

# Domínio Público e Patrimônio Cultural

Mateus 10:8 de graça recebestes, de graça dai.

Denis Borges Barbosa (2005)

A controvérsia e a selva .....	2
<i>Por que domínio público?</i> .....	3
<i>Domínio Público como tensão de interesses</i> .....	4
A questão econômica do domínio público.....	4
A questão jurídica do domínio público.....	6
O direito de acesso ao patrimônio cultural.....	7
Direitos exclusivos e liberdade de informação.....	8
Exclusiva e liberdade de iniciativa.....	8
Ponderação e prevalência de interesses.....	8
<i>Análise do domínio público</i> .....	9
Res communis omnium.....	9
Incondicional, Universal e definitivo .....	10
Direito subjetivo constitucional ao domínio público.....	11
Princípio da suficiência descritiva.....	11
A instrumentalização do domínio público autoral.....	12
A inoponibilidade das prorrogações.....	12
Prorrogações autorais.....	13
Um direito genérico ao domínio público.....	13
Domínio público e figuras adjacentes .....	14
Domínio público e tutela do Estado .....	15
O domínio público pagante .....	16
O que está em domínio público? .....	16
<i>A transformação criativa</i> .....	18
<i>Liberdade de expressão e informação</i> .....	19
O conflito entre a liberdade de expressão e a atuação do Estado.....	19
O caso Eldred v. Ashcroft .....	23
Um direito substantivo de acesso à informação.....	24
<i>Acesso à Cultura</i> .....	26
Acesso à Cultura – Educação .....	26
Acesso à Cultura – Ciência .....	27
Acesso à Cultura – a especificidade da arte.....	29
<i>A crise do domínio público</i> .....	31
Creative commons e outras frentes de libertação informacional .....	32
A política brasileira de acesso público .....	33
<i>Conclusão</i> .....	35

Bruno Jorge Hemmes, em sua análise profunda e germanista dos problemas da Propriedade Intelectual, compartilha da postura de sua geração, quanto ao *status* do domínio público:

277 *Domínio público* significa que já não há um titular exclusivo da obra. Todos e cada um podem utilizá-la sem depender de autorização de um titular

e sem ter que pagar algo pela utilização. Domínio público não deve ser confundido com propriedade pública pertencente ao Estado.

(...) Decorrido o prazo de proteção previsto, a obra cai no domínio público (art. 45). O mesmo acontece com as obras de autores falecidos que não tenham deixado sucessores e as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais. Tais obras se encontram, pois, no domínio público em relação ao direito de autor. Podem eventualmente ter uma proteção que outra lei lhes assegure <sup>1</sup>.

Em suma, sob essa perspectiva, o domínio público é algo incidental, e de certa forma estranho à Propriedade Intelectual. Surge o domínio público ao fim do direito, ou quando lhe falta um titular. Nosso propósito, neste trabalho, é de reavaliar tal visão, em face dos momentos da transformação desse Direito.

Embora os aspectos históricos desta contemporaneidade, como também a vertente política da mesma discussão, sejam de imenso interesse, o propósito aqui é concentrar a atenção no discurso jurídico, em suas várias tessituras.

### A controvérsia e a selva

Como em todo aspecto da complexidade humana, a noção de domínio público suscita controvérsias. Não eram, talvez, tão vívidas, ao tempo em que Bruno Hemmes trouxe seu conhecimento arraigadamente europeu para o Rio Grande do Sul. São-no hoje, a ponto de justificar a dimensão deste artigo.

Os investidores em criação intelectual ressentem-se da existência do domínio público, e das ameaças desse espaço de selvageria:

I have the very strong impression that people who hold intellectual property rights have much the same attitude about the public domain that South Asian villagers once had about the jungle: like the jungle and its beasts, the public domain threatens to overrun them at every turn. Try as they might to cultivate their little ownings, their patents and copyrights expire, their secrets get found out, their trademarks come into general usage, and all these erstwhile possessions return the wild of the public domain, where the savage creatures indiscriminately gobble up everything. Incidentally, people who have carved out niches in the public lands of the United States seem to have much the same attitude about the more tangible version of the public domain: they are always at risk of being gobbled up by its environmental laws, its threats of increased grazing fees, its newly-declared National Monuments and Roadless Areas. <sup>2</sup>

Os indígenas da Sociedade de Informação, por sua vez, após provarem o sangue dos primeiros anos da Internet e dessas poucas décadas de meio digital, sentem-se invadidos e estraçalhados pela recuperação do domínio privado, através de meios legais e técnicos:

A Humanidade enfrenta uma crise global quanto ao controle do conhecimento, da tecnologia e da cultura. A crise é manifesta em muitas maneiras.

---

<sup>1</sup> O Direito de Propriedade Intelectual, Ed. Unisinos, 3ª. Ed. p. 126 e seg.

<sup>2</sup> Carol M. Rose, Romans, Roads, And Romantic Creators: Traditions of Public Property in The Information Age, encontrado em [www.law.duke.edu/journals/lcp/articles/lcp66dWinterSpring2003p89.htm](http://www.law.duke.edu/journals/lcp/articles/lcp66dWinterSpring2003p89.htm), visitado em 15/11/05.

A desigualdade, moralmente repugnante, no acesso à instrução, ao conhecimento e à tecnologia solapa o desenvolvimento e a coesão social;

Os autores, os artistas e os inventores enfrentam cada vez mais barreiras quanto à transformação criativa;

A posse e o controle concentrados do conhecimento, da tecnologia, de recursos biológicos e de cultura prejudicam o desenvolvimento, a diversidade e instituições democráticas;

As medidas tecnológicas que visam reforçar os direitos de propriedade intelectual em ambientes digitais ameaçam a eficiência das exceções mais medulares do direito autoral, que asseguram as liberdades das pessoas portadoras de deficiência, bibliotecas, educadores, autores e consumidores, e corroem a privacidade e a liberdade;

Os principais mecanismos existentes para compensar e dar suporte aos indivíduos e comunidades criativas são injustos tanto para essas quanto para os consumidores;

Os interesses privados se apropriam indebitamente dos bens sociais e públicos, e capturam para si o domínio público.<sup>3</sup>:

Mote de luta, estandarte de campanha, “domínio público” deixa de ser a noção jurídica morna e baça que Brune Hemmes desenha. O espaço real e mítico do domínio público passa a ser a terra prometida e os campos elísios da Era da Informação.

### **Por que domínio público?**

Manoel J. Pereira dos Santos<sup>4</sup> lembra que

“A livre utilização das criações intelectuais em domínio público constitui uma das bases filosóficas da Propriedade Intelectual”

Mas, nestes tempos de pragmatismo sublimado, bases filosóficas não terão o prestígio dos fundamentos constitucionais, ou de vários tipos de infra-estruturas econômicas. É uma evocação de algo um tantinho obsoleto, um tantinho *fané*, e solidamente irrelevante. Talvez seja essa sensação o que Lawrence Lessig expressa:<sup>5</sup>

“we recall the public domain as if it were simply an echo from some romantic past; we embrace (...) the idea that the whole world is best managed when divided among private owners, and we proceed to divide the world among private owners.

So invisible is public domain that we don't even see it when it is everywhere around; so invisible is the idea that the free might matter to creativity, that when it is enclosed, we are convinced this is progress.”

---

<sup>3</sup> Geneva Declaration on the Future of the World Intellectual Property Organization , encontrada em [www.cptech.org/ip/wipo/genevadeclaration.html](http://www.cptech.org/ip/wipo/genevadeclaration.html) , visitada em 13/11/05.

<sup>4</sup> Princípios constitucionais e propriedade intelectual - o regime constitucional do direito autoral, manuscrito, 2004.

<sup>5</sup> The Architecture of Innovation, encontrado em [www.law.duke.edu/pd/papers/lessig.pdf](http://www.law.duke.edu/pd/papers/lessig.pdf), visitado em 11/11/05.

## Domínio Público como tensão de interesses

### A questão econômica do domínio público

A tensão que existe entre a propriedade intelectual, na forma da instituição social que temos hoje, e a existência de um domínio público tem natureza estrutural; não é episódica ou incidental, mas, pelo contrário, inevitável e necessária. Pois foi para fugir do domínio público, ou mais precisamente, de certas características da produção criativa, que foram instituídos os mecanismos da nossa forma de propriedade intelectual<sup>6</sup>.

Das muitas formas possíveis de estímulo ao investimento criativo, a história real das economias de mercado inclinou-se por um modelo específico: aquele que dá ao criador ou investidor um direito de uso exclusivo sobre a solução tecnológica, ou sobre a obra do espírito produzida<sup>7</sup>.

Não se imagine que tal modelo de mercado seja o único possível para fazer florescer a criatividade humana. Fora dele, os Príncipes Esterházy mantiveram vivo o fluxo de Haydn sob o regime do patronato, comunidades inteiras subvencionaram a arquitetura gótica, os fabliaux nasceram da pena de Jean Bodel, de Cortebarbe, Durand, Gautier le Leu, e Henry d'Andeli sem nenhum estímulo de royalties. Em economias planificadas, inventores, artistas e escritores não deixaram de produzir.

De outro lado, pelo menos no tocante à produção intelectual não técnica, e até certo grau, a produção científica, há sempre o incentivo não econômico, a que se referia Lord Camden em 1774<sup>8</sup>:

It was not for gain, that Bacon, Newton, Milton, Locke, instructed and delighted the world; it would be unworthy such men to traffic with a dirty bookseller for so much a sheet of a letter press. When the bookseller offered Milton five pound for his Paradise Lost, he did not reject it, and commit his poem to the flames, nor did he accept the miserable pittance as the reward of his labour; he knew that the real price of his work was immortality, and that posterity would pay it.

Nas situações em que a criação é estimulada ou apropriada pelo mercado, duas hipóteses foram sempre suscitadas:

- a) ou a da socialização dos riscos e custos incorridos para criar<sup>9</sup>;

---

6 J.H. Reichman, Charting the Collapse of the Patent-Copyright Dichotomy: Premises for a restructured International Intellectual Property System 13 Cardozo Arts & Ent. L.J. 475 (1995). Para ser breve, este capítulo do Direito assegura aos criadores um pacote de direitos de propriedade exclusiva, planejado para superar o problema do domínio público resultante da natureza intangível, indivisível e inexaurível das criações intelectuais, que permite que sejam copiadas por aqueles que não compartilharam os custos e os riscos do esforço criativo.

7 Até o fim desta seção, reproduzimos aqui um trecho do nosso trabalho A criação de um ambiente competitivo no campo da propriedade intelectual - o caso sul americano, encontrado em [http://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/RRA\\_Barbosa.pdf](http://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/RRA_Barbosa.pdf)

8 Donaldson v. Beckett, Proceedings in the Lords on the Question of Literary Property, February 4 through February 22, 1774.

9 Certamente não é propósito deste estudo discutir formas alternativas de estímulo à criação. Mas na proporção em que o conhecimento disperso tenha um interesse para os operadores no mercado, a divulgação indenizada serve apenas de nivelamento da competição. Ou, se não houver nivelamento, a dispersão favorecerá aqueles titulares de empresas que

- b) ou a apropriação privada dos resultados através da construção jurídica de uma *exclusividade artificial*, como a da patente, ou do direito autoral, etc.. É desta última hipótese que falamos inicialmente como sendo o modelo preferencial das economias de mercado.

Por que exclusividade, e por que artificial? Por uma característica específica dessas criações técnicas, abstratas ou estéticas: a *natureza evanescente* desses bens imateriais. Quando eles são colocados no mercado, naturalmente se tornam acessíveis ao público, num episódio de imediata e total dispersão<sup>10</sup>. Ou seja, a informação ínsita na criação deixa de ser escassa<sup>11</sup>, perdendo a sua economicidade.

As características desses bens são apontadas pela literatura<sup>12</sup>:

- a) o que certos economistas chama de não-rivalidade. Ou seja, o uso ou consumo do bem por uma pessoa não impede o seu uso ou consumo por uma outra pessoa. O fato de alguém usar uma criação técnica ou expressiva não impossibilita outra pessoa de também fazê-lo, em toda extensão, e sem prejuízo da fruição da primeira.
- b) O que esses mesmos autores se referem como não-exclusividade: o fato de que, salvo intervenção estatal ou outras medidas artificiais, ninguém pode ser impedido de usar o bem. Assim, é difícil coletar proveito econômico comercializando publicamente no mercado esse tipo da atividade criativa..

Como consequência dessas características, o livre jogo de mercado é insuficiente para garantir que se crie e mantenha o fluxo de investimento em uma tecnologia ou um filme que requeira alto custo de desenvolvimento e seja sujeito a cópia fácil.

---

mais estiverem aptos na competição a aproveitar desse conhecimento em condições de mercado. Assim, iniciativas como o de usar fundos estatais para aplicações de interesse geral, sem apropriação dos resultados, poderiam ser tidas como contrárias à moralidade pública. Pareceria correto, de outro lado, reservar o uso exclusivo, com uma ampla política de licenciamento.

10 Thomas Jefferson -. “If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it (...) Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. 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. That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature”.

11 É uma das hipóteses de *res extra commercium*. “Por razões de ordem profana, eram consideradas fora do comércio (*res extra commercium humani iuris*) as coisas comuns a todos (*res communes omnium*), isto é, as indispensáveis à vida coletiva ou a ela úteis, como o ar, a água corrente, o mar e as praias”. Marky, Thomas, Curso Elementar de Direito Romano, ed. Saraiva, 6ª ed., 1992.

