257, 25 fev. 2014. Oxford University Press (OUP). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1093/jiplp/jpu018>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

## **RESHAPING PROMISES: THEORIES AND GOALS OF THE INTELLECTUAL PROPERTY SYSTEMS**

### **ABSTRACT**

Intellectual property opponents have gained strength in sectors of academia and in civil society. This study analyses some of the critiques made by such groups through bibliographic review and employing the logical-deductive method. For such, some of the philosophic theories seeking to legitimise IP are considered. Through such theories, an analysis model is proposed for the public policies in this field. Lastly, two of the main critiques of IP are tackled through the lens of the proposed model. In conclusion, it is held that there is no need to dismantle the IP system as is, but updates can be proposed.

**Keywords:** Intellectual property. Legal philosophy. IP theories. Public policies. Incentives.