

## O DOMÍNIO DO PÚBLICO

*Os mares que todos devem e podem navegar são aqueles que sempre foram sabidos de todos e comuns a todos, mas os outros, que nunca foram sabidos nem parecia que se podia navegar e foram descobertos com tão grandes trabalhos por mim, esses não.*

Denis Borges Barbosa (2011)

<b>O DOMÍNIO DO PÚBLICO</b> .....	1
<b>Introdução</b> .....	1
<b>A Invenção do Domínio Público</b> .....	2
<b>As duas questões básicas quanto do domínio público</b> .....	5
A questão do direito de acesso.....	6
A liberdade de acesso ao insumo cultural e informacional .....	9
Insumo e transformação.....	10
<b>Por que surge a preocupação com o domínio público</b> .....	14
Política, ideologia, incerteza e anti-baldios .....	15
O impacto das tecnologias.....	17
<b>Os baldios</b> .....	18
Conteúdo dos baldios .....	21
O efeito do baldio.....	22
<b>O baldio não é isonômico</b> .....	24
<b>Referências</b> .....	26

### **Introdução**

A citação de D. João II, de 1646, foi inspirada no estudo crucial de José de Oliveira Ascensão sobre a questão deste estudo<sup>1</sup>, como o é muito dos instrumentos de análise que aqui se usam. A epígrafe indica uma interessantíssima analogia, qual seja, a do estatuto jurídico do alto-mar.

A ideia de um *Mare liberum*, como indicou Grotius, é essencial na construção de um direito internacional público. Na sua existência atual<sup>2</sup>, esse ramo do direito preceitua que “nenhum Estado pode legitimamente pretender submeter qualquer parte do alto mar à sua soberania” e “tais liberdades devem ser exercidas por todos os Estados, tendo em

---

1 ASCENSÃO, José de Oliveira. A questão do domínio público. In: WACHOWICZ, Marcos e SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Estudos de Direito de Autor e Interesse Público: Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: [http://www.direitoautoral.ufsc.br/arquivos/anais\\_na\\_integra.pdf](http://www.direitoautoral.ufsc.br/arquivos/anais_na_integra.pdf). Acesso em: 22 fev. 2011. Note-se também a recente obra dedicada à questão que se discute neste texto, BRANCO, Sérgio, O domínio público no direito autoral brasileiro, Lumen Juris, 2011.

2 Segundo o Tratado de Montego Bay, arts. 87-89. Cf. BRASIL. Decreto n. 1.530, de 22 de junho de 1995. Disponível em: [http://www2.mre.gov.br/dai/m\\_1530\\_1995.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/m_1530_1995.htm). Acesso em: 19 mai. 2011.

devida conta os interesses de outros Estados no seu exercício da liberdade do alto mar, bem como os direitos relativos às atividades na Área previstos na presente Convenção”.

No entanto, alguns economistas entendem que essa liberdade pode ser extremamente ineficiente<sup>3</sup>: se todos os países pudessem livremente explorar os recursos do alto-mar, sem limites, as baleias acabariam por entrar em extinção – quem não é “dono” do mar, não cuida para preservá-lo. De outro lado, se não fosse possível reservar áreas de exploração exclusiva, o mar seria ineficientemente explorado, pois os investimentos na pesca e na extração de recursos naturais não teriam retorno.

A solução do direito internacional é complexa e ainda não completamente testada: uma autoridade supranacional regula a exploração do alto mar “em nome da humanidade”, e uma empresa por ela regulada a explora. Assim se impede os malefícios da exploração abusiva, ou os malefícios da não exploração.

No tempo de D. João II, no entanto, a construção do argumento era mais simples: o alto-mar europeu e cristão era de trânsito e exploração livre, mas os outros mares, os que “foram descobertos com tão grandes trabalhos por mim”, esses eram do Rei<sup>4</sup>. Se ele teve o esforço de criar o mar novo, dele era o monopólio. Não fosse assim, para que mandar as armas e os barões assinalados, por mares nunca dantes navegados?