12 Citamos aqui, J.H. Reichman, Charting the Collapse of the Patent-Copyright Dichotomy: Premises for a restructured International Intellectual Property System 13 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 475 (1995); Wendy J. Gordon, Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors, 82 *Colum. L. Rev.* 1600 (1982); Michael G. Anderson & Paul F. Brown, The Economics Behind Copyright Fair Use: A Principled and Predictable Body of Law, 24 *Loy. U. Chi. L. J.* 143 (1993). Vide Wendy J. Gordon, Asymmetric Market Failure and Prisoner’s Dilemma in Intellectual Property, 17 *U. Dayton L.Rev.* 853, 861-67 (1992); do mesmo autor, On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary Impulse, 78 *Va.L.Rev.* 149, 222-58 (1992) e Assertive Modesty: An Economy of Intangibles, 94 *Col.L.Rev.* 8, 2587 (1994). Vide também Samuelson, Davis, Kapor e Reichmann, A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs, 94 *Col.L.Rev.* 8, 2308, 2339 (1994). Ejan Machaay, Legal Hybrids: Beyond Property and Monopoly, 94 *Col.L.Rev.* 8, 2637 (1994).

Já que existe interesse social em que esse investimento continue mesmo numa economia de mercado <sup>13</sup>, algum tipo de ação deve ser intentada para corrigir esta deficiência genética da criação intelectual. A criação tecnológica ou expressiva é *naturalmente* inadequada ao ambiente de mercado

Assim é que, para um certo tipo de análise, a função do domínio público é extra-econômica:

"...there is a persisting asymmetry with regard to the private benefits from recognizing versus denying intellectual property rights. (...) the public domain really isn't worth much (...) we have been exaggerating the dependence of authors and inventors (especially the former) on previously created works.

But this suggestion confuses private with social value. Public domain works have less private value than copyrightable works because they cannot be appropriated. Some of them have great social value" <sup>14</sup>.

Uma proposta interessante é a de que, a par das estatísticas sempre ficcionais e imensamente criativas de custos de pirataria, se pudesse ter também o índice de lesão ao interesse público de acesso à informação e à cultura, pelos excessos e demasias das exclusivas autorais <sup>15</sup>.

#### A questão jurídica do domínio público

Curiosamente, essa tensão medular se expressa também no conteúdo não-econômico dos direitos. Na Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 27, listam-se de um lado os propósitos de “tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam”. – objetivos humanos para os que a existência de uma farto domínio público seria essencial. Mas, no mesmo dispositivo, se lê que seria um direito do homem a “proteção dos interesses morais e **materiais** ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria”.

A mesma tensão surge no âmbito dos interesses constitucionais em confronto:

São particularmente importantes os ramos de direito com que o Direito de Autor entra necessariamente em confronto. O regime definitivamente vigente é o que resultar do equilíbrio que entre eles se deva estabelecer.

De entre todos os ramos, permito-me salientar quatro:

- Direito da Informação

---

13 O que é simplesmente uma opção antropológica, tendo como alternativa a das sociedades de história cíclica, como a dos tchucarramães ou outros povos selvagens.

14 Landes & Posner The Economics of Intellectual Property Law, 2003.

15 Joaquim Falcão, Folha Opinião São Paulo, quinta-feira, 29 de setembro de 2005 Um novo índice,. “Em toda relação de consumo, o produtor invariavelmente se verá em oposição ao consumidor. Aquele defende um direito, este defende outro. É justamente a partir dessa equação que o novo índice se coloca e se faz necessário. Stiglitz, Amartya e milhares de outros economistas começaram a notar uma correlação perversa entre direito de propriedade intelectual, de um lado, e direito do acesso à informação e ao conhecimento, de outro. A hipótese com que trabalham é simples: em vez de estar a favor da produção e da disseminação de conhecimento, o direito de propriedade intelectual, quando radicalizado, limita injustamente o acesso à informação e pode se voltar contra o legítimo direito dos povos ao conhecimento. São dois, entre outros, os indicadores dessa radicalização”.

- Direito da Concorrência
- Direito do Consumidor
- Direito da Cultura <sup>16</sup>

### *O direito de acesso ao patrimônio cultural*

Tais interesses em confronto são indicados pelo próprio texto constitucional, onde se lê, de um lado,

Art. 5º., XXVII - aos autores pertence **o direito exclusivo** de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

E, de outro tanto a noção, crucial para nosso tema, de patrimônio cultural:

Art. 216 - Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Quanto do dever do Estado, e do direito público subjetivo, ao acesso à cultura:

Art. 215 - O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.  
(...)

Para José Afonso da Silva, os direitos culturais a que se refere o art. 215 são os seguintes:

“se trata de direitos informados pelo princípios da universalidade, isto é, direitos garantidos a todos.

Quais são esses direitos culturais reconhecidos na Constituição? São: a) direito de criação cultural, compreendidas as criações científicas, artísticas e tecnológicas; b) direito de acesso às fontes da cultura nacional; c) direito de difusão da cultura; d) liberdade de formas de expressão cultural; e) liberdade de manifestações culturais; f) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura, que, assim, ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como

---

16 José Oliveira Ascensão, Princípios constitucionais do direito de autor, manuscrito, 2004.

forma de propriedade de interesse público. Tais direitos decorrem das normas dos arts. 215 e 216. que merecerão, ainda, exame mais aprofundado no título da ordem social.”<sup>17</sup>

### ***Direitos exclusivos e liberdade de informação***

O estatuto constitucional dos direitos autorais tem assim outra vertente além da propriedade – o da liberdade de informação. E isso se dá de forma dupla: existe a tensão entre o direito à informação de terceiros e exclusividade legal do titular da obra, e entre aquele o direito que tem o autor de se expressar de maneira compatível com sua própria liberdade.

O princípio constitucional opositor, aqui, é o vazado no art. 5º. Da Carta:

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Seja através da aplicação de algum dos limites legais ao direito, seja através da interpretação da lei autoral, é preciso ficar claro que a propriedade intelectual não pode coibir, irrazoável e desproporcionalmente, o acesso à informação por parte de toda a sociedade, e o direito de expressão de cada um.

### ***Exclusiva e liberdade de iniciativa***

É certo que a tensão constitucional não se resume aos interesses de acesso à cultura e os direitos exclusivos, mas também entre essa exclusividade e os princípios fundacionais do art. 1º., IV da Carta de 1988, que garantem a liberdade de iniciativa. Como disse Ruy Barbosa, falando do contraste entre os direitos de propriedade intelectual e a liberdade de iniciativa:

-Não ha só diversidade, senão até antagonismo, e essencial, entre as duas, uma das quaes é a declaração de uma liberdade, a outra a garantia de uma propriedade exclusiva.<sup>18</sup>

### ***Ponderação e prevalência de interesses***

Como sempre ocorre na hipótese de interesses constitucionais em confronto, e esses interesses têm a natureza de princípios, o de maior peso é o que prepondera, sem que o de menor ponderação deva desaparecer do sistema jurídico<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 8ª. Ed.

<sup>18</sup> Ruy Barbosa, Comentários à Constituição de 1891. O autor continua: “no proprio Art. 72, §.§ 26 e 27, da Constituição Nacional, (...) temos expressamente contempladas outras excepções ao principio da liberdade industrial, que ambas as Constituições limitam, já garantindo as marcas de fabrica em propriedades dos fabricantes, já reservando aos escriptores e artistas "o direito exclusivo" á reproducção das suas obras. Por essas disposições os manufactores exercem sobre suas obras, tanto quanto os inventores sobre os seus inventos, direitos exclusivos, mantidos pela Constituição, isto é, monopolios constitucionaes” A expressão era corrente na época no Brasil: vide Bento de Faria, “seria permitir o monopólio de uma infinidade de signaes distinctivos, registrados e depositados com o fim de embaraçar, sem necessidade, a livre escolha dos concurrentes (sic)” (Das Marcas de Fabrica e de Commercio e do Nome Commercial. Rio de Janeiro: Editor J. Ribeiro dos Santos, 1906, p. 120).

<sup>19</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade (Medida Liminar) Nº 2.054-4 - DF - Tribunal Pleno (DJ, 10.03.2000) - Relator: O Sr. Ministro Ilmar Galvão. “(...) Com isso, adverte Alexy (citado pelo primeiro), o que se quer dizer é que os princípios

E qual o princípio que, neste caso, prepondera? Pelo menos no âmbito do sistema constitucional americano, têm-se as respostas:

“this court has consistently held that the primary purpose of our patent laws is not the creation of private fortunes for the owners of patents but is to promote the progress of science and useful arts (...)”, Motion Picture Patents Co.v. Universal Film Mfg. Co., 243 U.S. 502, p. 511 (1917).

The primary objective of copyright is not to reward the labor of authors, but "to promote the Progress of Science and useful Arts." Art. I, § 8, cl. 8. To this end, copyright assures authors the right to their original expression, but encourages others to build freely upon the ideas and information conveyed by a work." (...) "It may seem unfair that much of the fruit of the compiler's labor may be used by others without compensation. As Justice Brennan has correctly observed, however, this is not "some unforeseen byproduct of a statutory scheme." Harper & Row, 471 U.S., at 589 (dissenting opinion). It is, rather, "the essence of copyright," *ibid.*, and a constitutional requirement. Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., Inc., 499 U.S.340, 349-50 (1991)

### **Análise do domínio público**

Hely Lopes Meirelles, numa perspectiva clássica de direito público, assim define domínio público<sup>20</sup>:

"A expressão domínio público ora significa o poder que o Estado exerce sobre os bens próprios e alheios, ora designa a condição desses bens.

A mesma expressão pode ainda ser tomada como conjunto de bens destinados ao uso público (direto ou indireto - geral ou especial - *uti singuli* ou *uti universia*) como pode designar o regime a que se subordina esse complexo de coisas afetadas de interesse público<sup>21</sup>.

Nosso tema se concentra na segunda dessas acepções: tal como as praças públicas ou o ar atmosférico, que são bens *extra commercium* porque não são escassos, também o espírito, a cultura, e a inventividade humana são juridicamente *res communes omnium*<sup>22</sup>; e, nas economias que adotam a liberdade de iniciativa, também o é o mercado.

### Res communis omnium

A noção de bens fora do comércio, ou de bens de uso comum, é milenar em Direito. Há certos bens que, por sua natureza, fogem à apropriação individualizada: o ar, as águas do

---

têm um peso diferente nos casos concretos e que o princípio de maior peso é o que prepondera. De modo que, havendo conflito entre dois deles, o de menor peso deve ceder em prol do mais importante, sem que, todavia, e, por óbvio, esse último deva desaparecer do sistema jurídico, como ocorre em termos de antinomia de normas.”

20 Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1981, p. 478

21 Essa dupla acepção se transporá a outros sistemas jurídicos: “public domain n.1. Land owned and controlled by the state or federal government.2. The status of publications, products, and processes that are not protected under patent or copyright. The American Heritage® Dictionary of the English Language, Fourth Edition copyright ©2000 by Houghton Mifflin Company.

22 Plínio Cabral: "No caso do direito autoral, não se trata de um domínio que o Estado exerça sobre a obra, mas uma disponibilidade desta para uso e desfrute livre da sociedade. Está entre "as coisas afetadas de interesse público." *Direito Autoral - Dúvidas e controvérsias*, Ed. Habra, 2000, p. 88.

oceanos, as ruas e praças públicas, o conhecimento científico, são exemplos clássicos dessa categoria.

Não é o fato de que tais bens estejam *naturalmente* livres de propriedade que os caracterizam como tais: os peixes e a caça, igualmente livres, são apropriados por quem os capture; as praças públicas podem ser utilizadas com exclusividade, ainda que precariamente, por exemplo, por bancas de jornal.

Mesmo considerando que possa haver uma vertente fática na livre apropriação (o ar é inapropriável pois que, no momento, não existem meios para controlar seu fluxo) o determinante na incomercialidade dos bens é a preexistência de uma apropriação coletiva, que é distinta da apropriação pelo Estado<sup>23</sup>; tais bens *extra commercium* o são porque a lei assim impõe. A propriedade individual, exclusiva, é contrária, neste caso específico, ao interesse coletivo. Tais bens são fora de comércio – fora do mercado – por que o interesse público, ou coletivo, assim o determina.

O que definiria esse espaço é a livre utilização de seu conteúdo por todos, o ser *res communis omnium*, coisa que a todos pertencem e de que ninguém pode apropriar-se. O uso livre comporta tanto a fruição – de um leitor ou espectador – quanto a transformação criativa; neste caso, pode haver a apropriação dessa, deixando a matéria prima transformada em completa liberdade para outras transformações e fruições<sup>24</sup>.

Outro aspecto crucial é a elaboração crítica: a reflexão sobre a obra alheia, elemento indispensável da liberdade de pensamento e de expressão. Num balanceamento cuidadoso de interesses, a lei permite sempre a crítica textual, embora nos limites do direito de citação<sup>25</sup>; a reprodução integral da obra criticada é reservada àquelas em domínio público<sup>26</sup>.

### Incondicional, Universal e definitivo

O ingresso no domínio público *em cada sistema jurídico* é incondicional, universal e definitivo; a criação passa a ser comum de todos, e todos têm o direito de mantê-la em comunhão, impedindo a apropriação singular. Não se trata de abandono da obra, *res nullius* ou *res derelicta*, suscetível de apropriação singular por simples ocupação.

Ao contrário, a obra sai do domínio privado e entra como valor positivo na comunhão de todos; em comum, todos são titulares do direito de usar e transformar, e, como todos o são, descabem as faculdades de fruir (alugar ou obter regalias) ou de dispor (ou seja, entregar à

---

23 Ao contrário dos bens de entes públicos, também bens públicos conforme o Código Civil.

24 Art. 14. É titular de direitos de autor quem adapta, traduz, arranja ou orquestra obra caída no domínio público, não podendo opor-se a outra adaptação, arranjo, orquestração ou tradução, salvo se for cópia da sua. Henry Jessen, Direitos Intelectuais, p. 70: "As obras em domínio público pertencem à comunidade. Todos os cidadãos as podem usar sem restrições na forma original ou delas fazendo traduções, arranjos e adaptações."

25 Lei 9610/98, Art 46: Não constitui ofensa aos direitos autorais: ... III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

26 Art. 33. Ninguém pode reproduzir obra que não pertença ao domínio público, a pretexto de anotá-la, comentá-la ou melhorá-la, sem permissão do autor. Parágrafo único. Os comentários ou anotações poderão ser publicados separadamente.

apropriação singular de terceiro). Mas subsiste a de perseguir a obra das mãos de quem a apropria singularmente, inclusive através de possessória<sup>27</sup>.

Retirar um bem do domínio comum é expropriação ou desapossamento, sujeita ao estatuto constitucional pertinente; ou simples apropriação indébita. A lei ordinária e a pétrea constitucional o previnem.

### Direito subjetivo constitucional ao domínio público

No segmento anterior, indicaram-se os três atributos do regime de domínio público. Uma vez ingressa no domínio público, a criação nela se enraíza e não pode mais ser reapropriada, salvo nas mesmas condições que tornariam lícita uma apropriação derivada, como por exemplo, a desapropriação.

Coisa diversa é a noção de que a sociedade, e cada um dos seus integrantes, tivessem direito subjetivo constitucional a existência e crescimento contínuo de um domínio público, oponível aos titulares das exclusivas autorais. Difusamente, haverá pretensões à prestação pelo Estado, garantia do pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoio e incentivo à valorização e a difusão das manifestações culturais.

#### *Princípio da suficiência descritiva*

É bem verdade que identifico um princípio constitucional sistemático (ou seja, não textual) no tocante ao sistema de patentes, pelo qual se exige uma revelação completa e suficiente do objeto da patente como condição do privilégio.

A idéia do balanceamento de interesses entre a sociedade como um todo, através da divulgação da tecnologia protegida pela exclusiva, e do inventor, que adquire a exclusiva, representa uma justificação e moderação da ofensa à liberdade de iniciativa. Esse requisito, que não é textualmente construído na cláusula de patentes, resulta diretamente da cláusula finalística do art. 5º., XXIX da Carta de 1988 e da tensão dos interesses constitucionais relevantes.

Tal princípio, que poderia ser denominado de “suficiência descritiva como pressuposto do equilíbrio de interesses”, ou Princípio da Adequada Divulgação, seria assim formulado: “O Poder Legislativo só pode proteger por patentes os autores que revelarem útil e adequadamente para o público o conteúdo das soluções para as quais pretendem proteção”.

Ora, tal suficiência é instrumental para que se tenha o conhecimento da tecnologia revelada, ao momento da publicação do relatório descritivo – cumprindo assim a finalidade informacional da patente; mas é igualmente instrumental para que a patente ao fim de seu

---

27 Apelação Cível 586000267 R. Athos Gusmão Carneiro - Ementa: Ação Possessória Sobre Trecho de Rua. Desafetação Ao Uso Comum. Alienação, Autorizada Por Lei Municipal. O Proprietário Confrontante E Legitimado Para Propor Ação Impugnando A Desafetação de Bem, do Uso Comum Para O Patrimônio Dominial do Município. Validade Todavia, da Desafetação, No Caso Concreto. Possibilidade Em Tese, de Ação Possessória de Particular Contra Particular, Relativamente A Bem do Uso Comum do Povo, Efetivamente Utilizado Pelo Demandante. Improcedência, No Caso Em Julgamento, da Demanda Possessória. Sentença Confirmada. (Apelação Cível Nº. 586000267, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Athos Gusmão Carneiro, Julgado em 10/03/1987). "Tanto a doutrina como a jurisprudência reconhecem a viabilidade do remédio possessório entre compossuidores, quando um pratica ato de violência contra o outro. Compete ação de manutenção de posse ao marido que, após retirar-se do lar, é obstado por sua mulher, de ter acesso ao cofre no qual guardava documentos pessoais". (Ap. Cível nº 50.960 – 04-05-76, TJ/SP).

termo efetivamente caia não só no conhecimento público (o que já terá ocorrido) nas no real domínio público.

#### *A instrumentalização do domínio público autoral*

Entendo similarmente que haja uma obrigação estatal, à luz do art. 215 da Carta, de garantir os instrumentos de acesso ao domínio público autoral. Cópias de filmes que caem, em teoria, em domínio público, mas permanecem em poder dos titulares anteriores, obras plásticas inacessíveis à reprodução, mecanismos de derivação de obras com propósitos exclusivamente de frustrar a extinção do termo autoral – todos são mecanismos em relação aos quais haverá dever estatal de atuação.

A compatibilização de instrumentos asseguratórios do ingresso efetivo das obras em domínio público, porém, tem de se compatibilizar, na medida do possível, com o requisito da Convenção de Berna (art. 5.2) de que a aquisição e exercício dos direitos autorais independe de formalidades. Mas a exigência geral de depósito de livros impressos em bibliotecas centrais para efeitos arquivais, independentemente do direito autoral, não têm sido confrontada com a regra convencional.

#### *A inoponibilidade das prorrogações*

Igualmente já sustentei a tese de que nenhuma extensão de exclusivas patentárias, frustrando o direito subjetivo ao domínio público seria admissível em nosso sistema constitucional<sup>28</sup>. A questão central em análise aqui é se o interesse sob termo inicial, protegido na concessão da patente, *entra no patrimônio dos terceiros*, de forma a constituir direito adquirido.

Poder-se-ia argüir que o exercício de uma liberdade de concorrência não configura *direito subjetivo*. Para tanto, seria necessário a existência de interesse concreto, **subjetivado**, e, como tal, *juridicamente protegido*, o que – em tese –, seria distinto do gozo de uma liberdade não subjetivada.

Mas certas pessoas não têm simplesmente o *status* genérico de um beneficiário de liberdades difusas. São elas concorrentes do titular da patente prorrogada no seu âmbito exato, no momento do depósito da patente, no momento da concessão, e continuaram o sendo por todo o tempo da vigência. Seu interesse econômico de usar a tecnologia no exercício de sua liberdade de concorrência existia a todo tempo, e, no momento que o INPI concedeu a patente, consolidou-se em seu patrimônio um direito, como o concorrente que era, de competir usando a tecnologia na data indicada.

Para ele, indubitavelmente, “o termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito”.

---

<sup>28</sup> Parecer de 6/7/05, Inconstitucionalidade da Prorrogação de Patentes no Regime Jurídico Brasileiro - Inoponibilidade da Patente Prorrogada em Face dos Concorrentes Anteriores. Incluído em Usucapião de Patentes e Outros Estudos de Propriedade Intelectual, Lúmen Júris, 2005, no prelo; encontrado em <http://denisbarbosa.addr.com/prazoconst.pdf>.

Assim, *ainda que terceiros pudessem não ter adquirido o mesmo direito*, por carência de subjetivação, o concorrente do titular da patente prorroganda o adquiriu desde o momento da concessão da patente do titular da patente prorroganda.

Por que? Porque o concorrente do titular da patente prorroganda somava, a todo tempo em que a patente vigorava, todas as condições subjetivas e objetivas de um titular do direito de concorrer.

Porém o competidor do titular, que o for a qualquer tempo durante a vigência da patente como concedida, não terá menos interesse na obtenção do acesso livre à tecnologia. Por vezes, sua entrada no mercado resultará exatamente da perspectiva de uma tecnologia liberada para uso. Em relação a ele, mais do que ao competidor antigo, se volta o vínculo finalístico de que a patente deve servir e pautar-se pelos interesses do desenvolvimento técnico, social e econômico do País. Não se vê como, neste contexto constitucional, deferir-lhe menos tutela jurídica do que ao competidor antigo.

Em suma, todos os competidores do titular, que o forem na vigência da patente concedida, terão a consagração jurídica de seu interesse de aceder à tecnologia patenteadada, ao fim do prazo.

#### *Prorrogações autorais*

Não teria qualquer dúvida em aplicar o mesmo raciocínio a uma eventual prorrogação de termo autoral no curso da vigência da proteção. Note-se que, no tocante à eventual prorrogação intentada após a expiração dos termos autorais, subsequente, pois, à entrada das respectivas obras em domínio público, ocorreria consolidação dos direitos positivos de livre uso por parte de todos, sendo impossível a subtração posterior.

Note-se, incidentalmente, que a postura da Suprema Corte Americana favorável à prorrogação do termo autoral, no caso *Eldred v. Ashcroft* <sup>29</sup> não é aplicável aos sistema constitucional brasileiro. Tal se dá pela aplicação do direito adquirido que, sob nossa Carta, é garantia inerradável, o que não ocorre no sistema americano.

Diz Luiz Roberto Barroso <sup>30</sup>:

Duas constatações podem ser extraídas dessas anotações iniciais sobre o tema: (i) ao contrário de outros países do mundo, o direito adquirido no Brasil tem proteção constitucional; (ii) como consequência, somente o constituinte originário pode validamente suprimi-lo. Além disso, como se verá logo a seguir, a teoria que prevalece no Brasil acerca do conteúdo e alcance do direito adquirido é a que outorga maior proteção.

#### *Um direito genérico ao domínio público*

Fora das hipóteses indicadas, não distingo um direito subjetivo constitucional genérico ao domínio público. A obrigação do Estado, inscrita no art. 215 da Carta, indica um interesse constitucional elaborado como princípio, mas não constitui, para o indivíduo, um direito subjetivo constitucional exercitável contra os titulares de exclusivas autorais.

---

<sup>29</sup> Vide discussão desse caso mais abaixo.

30 Luis Roberto Barroso, *Temas de Direito Constitucional - Tomo III, Renovar*, 2005

No entanto, como indicamos a princípio, o instituto do domínio público autoral é uma elaboração tensional: ele existe e se nutre como resultado de um equilíbrio complexo de interesses.

Em suma: existe, sim, e como pretensão efetiva, um direito à satisfação das promessas constitucionais de acesso à informação e aos bens culturais; à liberdade de expressão; de acesso à educação. Caso a exclusiva autoral seja construída e exercitada de forma que desrazoavelmente frustrasse tal promessa, feriria a Constituição, e desse desequilíbrio nasceria, ainda que para um rol limitado de legitimados, a pretensão adjetiva de reequilíbrio.

Voltaremos a um aspecto dessa questão abaixo, ao examinar o tema da liberdade de expressão em confronto com a exclusiva autoral.

### Domínio público e figuras adjacentes

Bruno Hammes, refletindo a posição clássica da doutrina autoralista, refere-se ao domínio público como um efeito que ocorre após a expiração da proteção autoral, ou além de seus limites. A consciência do domínio público prévio, ou concomitante à exclusiva, surge mais nos constitucionalistas atentos ao acesso à cultura e à informação.

Mas é indispensável explicitar o campo do domínio público em face de institutos paralelos, nos quais se limita, ou exclui, os efeitos da exclusiva, tendo em vista interesses jurídicos de terceiros, ou do público. Em cada um deles, haverá algum tipo de acesso à obra, mas não incondicional, universal e definitivo.

O primeiro desses institutos é o de *acesso livre*, ou seja, todos têm acesso à criação, sem restrições, mas mediante remuneração; seja por lei, seja por decisão do titular, o direito patrimonial é inoponível a certas pessoas ou a público em geral *quanto ao aspecto de exclusão*, mas não quanto ao aspecto de pagamento<sup>31</sup>. Uma modalidade desse instituto é o domínio público pagante, ao qual se mencionará a seguir.

Tal instituto não se identifica com as várias hipóteses de acesso livre *não pagante*, que na verdade são licenças gerais, pelas quais o titular postula, irrevogavelmente, não exercer certos direitos de exclusiva perante o público em geral (segundo diversos modelos de licenças<sup>32</sup>), mas habitualmente renunciando ao direito de cobrar *royalties*<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Essa hipótese se aplica a outras modalidades de direito, como o campo das patentes, por exemplo, nos países que, durante certo tempo, permitiam livre uso de inventos farmacêuticos, mediante pagamento de royalties. O mesmo se suscita em relação, por exemplo, aos Direitos Exclusivos de Comercialização previstos em TRIPs art. 70.9. Vide Carlos Correa, *Intellectual property rights, the WTO and developing countries*. Malaysia: TWN, 2000, p. 248-251. A possible option is to interpret that the EMRs confer the right to receive compensation from those that commercialize the invention, rather than a right to forbid their activities. The infringement of EMRs would only allow a claim for compensation (that may be equivalent to a reasonable royalty rate or one based on actual damages). But infringement *would* not prevent commercialization by third parties.

<sup>32</sup> Vide <http://creativecommons.org/>

<sup>33</sup> Vide várias modalidades de propostas desta forma de acesso livre em Budapest Open Access Initiative, <http://www.soros.org/openaccess/index.shtml>; Bethesda Statement on open access Publishing, em <http://www.earlham.edu/~7Epeters/fos/bethesda.htm>; Berlin Declaration on open access to Knowledge in the Sciences and Humanities, em <http://www.zim.mpg.de/openaccess-berlin/berlindeclaration.html>; Scientific publishing. A position statement by the Wellcome Trust in support of open access publishing, em

Outra hipótese é o das limitações e exclusões do direito de exclusivas, que se aproximam das limitações administrativas, definidas como “toda imposição geral, gratuita, unilateral, e de ordem pública, condicionadora do exercício de direitos ou atividades particulares às exigências do bem-estar social”<sup>34</sup>.

Ao contrário das clássicas limitações administrativas, como as restrições de zoneamento ou de gabarito, que representam a prevalência do bem estar social sobre a conveniência individual - as chamadas “limitações” da LDA (e das demais leis de Propriedade Intelectual) representam, na verdade, elementos constitutivos da atribuição do direito, ainda que de caráter negativo<sup>35</sup>.

Ditas “*fair usage*” ou “*fair dealing*”, tais limitações foram consagradas em TRIPs e condicionadas a casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito<sup>36</sup>. Assim, representam casos de inoponibilidade da exclusiva em condições específicas, mas durante sua vigência.

As limitações têm, em face do domínio público induzido (não o natural), a mesma funcionalidade de conter as demasias da exclusiva, e garantir-lhe a exata funcionalidade. Muitas dos condicionantes jurídicos daquelas se aplicam ao domínio público, o que faz natural o tratamento; mas esse é o nosso tema, e terá nossa concentração.

### Domínio público e tutela do Estado

Essencialmente caem em domínio público os direitos patrimoniais; remanesce uma parcela dos direitos morais, mas – no sistema brasileiro – na titularidade estatal, como parte da tutela que lhe cabe do patrimônio cultural<sup>37</sup>; trata-se de poder-dever, e não titularidade *pro se*<sup>38</sup>.

---

<http://www.wellcome.ac.uk/en/1/awtvispolpub.html> , e Washington DC Principles for Free Access to Science, em <http://www.dcpinciples.org/statement.htm>

34 Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 1a. edição, 1988.

35 José de Oliveira Ascensão, Direito Autoral, Forense, 1980, p. 254.

<sup>36</sup> TRIPs – ARTIGO 13 Limitações e Exceções - Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito. Art. 30- Os Membros poderão conceder exceções limitadas aos direitos exclusivos conferidos pela patente, desde que elas não conflitem de forma não razoável com sua exploração normal e não prejudiquem de forma não razoável os interesses legítimos de seu titular, levando conta os interesses legítimos de terceiros.

37 "A proteção da integridade de uma obra caída no domínio público não visa proteger a personalidade do autor, e seu mundo interior. Esta defesa se aplica mais à pessoa do autor (seu nome etc.) é defendida tanto como fato objetivo da história, como bem pertencente ao domínio da cultura nacional. Por outras palavras, é o domínio da cultura nacional que é aqui defendido". Apud Antonio Chaves, Direito de Autor, Princípios Fundamentais, Ed. Forense, 1987, p. 171.

38 Art. 24 § 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público. Eduardo Pimenta, Princípios de Direitos Autorais, Vol. I, Lumen Juris, 2004. "a obra caída em domínio público continua gozando de proteção quanto à integridade, principalmente quanto à nomeação a autoria, cabendo o exercício de sua defesa ao Estado - Ministério público Federal". O texto legal é o seguinte: Lei 9.610/98, Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público: I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores; II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

A proteção da integridade pelo Estado não pode, contudo, abranger qualquer vedação à transformação criativa, sob pena de atentado à liberdade essencial de acesso à informação e à cultura<sup>39</sup>. Nem pode importar em desapossamento de uma obra em domínio comum, mesmo para uso público dominial.

### O domínio público pagante

Também seria de titularidade do Estado o eventual exercício de direitos patrimoniais de obras no domínio público. Note-se que temos aqui não um direito de exclusiva, que permitisse o Estado proibir utilização de obras, mas uma vinculação patrimonial ao uso de bens de livre acesso - mas não de acesso gratuito.

Bruno Hammes explica o fenômeno do domínio público pagante:

Não é tão recente a ideia de pretender exigir um pagamento pela utilização de obra caída no domínio público. Alega-se principalmente que o direito exclusivo do autor, na prática, se transforma num direito exclusivo de um editor ou ainda que os utilizadores vão preferir obras para cuja utilização não necessitam de licença nem pagamento. Os autores vivos ficariam prejudicados por essa concorrência "desleal". Como solução, introduzir-se-ia um pagamento pela utilização de obras do domínio público. O produto poderia ser aplicado para diversas finalidades. Assim, na Alemanha se fala em *Kulturabgabe* (um imposto para a cultura). Segundo outros, as quantias arrecadadas seriam aplicadas para diversos fins sociais entre os autores vivos (necessitados)<sup>40</sup>.

Na lei em vigor, não mais subsiste o *domínio público pagante* que dava ao Estado o direito de coletar *royalties* de obras já sem exclusividade<sup>41</sup>.

### O que está em domínio público?

Segundo o direito brasileiro vigente, “Pertencem, originariamente, ao domínio público, as peças ou obras de autor desconhecido, incluindo as folclóricas, ressalvadas quanto a estas (inciso III do art. 45) a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais. Caem em domínio público as obras cujo prazo de proteção haja decorrido, ou cujo autor tenha falecido sem deixar herdeiros ou sucessores. Essa nova situação em que se encontram essas obras significa que seu conteúdo e forma são devolvidos à coletividade, extinto o privilégio

---

39 Eliane Y Abrão. Direitos de autor e direitos conexo. *São Paulo:Brasil, 2002, p.142* – “Se a finalidade do direito autoral é a de devolver à coletividade o uso e gozo da obra, não se admite seja esse uso obstado pelo Estado, se não quanto à primeira forma de publicação da obra. Sob pena de grave cerceamento à liberdade de expressão, as transformações da obra original, respeitado o devido crédito, não podem ser consideradas violações à integridade dela”.

40 Op. cit., p. 280.

41 Eliane Y Abrão, op. cit. “Entre 1973 e 1983 vigorou no Brasil um sistema, ainda existente em alguns países do mundo, chamado de domínio público remunerado, ou domínio público (...) Desapareceu em virtude de forte pressão da indústria editorial e de difusão, inconformada com esse pagamento. Bruno Hammes também profliga a iniciativa (op. cit. P.280): “É sabido também que a execução de obras clássicas, geralmente já de domínio público, só se torna possível com auxílios especiais, pouco importa se do Estado ou de outros patrocinadores. É sumamente importante considerar que questões de concorrência não se solucionam com parasitismo. Os autores lutam por ver respeitados seus direitos. Em absoluto, não condiz com este objetivo viver às custas de outros autores (já falecidos). Os autores não são, e não querem ser, parasitas. Se o anteprojeto de lei sobre o direito de autor quer acobertar tal parasitismo, sob o título de patrimônio social, reflete uma mentalidade muito arraigada de estatismo. Já é tempo de aprender dos fracassos dos estatismos. O progresso acontece com criatividade. Felizmente a nova lei não voltou a falar desse direito público remunerado.”

temporário conferido aos autores, para que todos possam fazer uso livre e gratuito dela, respeitadas, apenas, a sua integridade e o seu crédito. (§2o., art. 24)”.<sup>42</sup>

Outros autores indicam um escopo mais dilatado para a *res communis*. Henry Jessen lista<sup>43</sup>:

- a) as obras tradicionais de autores desconhecidos;
- b) as obras de autores conhecidos cujos prazos de proteção escoaram;
- c) as obras cujos autores tenham renunciado aos seus direitos;
- d) as obras estrangeiras, não protegidas expressamente pela lei nacional ou por acordos internacionais;
- e) as obras adquiridas pelo Estado para uso e gozo do público”.

Na verdade, pareceria que o conteúdo do domínio público é consideravelmente mais vasto, e variaria com o tempo e os sistemas jurídicos<sup>44</sup>. Em princípio, estariam no domínio público todos os elementos da criação humana não cobertos por direitos de exclusividade; por exemplo, o listado sob o art. 8º. da LDA, que não se veja protegido por outro sistema de direitos exclusivos<sup>45</sup>.

Palmela Samuelson<sup>46</sup> tenta uma curiosa cartografia do domínio público (“e dos terrenos adjacentes”), onde se incluiriam:

- a) os teoremas, fórmulas matemáticas, leis de natureza, e semelhante
- b) metodologias científicas e de outras pesquisas, técnicas estatísticas ou educacionais
- c) idéias, conceitos, descobertas, teorias, hipóteses
- d) fatos, informação, dados, know-how, conhecimento
- e) Leis, regulamentos, opiniões judiciais, documentos públicos
- f) inovações que poderiam vir a obter proteção da Propriedade Intelectual, mas para as quais não se postulou exclusividade ou essa já expirou

---

42 Eliane Y Abrão, . Direitos de autor e direitos conexos. São Paulo:Brasil, 2002, p. 140-141

43 Henry Jessen, *Derechos Intelectuales*, . Chile: Jurídica de Chile, 1970, p. 77.

44 The public domain consists, in fact, of a vast and diverse assortment of contents (...). The public domain is, moreover, different sizes at different times and in different countries. (Palmela Samuelson, *Digital Information, Digital Networks, and The Public Domain*, Berkeley, 2001 )

45 Art. 8º I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções;IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;VI - os nomes e títulos isolados; VII - (o aproveitamento industrial) ou comercial das idéias contidas nas obras.

46 Op. cit. Além desses, Samuelson indica um conjunto de elementos contíguos ao domínio público: Direitos de PI na eminência de se expirar, Limitações aos direitos, Programas de computador de fonte aberta, Criações de acesso livre.

- g) inovações que não satisfazem os requisitos para a proteção da Propriedade Intelectual, porque não tenham originalidade, sejam óbvias, genéricas, ou por outra razão estejam fora do âmbito da PI (por exemplo, os catálogos de telefone, caracteres tipográficos, inovação técnica meramente incremental, marcas que se transformam em genéricas, como aspirina, exercícios físicos novos, folclore, listas de compras, formulários em branco),
- h) nomes, números, símbolos, sinais, regras de gramática e de dicção ou pontuação

### **A transformação criativa**

A transformação criativa, uso de material pré-existente como base de nova criação, é um dos mais importantes aspectos do domínio público. Como observação dos autores mais atuais, ou evocação do constitucionalismo clássico brasileiro, o tema surge como central.

Lydia Loren vê na questão o ponto de maior tensão de interesses no campo autoral:

“However, because any work inevitably builds on previous works, some to a greater extent than others, providing too large a monopoly will actually hinder the development of new works by limiting future creators use of earlier works. Herein lies the fundamental tension in copyright law.”<sup>47</sup>

João Barbalho, por sua vez, explica através da transformação criativa a necessidade de que os direitos autorais sejam temporários, com um texto que evoca intensamente a citação anterior de Thomas Jefferson:

Com efeito por mais proprietário que se queira considerar o autor de uma obra científica, literária ou artística, não se pode deixar de reconhecer que o pensamento, o princípio, a verdade, a noção que em seu trabalho ele incorpora, consagra, expõe, ensina, mostra, não lhe pertence como a exclusivo dono e senhor proprietário de uma idéia? Dono de um pensamento? Por outro lado, o mundo das idéias é uma comunhão e acumula o que lhe são legado a título gratuito, as cogitações dos doutos, dos gratuitos as cogitações dos doutos, dos genios de muitas e muitas gerações.

Desse repositório comum e inesgotável, desse patrimônio intelectual da humanidade tiram seus elementos formadores as novas concepções no domínio das ciências, das letras, das artes.

O modo de combinar nisto os interesses do autor e da comunhão, do publico, as nações cultas tem feito consistir no reconhecimento e garantia do direito daquele por um certo tempo limitado, entrando a obra findo esse prazo no domínio social, comum á todos.<sup>48</sup>

A questão da transformação criativa transcende o domínio público. Em um julgado seminal<sup>49</sup>, o Tribunal Constitucional Alemão enfrentou o problema do conflito do direito de usar a obra protegida como meio de expressão, constitucionalmente protegido, em confronto com os direitos patrimoniais de exclusiva e mesmo os direitos morais de tutela de integridade.

---

47 Lydia Pallas Loren, Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems, the Journal of Intellectual Property Law, Volume 5 Fall 1997, No. 1

48 João Barbalho, Comentários à Constituição de 1891, ed. 1902

49 Germania 3 - BVerfGE 825/98 from 29.06.2000.

Tratava-se do caso do dramaturgo Henrich Müller, que usava, como meio de expressão literária, extensos trechos de Bertold Brecht; contra os interesses dos herdeiros de Brecht, o Tribunal afirmou que, no caso especial de uma obra expressiva de grande importância cultural, e sem maior lesão patrimonial para os titulares de direitos da obra transformada, prevaleceria o interesse da nova criação<sup>50</sup>.

O caso suscita a hipótese de uma *licença de dependência* autoral, pela qual o acréscimo crítico ou estritamente criativo não pudessem ser objeto de vedação, desde que garantidos os direitos patrimoniais<sup>51</sup>.

## **Liberdade de expressão e informação**

Retomamos aqui o tema da liberdade de expressar-se e de ter acesso à informação.

O domínio público importaria, em tese, na segurança dessas liberdades; mas o modelo de produção de mercado tenderia a estagnar o conteúdo do domínio público, pelo desincentivo ao investimento privado criativo; a visão de eficiência econômica e mesmo perspectiva política aconselhariam o estímulo a esse investimento privado, livre de influência da opinião do Estado<sup>52</sup>. A solução, como já vista, é a exclusividade no uso da expressão criada, por tempo e condições limitadas.

Mas a exclusividade tolhe, necessariamente, o acesso ao bem expressivo; é exatamente essa sua finalidade. A moderação viria seja pela expiração do prazo de exclusiva, seja pelas limitações e exceções do direito, ainda durante sua vigência. Embora nosso tema seja o domínio público, as ponderações a seguir ingressam, inevitavelmente, no outro escopo, o das exceções e limitações à exclusiva.

### O conflito entre a liberdade de expressão e a atuação do Estado

Em trabalho anterior, analisei a questão da ação estatal em face da liberdade de expressão. O contexto era diferente: o caso das passeatas como meio de expressão, em face de outros

---

50 On the one hand, there is the author who needs to be protected from unauthorized exploitation of his work. On the other, there is the interest of other authors to create and discuss art in a free environment sheltered from encroachments in terms of content or limited by the threat of financial repercussions. Concerning this balance, the [Constitutional] Court held that a negligible encroachment in the rights of the copy right holder without the existence of a danger of considerable economic disadvantages, do not outweigh the interests of the public to make (unauthorized) use of copy right protected work in order to discuss art in a free environment. Markus Schneider, The Balance Of Interests And Intellectual Property Laws – The European Approach, memorando, março de 2002, encontrado em <http://denisbarbosa.addr.com/markus2.doc>.

51 Copyright, Fair Use and Transformative Critical Appropriation, David Lange & Jennifer Lange Anderson, There is no question of enjoining the transformative critical appropriation, and no question of punishment, either, for the very idea of punishment is unwarranted; and this is so though harm from the appropriation is possible, even likely, even to be presupposed. Suppression and damages do not sensibly figure in this scenario, then, and cannot sensibly be required. But there may still be reason in some cases to contemplate some provision for sharing with the proprietor of rights in the antecedent work an equitable portion of such profits, if any, as may be reaped from an appropriation.

52 Yochai Benkler, Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain, 2001; “Copyright law is defined by constant tensions between exclusive private rights on the one hand and the freedom to read and express oneself as one wishes on the other hand. As a matter of economics, copyright represents a tension between the advantages of market-based production of information and cultural goods on the one hand and the intrinsic limitations of property rights as institutional solutions to the public goods problem of information production on the other hand. As a matter of political morality copyright supports democracy by creating a grounding for some types of expression that are independent of government patronage, but in doing so imposes substantial risks of harm to democracy and individual autonomy”.

interesses constitucionalmente relevantes, e da atuação do Estado como conciliador desses interesses <sup>53</sup>.

Mas a analogia da questão justifica a citação. O interesse público no investimento criativo se contrapõe ao interesse, público também, no livre acesso ao conhecimento e à cultura. As soluções do conflito merecem balanceamento, que nunca é abstrato ou universal. Vejamos:

Sigamos a análise de Tribe <sup>54</sup>, nos parágrafos a seguir.

Segundo o constitucionalista de Harvard, a atuação do Estado que possa afetar a liberdade de expressão pode ter duas modalidades: a que se volta diretamente contra o conteúdo da expressão, e a que apenas incidentalmente pode afetar a liberdade de manifestação, mas se voltam a outros interesses públicos devidamente justificados <sup>55</sup>. Enquanto naquela impõe-se em absoluto a garantia de expressão (salvo exceções a serem interpretadas de maneira restritíssima), nesta o conflito de interesses igualmente relevantes induz à necessidade do balanceamento <sup>56</sup>.

Como exemplo do primeiro tipo, teríamos a proibição da obscenidade, ou da propaganda subversiva – o que implica em critérios muito estreitos de contenção do Estado. Tais ações do Estado seriam objeto de um tipo de análise constitucional que Tribe denomina como “rota um”.

Caso recente desse tipo, no nosso sistema constitucional, é o da vedação da propaganda racista <sup>57</sup>

No segundo tipo, ter-se-iam limitações como as de trânsito ou acesso em certas áreas, com vistas a ressaltar interesses de terceiros, a paz pública, regras

---

53 A Liberdade de Ir e Vir e a Liberdade de Reunir-se: Balanceamento de Dois Direitos Constitucionais, in A Eficácia do Decreto Autônomo, Estudos de Direito Público, Lumen Juris, 2002.

54 Laurence Tribe, Constitutional Law, Foundation Press, 1988, p. 1440., 12-2.

55 “Government can “abridge” speech in either of two ways. First, government can aim at ideas or information. (...) Second, without aiming at ideas or information in either of the above senses, government can constrict the flow of information and ideas while pursuing other goals, either (a) by limiting an activity through which information and ideas might be conveyed, or (b) by enforcing rules compliance with which might discourage the communications of ideas or information. Government prohibitions against loudspeakers in residential areas would illustrate (a). Governmental ceilings on campaign contributions. The first form of abridgment may be summarized as encompassing government actions aimed at communicative impact; the second, as encompassing government actions aimed at noncommunicative impact but nonetheless having adverse effects on communicative opportunity. (...) Any adverse government action aimed at communicative impact is presumptively at odds with the first amendment.

56 A government action belonging to the second category is of a different order altogether. If it is thought intolerable for government to ban all distribution of handbills in order to combat litter, for example, the objection must be the values of free expression are more important constitutionally than those of clean streets at low cost; if a ban on noisy picketing in a hospital zone is acceptable, the reason must be that the harmful consequences of this particular form of expressive behavior, quite apart from any ideas it might convey, outweigh the good. Where government aims at the noncommunicative impact of an act, the correct result in any particular case thus reflects some “balancing” of the competing interests; regulatory choices aimed at harms not caused by ideas or information as such are acceptable so long as they do not unduly constrict the flow of information and ideas.

57 “As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.” ([HC 82.424](#), Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19/03/04)

ambientais relativas ao nível de ruído, etc.. Estas seria objeto do que Tribe denomina “rota dois”<sup>58</sup>.

A Propriedade Intelectual não tem sido usada, primordialmente, como restrição ao conteúdo, mas simplesmente como restrição ao acesso; é dessa feita, a analogia com a *rota dois* que nos interessa.

Nesta segunda hipótese, que nos interessa de plano, a ação do Estado pode ser constitucional, mesmo que tenha efeitos quanto à expressão das idéias, desde que essas não sejam *indevidamente* constritivas do fluxo de comunicação<sup>59</sup>. Tal consideração leva à análise causal, individual, sem possibilidade de topologias categóricas.

Tribe coloca a hipótese de uma sistema constitucional em que qualquer atividade da rota dois, se neutra em seus propósitos, seria tida por constitucional<sup>60</sup>. Na tradição constitucional americana, porém, não basta que a restrição seja neutra em intenção; a análise da Suprema Corte desde o caso *Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939)<sup>61</sup> conduziu-se no sentido de que – independente dos propósitos – os *efeitos* da regulação estatal não podem ser admitidos no que deixem pouco acesso à atividade comunicativa, ou permitam ao povo pouco acesso aos canais de comunicação.

Para Tribe, os elementos da ponderação são, de um lado, a extensão em que a comunicação é coarctada; de outro, os interesses servidos pela restrição. Dois elementos influem decididamente no balanceamento: o primeiro é o grau de

---

58 “The Supreme Court has evolved two distinct approaches to the resolution of first amendment claims; the two correspond to the two ways in which government may “abridge” speech. If a government regulation is aimed at the communicative impact of an act, analysis should proceed along what we will call track one. On that track, a regulation is unconstitutional unless government shows that the message being suppressed poses a “clear and present danger”, constitutes a defamatory falsehood, or otherwise falls on the unprotected side of one of the lines the Court has drawn to distinguish those expressive acts privileged by the first amendment from those open to government regulation with only minimal due process scrutiny. If a government regulation is aimed at the communicative impact of an act, its analysis proceeds on what we will call track two. On that track, a regulation is unconstitutional, even as applied to expressive conduct, so long as it does not unduly constrict the flow of information and ideas. On track two, the “balance” between the values of freedom of expression and the government’s regulatory interests is struck on a case-by-case basis, guided by whatever unifying principles may be articulated.”

59 “The two poles of this debate are best understood as corresponding to the approaches, track one and track two; on the first, the absolutists essentially prevail; on the second, the balances are by and large victorious. (...) On track two, when government does not seek to suppress any idea or message as such, there seems little escape from this quagmire of ad hoc judgment, although a few categorical rules are possible (...) The second type of abridgment - abridgment on track two, in which government does not aim at ideas or information but seeks a goal independent of communicative content or impact, with the indirect result that the flow of information or ideas is in some significant measure constricted.”

60 “One could imagine a constitutional system in which such governmental behavior would automatically be upheld, however devastating its consequences for freedom of expression. In such a system, government’s ply duty would be to avoid gratuitous and deliberate suppression of ideas; so long as government’s aims were ideologically neutral, speakers would have to take what they could get. That is not our system; at least since 1939, 60 it has been established that even a wholly neutral government regulation or policy, aimed entirely at harms unconnected with the content of any communication, may be invalid if it leaves too little breathing space for communicative activity, or leaves people with too little access to channels of communication, whether as would-be speakers or as would-be listeners”.

61 Tribe aponta como o caso fundamental o de *Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939), que citaremos a seguir como uma das bases fundamentais de nosso parecer. Mas há que se ver também *Teamsters Union v. Vogt*, 354 U.S. 284, 295 (1957); *Kunz v. New York*, 340 U.S. 290, 293 (1951); *Niemotko v. Maryland*, 340 U.S. 268, 276-77 (1951) (Frankfurter, J., concurring); *Follett v. McCormick*, 321 U.S. 573 (1944); *Martin v. Struthers*, 319 U.S. 141 (1943); *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 308 (1940); *Hague v. CIO*, 307 U.S. 496, 515-16 (1939) (Roberts, J.).

desigualdade em que a restrição cai sobre os vários grupos na sociedade <sup>62</sup>. O segundo, e muito importante para nossas cogitações, é a proporção que as restrições incidem sobre um lugar tradicionalmente reservado para a expressão coletiva, o que o constitucionalismo americano chama de “foro público” <sup>63</sup>.

Conforme nota Tribe, a construção jurisprudencial do foro público distingue três situações diversas <sup>64</sup>:

- a) Os lugares voltados à expressão coletiva, seja pelo Estado, seja segundo a tradição, compreendendo, por exemplo, ruas e parques.
- b) Lugares instituídos pelo Estado especificamente para determinados tipos de expressão coletiva, como auditórios de universidade;
- c) Bens públicos não destinados à expressão coletiva.

No primeiro caso, o balanceamento penderá significativamente para a proteção da expressão coletiva em detrimento de qualquer outro interesse estatal, especialmente considerando a importância de tais lugares para a expressão de pessoas que não tem outras formas mais elaboradas ou mais dispendiosas de comunicar suas idéias. Assim, a restrição ao uso de um lugar tradicionalmente usado para passeatas – na

---

62 “To be weighed in the balance are, on the one hand, the extent to which communicative activity is in fact inhibited; and, on the other hand, the values, interests, or rights served by enforcing the inhibition. Two variables have been important in structuring the balancing process, and in deciding how heavy a burden of justification -and how large a sacrifice of other goals - to impose on government. The first has been the degree to which any given inhibition on communicative activity falls unevenly upon various groups in the society. (...) At the same time, when deciding whether a particular ban or a specific regulation of time, place, or manner does indeed have a disproportionate impact on expression by the unpopular, the dispossessed, or the little-known, the Court has demanded more than speculative argument that such an impact might exist”. Vide também Lee, William E. "Lonely Pamphleteers, Little People, and the Supreme Court: The Doctrine of Time, Place, and Manner Regulations of Expression" (1986), 54 Geo. Wash. L. Rev. 757.

63 “The second variable has been the degree to which the inhibition on communicative activity operates to shut down places that have traditionally been associated with the public exchange of views, or places that have been specifically opened by government to such exchange. A governmental action that excludes a communication from such a public forum cannot be defended by pointing to the availability of alternative ways to transmit the same message; like a governmental abridgment based upon the content of an expression, an abridgment in this special realm is not deemed insignificant simply because alternative channels are available to the speaker or to the listener. “. O conceito foi elaborado a partir de um artigo do Prof. Harry Kalven, Jr. The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana”, [1965] Sup. Ct. Rev. 1, at pp. 11-12, no qual se define a noção da seguinte forma: “. . . in an open democratic society the streets, the parks, and other public places are an important facility for public discussion and political process. They are in brief a public forum that the citizen can commandeer; the generosity and empathy with which such facilities are made available is an index of freedom.” Vide também Dienes, C. Thomas. "The Trashing of the Public Forum: Problems in First Amendment Analysis" (1986), 55 Geo. Wash. L. Rev. 109. Farber, Daniel A. and John E. Nowak. "The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication" (1984), 70 Va. L. Rev. 1219. Jakab, Peter. "Public Forum Analysis After Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association -- A Conceptual Approach to Claims of First Amendment Access to Publicly Owned Property" (1986), 54 Fordham L. Rev. 545. Moon, Richard. "Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression" (1988), 20 Ottawa L. Rev. 339. Moon, Richard. "Freedom of Expression and Property Rights" (1988), 52 Sask. L. Rev. 243. Post, Robert C. "Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum" (1987), 34 U.C.L.A. L. Rev. 1713.

64 “In its principal attempt at a comprehensive doctrinal synthesis, the Court set out three categories of forums: (1) traditional, "quintessential public forums"- "places which by long tradition or by government fiat have been devoted to assembly and debate, "such as "streets and parks", (2) "limited purpose" or state-created semi-public forums opened "for use by the public as a place for expressive activity, "such as university meeting facilities or school board meetings; and, finally, (3) public property "which is not by tradition or designation for public communication" at all.”

visão da construção jurisprudencial americana – exigiria justificativas de muito peso<sup>65</sup>.

Diz Tribe, analisando a elaborada construção da tese na Suprema Corte americana, que não se pode afetar a expressão de idéias num foro publico, a não ser se a restrição é: a) neutra quanto ao conteúdo da expressão; e b) atende um interesse estatal significativa; e, também c) deixa aberto outros canais relevante de expressão coletiva<sup>66</sup>.

O paralelo poderia ser construído da seguinte forma: um sistema de restrições ao acesso à informação e a cultura seria aceitável enquanto atender adequadamente os propósitos de estimular o investimento criativo; quando deixa aberto outros canais relevante de expressão coletiva; e enquanto o equilíbrio entre os dois interesses em confronto evita agravar a desigualdade em que a restrição cai sobre os vários grupos na sociedade, e se exercita em favor da expressão de pessoas que não tem outras formas mais elaboradas ou mais dispendiosas de comunicar suas idéias e receber informação e cultura.

Certamente muita elaboração seria exigida, para a construção deste direito no contexto brasileiro, o que este estudo não comporta.

### O caso Eldred v. Ashcroft

A questão do conflito entre a liberdade de expressão e informação e as exclusivas autorais teve um momento central, com o caso da Suprema Corte dos Estados Unidos Eldred v. Ashcroft<sup>67</sup>. O tema era a possibilidade de extensão do prazo da exclusiva com efeitos na massa já protegida, e mesmo em face de certos elementos já em domínio público.

Como tive ocasião de notar<sup>68</sup>, no caso dos direitos autorais, a restrição à liberdade se configura mais evidentemente como negativa ao acesso à informação. Em fevereiro de 2003, a Suprema Corte americana enfrentou exatamente essa questão – que a propriedade sobre os bens do intelecto nega a liberdade de informação – argumentando que não há lesão maior, pois que o *direito autoral não protege conteúdo, mas forma* (Eldred v. Ashcroft).

---

65 “The “public forum” doctrine holds that restrictions on speech should be subject to higher scrutiny when, all other things being equal, that speech occurs in areas playing a vital role in communication - such as in those places historically associated with first amendment activities, such as streets, sidewalks, and parks - especially because of the threshold how indispensable communication in these places is to people who lack access to more elaborate (and more costly) channels. Public forum analysis adds a frequently location-specific dimension - or at least a location-specific label - to inquiry of whether the values of free expression are involved in a given case. In some places, some activities are said to be entitled to greater first amendment protection than the same activities might claim in other places. The designation “public forum” thus serves as shorthand for the recognition that a particular context represents an important channel of communication in the system of free expression” .

66 “It is only when the law does not regulate the content of messages as such, and when there is no evidence of a governmental motive to discriminate in favor of or against a particular viewpoint, that the Court properly inquires into such factors as the place of the speech, the character of the particular activity being regulated, and the nature of the restriction imposed.”

67 Eldred v. Ashcroft 537 US 186 (2003) 239 F.3d 372, affirmed. Caso encontrado em <http://straylight.law.cornell.edu/supct/html/01-618.ZS.html> , visitado em 14/11/05.

68 Prefácio ao livro de Marcos Wachowicz Propriedade Intelectual do Software e Revolução da Tecnologia da Informação, Juruá, 2004.

Mas o que nos toca neste contexto é o tratamento dado pela decisão aos argumentos de que o aumento da exclusiva atentaria contra as liberdades de expressão, que no direito americano se acham inscritos na Primeira Emenda <sup>69</sup>.

A Corte entendeu que não haveria, de raiz, qualquer incompatibilidade entre as exclusivas autorais e as liberdades de expressão;

The Copyright Clause and First Amendment were adopted close in time. This proximity indicates that, in the Framers' view, copyright's limited monopolies are compatible with free speech principles. Indeed, copyright's purpose is to promote the creation and publication of free expression. As Harper & Row observed: "[T]he Framers intended copyright itself to be the engine of free expression. By establishing a marketable right to the use of one's expression, copyright supplies the economic incentive to create and disseminate ideas."

Além disso, os excessos eventuais de exclusiva teriam mecanismos de correção embutidos no sistema legal:

In addition to spurring the creation and publication of new expression, copyright law contains built-in First Amendment accommodations.

First, it distinguishes between ideas and expression and makes only the latter eligible for copyright protection. Specifically, 17 U. S. C. §102(b) provides: "In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work." (...).

Due to this distinction, every idea, theory, and fact in a copyrighted work becomes instantly available for public exploitation at the moment of publication

O elemento relevante, aqui, é a conclusão final, de que não há lesão à Constituição desde que “cada idéia, teoria, e fato numa obra sob exclusiva autoral se tornem imediatamente disponíveis para a exploração pública desde o momento da publicação”. Ou seja, num *a contrario sensu* não menos delicioso com ser perigoso, conclui-se que o *uso do direito autoral para proteger soluções de conteúdo é inconstitucional*.

### Um direito substantivo de acesso à informação

Conquanto convincentes, os argumentos acolhidos pela Corte de compatibilidade em tese das exclusivas autorais com a liberdade de expressão presume a existência de um direito

---

69 Os efeitos da decisão são relevantes para o Direito em todos os países, e não só nos Estados Unidos. Como tive ocasião de notar em uma lista de discussão (Fri, 17 Jan 2003 14:24:To: cni-copyright@cni.org) “I would think it appropriate to stress that the damage done by Ginsburg decision is larger than hitherto seen. The integrity of the public domain in authorship's right shall be sought, no doubt, but the effective denial of the same principle for patents (see footnotes 9 and 22) and revocation of *Sears Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*, 376 U.S. 225, 231 (1964) (even in obiter) will have probably more stringent effects. In my country (incidentally, Brazil), *Sears Roebuck* was being used as a compelling argument to oppose ex post extensions of patent terms. Extending the life of a patent beyond its expiration term was arguably unconstitutional on many legal systems, as the right to use the teachings of the patent at the end of monopoly term is (as the argument goes) vested on public simultaneously as the patent owner gets its grant. The idea that copyright and patents have different exchange terms (offered on page 24-25 of Ginsburg's opinion) is not entirely bad, but footnote 22 dismisses all positive content to such finery. They are distinct, but have the same result: divesting the public from its constitutional right to free use of creations. My worry is equally shared between free flow of ideas and availability of medicines to fight AIDS. Eldred has certainly a worldwide import.”

substantivo de acesso à informação e de manifestação do pensamento. Esse direito não está, porém, consolidado na doutrina e na jurisprudência. As primeiras noções que indicamos acima, à luz da análise de Tribe, merecem alentado desenvolvimento.

Um interessante texto para a elaboração desse direito é o da proposta de Tratado de Acesso ao Conhecimento (A2K), como suscitado por entidades da sociedade civil como elemento de discussão nos foros internacionais <sup>70</sup>.

“... os direitos patrimoniais dos titulares das exclusivas autorais (que incluem, entre outros, os direitos à reprodução, à distribuição, à exposição, à execução pública, o desempenho, à adaptação e à comunicação ao público), não se aplicarão a:

- a) O uso de excertos, de seleções, e de citações relevantes para os fins de descrição e ilustração em relação à educação sem fins lucrativos e ao trabalho acadêmico;
- b) O uso de excertos, de seleções e de citações relevantes para as finalidades de crítica e comentário, inclusive, entre outros, as de paródia;
- c) O uso das obras, por instituições educacionais, como leituras secundárias por estudantes registrados;
- d) O uso das obras por instituições educacionais, como material primário de instrução, se tal material não tiver sido imediatamente disponível pelos titulares de direito por um preço razoável; garantido a tais titulares a remuneração justa;
- e) O uso das obras para fins de biblioteca ou de preservação de arquivo, ou para migração a um formato novo;
- f) O uso das obras para efeitos de engenharia reversa legítima;
- g) O uso das obras especificamente para promover o acesso a pessoas com deficiência de visão ou audição, com problemas de aprendizado, outras necessidades especiais;
- h) O uso por bibliotecas, arquivos ou instituições educacionais, para finalidades da preservação, da instrução ou da pesquisa, podendo fazer cópias das obras protegidas pelo direito autoral mas que não são atualmente objeto de exploração comercial.
- i) O uso das obras em relação aos mecanismos de busca do Internet, desde que os titulares não imponham medidas razoavelmente eficazes impedir tal acesso pelos mecanismos de busca de Internet, e o serviço de busca do Internet forneça meios convenientes e eficazes para remover as obras das bases de dados se assim o solicitar o titular.

Presumir-se-á que estes usos constituem os casos especiais que não se opõem à exploração normal da obra e não prejudicam desrazoavelmente os interesses legítimos dos titulares de direito.”

---

70 Vide <http://www.cptech.org/a2k/consolidatedtext-may9.pdf>, visitado em 14/11/05. Sobre a situação da proposta do tratado, vide <http://www.access2knowledge.org/cs/>.

A proposta é interessante, elaborando consideravelmente determinados aspectos sob o resguardo das exceções e limitações às exclusivas autorais, em particular à luz da jurisprudência da OMC que analisa TRIPs<sup>71</sup>. Mas parece extremamente insatisfatória a listagem no tocante ao interesse dos países em desenvolvimento, mesmo porque constituindo um *minus* em face do Anexo da Convenção de Berna.

### **Acesso à Cultura**

O tema é complexo, e na verdade se distinguiria em:

- a) Acesso à educação
- b) Acesso à ciência e
- c) Acesso à arte

#### Acesso à Cultura – Educação

O acesso aos meios de educação é uma das mais relevantes questões relativas ao domínio público. Em teoria, todo material educacional deveria ser de acesso livre, e – se possível – gratuito<sup>72</sup>.

Os sistemas jurídicos de países de economia de mercado se empenham em chegar perto desse ideal, se não pelo instrumento do domínio público, pelo menos através de limitações e exceções de amplíssimo espectro<sup>73</sup>. Objeto de limitações quase gerais, notam-se casos em que a ação judicial se faz até para restringir e não acrescer tais limitações, de tão intuitivo é o interesse a ser prestigiado<sup>74</sup>.

Um importantíssimo instrumento de garantia a esse acesso é a licença compulsória autoral da convenção de Berna, prevista em seu Anexo:

Article II Limitations on the Right of Translation: (1) Any country which has declared that it will avail itself of the faculty provided for in this Article shall be entitled, so far as works published in printed or analogous forms of reproduction are concerned, to substitute for the exclusive right of translation provided for in Article 8 a system of non-exclusive and non-transferable licenses, granted by the competent authority under the following conditions and subject to Article IV. (...)

---

<sup>71</sup> Sob esse tema, vide o nosso Counting ten for TRIPs: Author rights and access to information – a cockroach’s view of encroachment, Intervenção no Seminário "Dez Anos de TRIPs", da Associação Internacional de Direito Econômico, em Buenos Aires, 2/11/2005, encontrado em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=842564](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=842564).

<sup>72</sup> Note-se a proposta do A2K acima, em que todos os meios principais de instrução deveriam ter “preço justo” (i.e., não monopolista), e meios secundários acesso livre e gratuito.

<sup>73</sup> Vale ver, pela vasta extensão e intensidade, limitação constante do US 17 §107, em favor das instituições e atividades educacionais.

<sup>74</sup> Como ocorreu no Tribunal Constitucional Alemão no caso Schulbuchprivileg (BverfGE 31, 229 de 07.07.1971): O balanceamento entre o direito de propriedade do autor, e os dispositivos da lei autoral alemã que permitem que as escolas copiem obras para fins didáticos sem a autorização do autor, e sem pagamento de royalties O interesse do público no acesso livre aos bens culturais justifica que se possa usar as obras sem acordo do autor para uso nas igrejas o uso -, e nas escolas, mas não justifica que o autor deva fazer o seu trabalho disponível para tais fins sem remuneração (§ 46 UrhG).

Article III Limitation on the Right of Reproduction (1) Any country which has declared that it will avail itself of the faculty provided for in this Article shall be entitled to substitute for the exclusive right of reproduction provided for in Article 9 a system of non-exclusive and non-transferable licenses, granted by the competent authority under the following conditions and subject to Article IV.(...)

O sistema jurídico *autoral* brasileiro, em comparação com os de outros países, é particularmente negativo quanto ao acesso à educação<sup>75</sup>. Questionável, por isso, em face dos dispositivos constitucionais relativos ao acesso à educação e aos bens culturais.

Com um conjunto de limitações à exclusiva extremamente subdesenvolvido, nota-se, nos últimos anos, um recrudescimento na repressão, em particular, de cópias de material educacional secundário que, no modelo americano, seriam livres. Iniciativa recente da principal universidade brasileira, no entanto, estabeleceu política institucional com vistas a um re-equilíbrio de interesses, de forma mais compatível com o sistema constitucional, embora sob o risco de questionamento à luz da LDA<sup>76</sup>.

### Acesso à Cultura – Ciência

As restrições de acesso à ciência são um aspecto peculiar do resultado do exacerbamento do parâmetro autoral, e da mudança dos parâmetros da publicação científica, de um sistema institucional para uma divulgação preponderante de mercado<sup>77</sup>.

A natureza desse sistema é assim descrita:

El uso principal de la información científica es como insumo en la producción de otros conocimientos científicos. Esto se hace a través de redes complejas que involucran a los científicos, sus laboratorios, sus espacios de comunicación, revistas científicas, bases de datos donde se acumulan informaciones y publicaciones científicas, agencias de financiamiento y también usuarios que convierten ese conocimiento en productos y procesos de interés comercial. Los autores de obras científicas son colectivamente los mismos usuarios de este conocimiento, pero esa transmisión no se hace directamente.

Está mediada por sociedades científicas, universidades o empresas comerciales que actúan como editoras de esa producción y la redistribuyen a la comunidad científica, ya sea en forma libre o a través de mecanismos de mercado, en papel o

---

<sup>75</sup> Vide do autor e Ana Beatriz Nunes Barbosa, [School Material Reproductions in the Brazilian Legal System](http://denisbarbosa.addr.com/summum.doc) em <http://denisbarbosa.addr.com/summum.doc>.

<sup>76</sup> Resolução, USP-S.213, de 2-6-2005 Artigo 3º - As bibliotecas deverão marcar seu acervo com sinais distintivos diferenciando as seguintes categorias de obras: I - esgotadas sem republicação há mais de 10 anos; II - estrangeiras indisponíveis no mercado nacional; III - de domínio público; IV - nas quais conste expressa autorização para reprodução. Parágrafo único - De qualquer obra que contenha o sinal distintivo de uma dessas categorias, será permitida a reprodução reprográfica integral.

<sup>77</sup> Clemente Forero Pineda, El acceso de los investigadores latinoamericanos a la información científica y algunas limitaciones relacionadas con el derecho de autor, intervenção no Seminário 10 anos de TRIPs, Associação Internacional de Direito e Economia, Buenos Aires, 2/11/05 "Entre 1970 y 1995 los precios de las revistas científicas de mayor renombre para sus lectores y para las bibliotecas universitarias crecieron 1800 %, en contraste con un incremento del 300 % de los precios de libros y del índice de precios al consumidor en los Estados Unidos".

por un medio electrónico. El acceso a la información científica ha sido limitado por leyes nacionales y directivas o acuerdos supranacionales que han seguido la corriente de los ADPICs en el sentido de consagrar el derecho a la propiedad intelectual sin referencia al derecho a la información, pero también por prácticas contractuales, uso monopólico de los instrumentos de mercado (que dan lugar a incrementos anormales de los precios de la información científica) y la proliferación de dispositivos de exclusión, genéricamente conocidos como *Digital Rights Management (Sistemas de Gestión del Uso de la Información)*.<sup>78</sup>

O fluxo do conhecimento científico foi, por muito tempo, o próprio exemplo do domínio público. Progressivamente, tal *status* foi sendo erodido, em particular pela invasão das restrições estratégico-militares, e pela recuperação das informações pelo mercado.

A diminuição, em particular nos Estados Unidos, do financiamento público à pesquisa básica e aproximação entre a fronteira da ciência e da tecnologia trouxe, como resultado inesperado, a diminuição forçada do fluxo de informação científica. A privatização do conhecimento no setor tecnológico, cada vez mais objeto de patentes, está criando barreiras à difusão da ciência e da tecnologia básica, mesmo no caso do ensino universitário.

A universidade e a pesquisa básica em geral, dentro do mesmo espírito de privatização, também sofrem agora a invasão de um outro lado: as patentes têm sido usadas para monopolizar técnicas e procedimentos de investigação científica, causando a que determinados passos de uma linha de pesquisa laboratorial sejam proibidas aos cientistas<sup>79</sup>. Segundo proposta da OMPI<sup>80</sup>, doravante seria patenteável não só a solução de um problema técnico industrial, mas também a de um problema de pesquisa ou análise.

Até o presente momento, o Direito Americano parece não ter resolvido a questão, embora num caso específico, o Tribunal especializado tenha se recusado a aceitar que pesquisas realizadas com o uso da patente para teste de bioequivalência por um concorrente do titular da patente estivessem ao abrigo da exceção destinada à pesquisa científica.

O controle político-militar do conhecimento diretamente aplicado a assuntos militares é coisa antiga; mas a universidade sofre desde 1966, controles à difusão de conhecimento em áreas muito remotas do interesse militar imediato, inclusive por simples razões de política externa. A partir desta data, os controles de exportação de tecnologia do Governo Americano começaram a ser aplicados à atividade científica de caráter não estritamente bélico. A pressão, a princípio de caráter episódico, tornou-se mais sistemática a partir de do Governo Reagan.

Em 1982 o Departamento de Estado começou a solicitar a cooperação das universidades para vedar ou dificultar o acesso de estudantes estrangeiros ao saber científico. A reação das universidades foi, a princípio, de rejeição. Não houve repercussão, por exemplo, à sugestão de que todos os artigos e publicações fossem sujeitos à inspeção prévia pelos

---

<sup>78</sup> Forero Pineda, op. Cit.

<sup>79</sup> No entanto, vide a recente decisão do Tribunal especializado americano: "The Federal Circuit has held that "expressed sequence tags" (ESTs) are not patentable as they are merely the by-products of testing that will not necessarily produce anything useful". A questão dos ESTs e outros instrumentos de pesquisa é afluada em [Biotecnologia e Propriedade Intelectual \(2002\)](#), encontrada em <http://denisbarbosa.addr.com/81.doc>.

<sup>80</sup> Doc. OMPI BIO/CE/IV/3, pg. 7

colegas da especialidade dos autores, com vistas a evitar a divulgação de informações que devessem ser conservadas em segredo.

Não só o interesse da manutenção da liberdade acadêmica mas também o próprio interesse comercial das universidades pode ter influenciado na repulsa à tentativa de controle sobre os estudantes estrangeiros: um terço dos alunos de ciência e engenharia e 16% dos doutorandos nos Estados Unidos eram, na época, cidadãos estrangeiros provindos do exterior.

Apesar da reação negativa, as autoridades americanas tinham, aparentemente, base legal para a solicitação às universidades: a idéia de liberdade acadêmica nunca penetrou a sensibilidade jurídica como uma instituição independente, e exatamente o ingresso de estrangeiros nas classes escolares enquadra-se na competência do Executivo.

Também válidos são os controles contra a divulgação científica resultantes de distribuição de verbas públicas para pesquisa; embora, como visto, tais fundos tenham sido consideravelmente diminuídos, são ainda um instrumento crucial para a salvaguarda de pesquisas de importância especial.

Correntemente, mesmo certas defesas de teses e dissertações se fazem em regime fechado<sup>81</sup>; enclausurando radicalmente o domínio público científico<sup>82</sup>.

#### Acesso à Cultura – a especificidade da arte

O direito de exclusiva autoral tem inevitavelmente um custo social: a negativa de acesso aos bens artísticos:

(...) this cost is not solely monetary. For both audiences and creators, the cost is one of experience. Audiences have less access to their culture if monopoly keeps the price of copies high, and term extension will also make it harder for young authors to make new works—particularly works that reshape the cultural reality the authors themselves have experienced. The works foregone may be commercial and trivial, or heartfelt and culturally crucial: the “social cost” of copyright extension includes both.<sup>83</sup>

Ocorre que – ao contrário do que ocorre com a informação científica, jornalística ou factual, o acesso à obra em si é insubstituível. Não há distinção entre forma e conteúdo numa obra de arte, eis que a informação que nela se contém é a própria forma.

---

<sup>81</sup> De correspondência de 11/10/05, de Daniela Olímpio de Oliveira, Núcleo de Proteção ao Conhecimento, CRITT/UFJF: “Defesa de tese fechada seria um procedimento alternativo usado por programas de pós graduação, com a finalidade de proteger as instituições da divulgação de dados inovadores sigilosos que porventura venham a constar das dissertações teses, mas que ainda não foram devidamente protegidos pelos mecanismos da PI. Eu observo que há sugestões de vários procedimentos como: as defesas em que os membros assinam termos de confidencialidade; a proteção prévia à defesa; e a defesa efetivamente não pública.”

<sup>82</sup> O tema sempre me foi de grande interesse. Vide As barreiras ao conhecimento revisitadas (1990) (in Anais do Seminário Internacional TECH90. Ministério das Relações Exteriores, Brasília, 1991), encontrado em <http://denisbarbosa.addr.com/33.doc>. Technology Transfer is a dead god (2000), encontrado em <http://denisbarbosa.addr.com/49.htm> e Letter from the Gamma World (1991) (Journal of Technology Management, jan. 1995), encontrado em <http://denisbarbosa.addr.com/36.doc>.

<sup>83</sup> Wendy J. Gordon, Trading Gold For Dross, encontrado em [http://www.bu.edu/law/faculty/papers/pdf\\_files/GordonW112602.pdf](http://www.bu.edu/law/faculty/papers/pdf_files/GordonW112602.pdf), visitado em 15/11/05.

Numa famosíssima análise das funções de linguagem, Jakobson <sup>84</sup> distingue cinco tipos específicos:

Referencial  
Emotiva ----- Poética ----- Conativa  
Fática  
Metalingüística

A primeira é a função que corresponde a informação científica, jornalística ou factual; a emotiva enfatiza o emissor da mensagem, a conativa o receptor (como os discursos da retórica), a fática o suporte da comunicação, a metalingüística o próprio discurso. Mas o que nos interessa aqui é a função que Jakobson diz ser poética, que corresponde ao discurso artístico. Nela, o objeto externo, designado pelo signo na mensagem não é relevante – a mensagem ela mesma se significa <sup>85</sup>.

Com toda clareza: numa obra de arte, a informação, o conteúdo está nela mesma, e não pode ser extraído sem perda radical.

O raciocínio da Suprema Corte americana, em *Eldred v. Ashcroft*, de que não há prejuízo à expressão com os direitos de exclusiva autoral, pois o conteúdo é sempre livre, encontra aqui sua falência inexorável. A exclusiva veda o acesso à obra, salvo mediante remuneração – se a obra é reproduzível e o interesse do titular a coloca em acesso remunerado.

A função do domínio público, aqui, é de consagrar a divisão entre a obra de arte de permanência, e a obra efêmera, para garantir o acesso livre e gratuito àquela ao fim do termo. A tecnologia tem feito que os meios de fixação da efemeridade se multipliquem (gravações fonográfica do séc. XIX e início do séc. XX estarão no domínio comum).

Mas há uma outra impermanência, da obra de consumo tópico, ou de moda, habitualmente de comunicação de massa e voltada para o mercado, que é estimulada pela exclusiva. Será essa criação a de maior relevância para o investimento em criação expressiva <sup>86</sup>. Num universo de exclusivas, outra obra, alternativa à produção voltada para o mercado, tem que se esgueirar pelas sombras, até que advenha uma Sociedade da Informação.

---

<sup>84</sup> Roman Jakobson, *Huit questions de poétique*, Paris: Seuil, 1977. p.63

<sup>85</sup> Vera Bonnemasou, *A arte como linguagem*. A Fonte - revista de arte, Curitiba, maio, 2003. “Segundo Jakobson, na função referencial, o signo entretém, com o objeto designado, uma ligação interna mínima e, por conseguinte, o signo tem, nele mesmo, uma importância mínima. No signo poético, é o inverso o que ocorre; o seu interesse está centrado em si próprio, seu objeto não possui uma importância relevante.”

<sup>86</sup> E nem por isso menos tutelada pela Constituição: "Imunidade. Art. [150](#), [VI](#), [d](#) da CF/88. "Álbum de figurinhas". Admissibilidade. A imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão tem por escopo evitar embaraços ao exercício da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como facilitar o acesso da população à cultura, à informação e à educação. O Constituinte, ao instituir esta benesse, não fez ressalvas quanto ao valor artístico ou didático, à relevância das informações divulgadas ou à qualidade cultural de uma publicação. Não cabe ao aplicador da norma constitucional em tela afastar este benefício fiscal instituído para proteger direito tão importante ao exercício da democracia, por força de um juízo subjetivo acerca da qualidade cultural ou do valor pedagógico de uma publicação destinada ao público infante-juvenil." ([RE 221.239](#), Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 06/08/04)

## A crise do domínio público

If communism vs. capitalism was the struggle of the 20th century,  
then control vs. freedom will be the debate of the 21st century.

Lawrence Lessig

O papel do domínio público não se alterou significativamente desde o séc. XIV, quando entrou em moda. Em 1774, a House of Lords, na decisão citada mais acima, rejeitou a abolição do domínio público autoral, postulada pelos impressores ingleses, com o belo argumento de que o *copyright* só parecia para os autores, não para os editores. Desde então assentaram-se os interesses divergentes neste contexto.

Mas com a geração dos meios digitais, e especialmente com a Internet, gerou-se a esperança, lida como promessa, de acesso livre à informação. Provavelmente as esperanças sentidas como promessas resultaram da arquitetura da Internet:

This means that this layer of this network—this feature of the network that distinguished it from all that had been built before—built this network into a commons. One was free to get access to this network, and share its resources. The protocols were designed for sharing, not exclusive use. Discrimination, at the heart of a property system, was not possible at the heart of this system. This system was coded to be free. That was its nature. (...)

This complexity builds a commons. And this commons has been the location of some of the most extraordinary innovation that we have seen. Not innovation in just the .com sense; but innovation in the ways humans interact, innovation in the ways that culture is spread, and most importantly, innovation in the ways in which culture gets built. The innovation of the Internet—built into its architecture—is an innovation in the ways in which culture gets made. Let the .com flame; it won't matter to this innovation one bit. The crucial feature of this new space is the low cost of digital creation, and the low costs of delivering what gets created.<sup>87</sup>

A experiência da liberdade de acesso resultante da Internet e do sucesso dos programas de fonte aberto<sup>88</sup> criaram um razoável expectativa de um novo sistema de relações de produção criativa, não dependente de direitos de exclusiva<sup>89</sup>. No entanto, ao episódio de liberação do acesso à informação se seguiu uma fase de recrudescimento de meios técnicos de proteção e o robustecimento do sistema jurídico autoral em extensão sem precedente – em parte resultante do movimento liberacionista anterior:

“Digital information, easily available and transformable, fulfills Thomas Jefferson’s famous remarks on the impregnability of ideas to an unprecedented radicalism. The Internet brought to the whole world the digital access to information. The prior Intellectual Property equations failed to the new tasks.

In the ensuing breakdown, technology means were solicited to overcome the problem raised by prior technology, and easily surpassed by ingenuity itself and

---

<sup>87</sup> Lawrence Lessig, op. cit.

<sup>88</sup> Para uma análise desse fenômeno, vide Marcos Wachowicz, *A Tutela Jurídica do Software e Revolução da Tecnologia da Informação*, Juruá, 2004.

<sup>89</sup> A economia do acesso livre precedia a Internet, no âmbito dos meios digitais; vide o freeware e iniciativas ao estilo do Linux desde os anos 80’.

Internet ubiquitousness. A new layer of law was required, to give tooth to the self-devouring technology

The diluvial literature following the Circumvention/DRM issue stresses the need to a new balancing – an equation where fair usage and due access to information would not be prevented by technical means intended to protect investment in information. Some authors feel that IP had become entirely futile and should be dispensed with; many other writers emphasize the risk that the information counterrevolution could privatize the knowledge and creation and stifle fundamental rights, others still feel that technology may moderate technology (with concepts like steganography, or watermarking technology, and “fair use minima plus key escrow requirements”<sup>90</sup>).

### Creative commons e outras frentes de libertação informacional

Um número considerável de iniciativas da sociedade civil surgiu na oportunidade dessa crise do domínio público <sup>91</sup>. Apesar da extrema importância desses movimentos para a evolução da Propriedade Intelectual, este artigo não se propõe a fazer-lhes a historiografia e a crítica.

Exemplo particular dessas iniciativas é o Creative Commons, ou Compáscuo Criativo <sup>92</sup>, cujo manifesto compõe-se de quatro itens essenciais:

1. a idéia de que o domínio público, como o reservatório da cultura humana, está sendo invadido pelo excesso de Propriedade Intelectual, apesar da “ promessa digital de dinamização da arte colaborativa, ressaltando que criatividade e inovação dependem da rica herança cultural deixada pela produção intelectual anterior”.
2. A idéia do Compáscuo, de que a informação não deve ser loteada e vendida, mas administrada como um recurso coletivo sem necessidade de autorização para acesso.
3. A idéia de Conteúdo Livre, ou acesso livre às transformações criativas, à maneira do software de fonte abertas (“open source”).
4. A idéia de reservas florestais criativas – com aquisição de obras de valor especial para lançá-las em domínio público protegendo-as contra a apropriação individual e a utilização exclusiva, estimulando a ética da repartição de recursos informacionais, interatividade criativa e educação pública.

---

<sup>90</sup> [Counting ten for TRIPs: Author rights and access to information – a cockroach’s view of encroachment](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=842564), encontrado em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=842564](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=842564)

<sup>91</sup> Pedro Paranaguá Muniz nota que a história consigna a ação de entidades da sociedade civil *contrárias* ao domínio público, como a AIPPI, já no séc. XIX. Vide The Development Agenda For Wipo: Another Stillbirth? A Battle Between Access To Knowledge And Enclosure, encontrado em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=844366](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=844366)

<sup>92</sup> Creative Commons <http://creativecommons.org/about/legal/>. Visitado em 13 de novembro de 2005.

Mas outros movimentos devem ser citados como a Electronic Frontier Foundation <sup>93</sup>, a Public Knowledge <sup>94</sup>, a Public Library of Science <sup>95</sup>, a Free Software Foundation <sup>96</sup> e a nossa Scielo <sup>97</sup>.

O movimento não é mais uma cintila à margem do campo da Propriedade Intelectual. Como indica Carlos Correa:

Open access initiatives may be particularly appropriate in fields where decentralized creation is efficient, like in academic research and software development. It may be also applied in agriculture, where the improvement of seeds may be leveraged by access to a wide pool of materials. Farmers have, in fact, traditionally improved seeds and shared them with other farmers for cultivation, multiplication and further improvement.

Open access offers an alternative to the restricted access model based on the exercise of IPRs. It is gaining a growing number of adepts in the software area. In the United States, the European Union and many developing countries, governments are considering measures to encourage the public procurement of open-source software, such as the Linux operating system, already adopted by major hardware producers. Creators or innovators under an open access model have no expectation of direct monetary gain. Access is easy and the dissemination of information/products is faster and more cost-effective than under IPRs. Open access, however, operates within the current legal framework of copyright law. It deals with information susceptible of appropriation under IPRs, that is made openly and freely available by the right holder who retains some or all of the exclusive property rights that are granted under statutory IP laws. Despite that open access is based on a restricted use of IPRs, WIPO has refused to deal with this kind of initiatives. <sup>98</sup>

### A política brasileira de acesso público

Um dos mais importantes aspectos desse movimento, no entanto, é a postura da União em relação a essa matéria. No âmbito do software livre, a postura oficial assim é indicada:

Felicito o Congresso Nacional por incentivar o debate sobre a importância da adoção do software livre neste momento em que o mundo começa a superar o paradigma do software proprietário. O atual Governo tem um claro compromisso com o desenvolvimento nacional. É necessário que o Brasil retome o crescimento, gerando emprego e renda para sociedade, como alternativa para a redução da exclusão social. (...)

O movimento do software livre traduz exatamente esses anseios, além de reafirmar nosso compromisso com a redução de custos, com a diversificação de fornecedores, com o domínio tecnológico e com a capacitação de nossas empresas.

---

<sup>93</sup> <http://www.eff.org/>

<sup>94</sup> <http://www.publicknowledge.org/>

<sup>95</sup> <http://www.plos.org/>

<sup>96</sup> <http://www.fsf.org/>

<sup>97</sup> [http://www.scielo.br/scielo.php/script\\_sci\\_home/Ing\\_pt/nrm\\_iso](http://www.scielo.br/scielo.php/script_sci_home/Ing_pt/nrm_iso)

<sup>98</sup> Recent International Developments In The Area Of Intellectual Property Rights, encontrado em [http://www.iprsonline.org/unctadictsd/bellagio/docs/Correa\\_Bellagio2.pdf](http://www.iprsonline.org/unctadictsd/bellagio/docs/Correa_Bellagio2.pdf)

Dominar o código fonte, usar totalmente um software sem restrições, propiciar a criatividade e o desenvolvimento coletivo são condições para o rápido progresso nessa área.<sup>99</sup>

Foram emitidas diretrizes oficiais<sup>100</sup> e atos normativos<sup>101</sup> para implementar tal política. Esta não é uma iniciativa brasileira isolada. O Decreto Venezuelano no. 38,095, publicado dezembro em 28 de dezembro de 2004 obriga a administração pública dar a prioridade ao uso do software livre ou da de fonte aberta em todos seus sistemas, projetos e serviços de computador. A norma também promove o acesso livre das funcionalidades ao público geral: "o executivo nacional promoverá o uso geral do software livre desenvolvido com padrões abertos na sociedade, para que desenvolverá os mecanismos orientados ao trem e instruirá usuários na utilização do software livre desenvolvido com padrões abertos".

Par a par dessas iniciativas no âmbito do software livre, o Ministério da Cultura tem expressado seu apoio às atividades do Compáscuo Criativo<sup>102</sup>. Índice de tal postura é a entrevista do Ministro Gilberto Gil à revista Wired:

"the fundamentalists of absolute property control" - corporations and governments alike - stand in the way of the digital world's promises of cultural democracy and even economic growth. They promise instead a society where every piece of information can be locked up tight, every use of information (fair or not) must be authorized, and every consumer of information is a pay-per-use tenant farmer, begging the master's leave to so much as access his own hard drive. But Gil has no doubt that the fundamentalists will fail. "A world opened up by communications cannot remain closed up in a feudal vision of property," he says. "No country, not the US, not Europe, can stand in the way of it. It's a global trend. It's part of the very process of civilization. It's the semantic abundance of the modern world, of the postmodern world - and there's no use resisting it."<sup>103</sup>

Incorporar esse movimento, para o Ministro, não é outra coisa senão dar curso à sua história pessoal como artista brasileiro:

---

<sup>99</sup> Discurso do Ministro-Chefe da Casa Civil Seminário de Software Livre organizado pelo Congresso Nacional.

<sup>100</sup> <http://www.iti.br/twiki/bin/view/Main/CamaraDiretrizes>

<sup>101</sup> <http://www.iti.br/twiki/bin/view/Main/PressRelease2003Oct30A>

<sup>102</sup> O Estado de S. Paulo - SP, 18/03/2005 "Gil acredita que as leis de propriedade intelectual precisam ser flexíveis para 'garantir a continuidade da criatividade' e para que essas inovações sejam 'compartilhadas'. Falando em Genebra após reuniões na Organização das Nações Unidas, o ministro lembrou do exemplo do software livre como uma forma de garantir um maior acesso da população à uma inovação tecnológica." O Jornal - AL, Da Redação, 31/08/2005 - O ministro Gilberto Gil, falando a especialistas em proteção de direitos intelectuais num seminário em São Paulo, no Sesc Pinheiros, afirmou ontem que considera "um atalho para o fracasso" a manutenção de uma política de direitos autorais baseada somente na repressão e sem considerar a emergência de novos formatos tecnológicos. Gil disse que, em 2006, uma das metas do Ministério da Cultura será a formulação de uma "política pública de direito autoral", outro tema que certamente vai criar focos de conflito, como foi o debate sobre a criação de uma agência para fiscalizar o cinema e o audiovisual. 'Leis de propriedade intelectual podem ser uma barreira à criatividade se não foram flexíveis', afirmou".

<sup>103</sup> Julian Dibbel, We Pledge Allegiance to the Penguin, Wired Magazine, issue 12.11, Nov. 2004.

More than a sound, though, tropicalismo was an attitude. It was, in Gil's words, "no longer a mere submission to the forces of economic imperialism, but a cannibalistic response of swallowing what they gave us, processing it, and making it something new and different. We saw the cultivating of new habits and manners from the outside as a way of nourishing ourselves, not just intoxicating ourselves.

## Conclusão

"For the sake of the good we must submit to the evil," said Lord Macaulay of copyright, "But the evil ought not to last a day longer than is necessary for the purpose of securing the good."<sup>104</sup>

Não parece haver uma antinomia entre o domínio público e a economia de mercado. O uso estratégico do domínio público, juntamente com o uso das exclusivas, é um elemento de competição da empresa tecnologicamente competitiva<sup>105</sup>. Na verdade, como o coloca uma famosa decisão da Suprema Corte Americana, o capitalismo seria impossível sem a existência e manutenção de um vigoroso afluxo de criações jorrando no uso comum do povo<sup>106</sup>.

Mas não basta que o domínio público exista; como indica a análise de Tribe sobre o exercício do direito de expressão, é preciso que o acesso real à *res communis omnium* leve em conta a questão distributiva. Aqueles que têm mais capacidade de se valer do domínio público serão os atores econômicos e políticos que já detêm poder, e a estruturas empresariais e estatais de acesso à informação livre poderiam reforçar esse poder<sup>107</sup>. A intervenção do fenômeno Internet representa sem dúvida um apoderamento do domínio

---

<sup>104</sup> Thomas Macaulay, Speech Before the House of Commons (Feb. 5, 1841), in 8 The Works of Lord Macaulay 203-04 (Lady Trevelyan ed., 1906)

<sup>105</sup> AMerges, Robert P., "A New Dynamism in the Public Domain" . University of Chicago Law Review, Vol. 71, pp. 183-203, 200: "Firms and individuals are increasingly injecting information into the public domain with the explicit goal of preempting or undermining the potential property rights of economic adversaries. Biotechnology firms invest millions of dollars in public domain gene sequence databases, to prevent hold-ups by firms with patents on short gene sequences. Major software firms fight entrenched rivals by investing millions of dollars, contributing to open source operating systems. In both cases, property-preempting investments (PPI's) are made to offset the effects of competitors' property rights. Individuals and nonprofits are joining in too, with initiatives such as the Creative Commons project.

<sup>106</sup> Suprema Corte dos Estados Unidos- Bonito Boats, Inc. V. Thunder Craft Boats, Inc., 489 U.S. 141 (1989), O'Connor, J., Relator, decisão unânime da Corte. The efficient operation of the federal patent system depends upon substantially free trade in publicly known, unpatented design and utilitarian conceptions. (...) From their inception, the federal patent laws have embodied a careful balance between the need to promote innovation and the recognition that imitation and refinement through imitation are both necessary to invention itself and the very lifeblood of a competitive economy.

<sup>107</sup> Anupam Chander e Madhavi Sunder, "The Romance of the Public Domain" . California Law Review, Vol. 92, 2004. The public domain is now the cause célèbre among progressive intellectual property and cyber-law scholars, who extol the public domain as necessary for sustaining innovation. But scholars obscure the distributional consequences of the commons. They presume a landscape where every person can reap the riches found in the commons. This is the romance of the commons - the belief that because a resource is open to all by force of law, it will indeed be equally exploited by all. But in practice, differing circumstances - including knowledge, wealth, power, access, and ability - render some better able than others to exploit a commons.

público além dos detentores do poder econômico, e não é surpreendente que se montem resistências e recuperações políticas desse instrumento de distributividade da informação.

O que caracteriza a presente fase dessa discussão é, no entanto, uma plethora de argumentos políticos, cujo brilhantismo e impacto no senso comum não superam a necessidade de análise jurídica e econômica cuidadosa e equilibrada. Não parecem haver estudos imparciais e sérios sobre os efeitos de uma acréscimo de restrições de exclusiva, ou de medidas técnicas, no acesso ótimo à informação<sup>108</sup>.

Mas também não existem reflexões jurídicas suficientes, que ponham à prova a medula do sistema do Direito, especialmente na sua estatutura constitucional. Este artigo pretendeu suscitar algumas das vertentes em que esse estudo poderia ser implementado.

---

<sup>108</sup> Direitos de Propriedade Intelectual e Política de Desenvolvimento, Relatório da Comissão sobre Direitos de Propriedade Intelectual, Londres, Setembro de 2002. (...) em termos de avaliação da proteção da PI, esta se compara à tributação. Muito poucas pessoas afirmam que quanto mais impostos, melhor. Contudo, há uma tendência a tratar a proteção da PI como algo manifestadamente bom. Mais impostos são bem-vindos se trouxerem em sua esteira os serviços públicos que a sociedade valoriza mais do que o custo direto e indireto da tributação. No entanto, menos impostos também podem ser benéficos, por exemplo, se a tributação excessiva prejudica o crescimento econômico. Além disso, economistas e políticos passam muito tempo examinando a adequação da estrutura do sistema tributário. Encargos sociais pesados prejudicam o nível de emprego? Os incentivos fiscais específicos servem ao fim a que se destinam ou apenas subsidiam seus recebedores nas atividades que já desempenham? O efeito do sistema tributário na distribuição de renda é desejável do ponto de vista social?