## **A Invenção do Domínio Público**

A questão jurídica do meio ambiente, marítimo ou não, e a do domínio público têm curiosas analogias<sup>5</sup>. Um e outro sempre existiram; mas as preocupações com sua subsistência como um elemento essencial à vida humana (e não só ela) são relativamente recentes<sup>6</sup>.

---

3 "The general economic problem that justifies some kind of international regulation of the oceans-namely, the tragedy of the commons-has been widely recognized". POSNER, Eric A. e SYKES, Alan O. *Economic Foundations of the Law of the Sea*, *The American Journal of International Law*, vol. 104, n. 4, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1524274>. Acesso em: 19 mai. 2011. "Likewise, the oceans of the world continue to suffer from the survival of the philosophy of the commons. Maritime nations still respond automatically to the shibboleth of the 'freedom of the seas'. Professing to believe in the 'inexhaustible resources of the oceans', they bring species after species of fish and whales closer to extinction". HARDIN, Garret. *The Tragedy of the Commons*. 1968. Disponível em: <http://dieoff.org/page95.htm>. Acesso em: 10 jan. 2007.

4 "(...) relativamente aos cristãos, isto é, à Europa que possui uma comunidade jurídica, é de aplicar a regra de que os mares são comuns e patentes aos navegantes"; "somos obrigados a dar servidão às propriedades que cada um tem de comércio ou para que lhes convenha ir por não ter outra via pública"; "com os gentios não temos comunidade de direito e pelo que respeita aos cristãos, qualquer membro (da mesma fé) não pode parar naquelas partes incertas e pedir servidão, porque antes da nossa entrada na Índia não havia alguém que lá tivesse propriedade herdada ou conquistada, e não havendo acção precedente, não há servidão presente ou futura". BARROS, João de. *Décadas da Ásia*. Livro VI, capítulo I.

5 "The invention of the concept of 'the environment' pulls together a string of otherwise disconnected issues, offers analytical insight into the blindness implicit in prior ways of thinking, and leads to perception of common interest where none was seen before. Like the environment, the public domain must be 'invented' before it is saved. Like the environment, like 'nature', the public domain turns out to be a concept that is considerably more slippery than many of us realize. And, like the environment, the public domain nevertheless turns out to be useful, perhaps even necessary". BOYLE, James. *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, 2003. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=470983>. Acesso em: 22 fev. 2011.

6 "Just as 'the environment', or 'nature', takes on multiple shadings of meaning to respond to different hopes and fears - biodiversity, the preservation of beauty, a particular relationship between human beings and the planet - so, too, the various images of the public domain and the commons each expresses a specific set of fears about the dangers of property and hopes about the creative process". BOYLE, James, op. cit.

Faz poucas décadas que o Direito da Propriedade Intelectual se interessou pelo domínio público<sup>7</sup>; uma consulta nos livros de direito autoral escritos há mais de vinte anos vai encontrar referências passageiras ao assunto<sup>8</sup>. Em geral, tratava-se o tema como uma ocorrência *post mortem*<sup>9</sup>: “caía-se” no domínio público<sup>10</sup>. Um mal deplorável, ainda que inevitável<sup>11</sup>.

Na verdade, “domínio público” soou por muito tempo como uma espécie de doença fatal. Para muitos estudiosos, ainda soa. A mesma linha de argumentos que se profere contra a liberdade do alto-mar<sup>12</sup> encontra defensores acerbos quanto à produção

---

7 Idem, *ibidem*.

8 Na verdade, não se livram desta sina mesmo os subscritores deste estudo. Deles, Manoel J. Pereira dos Santos em 2004 dizia: “A livre utilização das criações intelectuais em domínio público constitui uma das bases filosóficas da Propriedade Intelectual”. (SANTOS, Manuel J. Pereira. *Princípios Constitucionais e Propriedade Intelectual - o Regime Constitucional do Direito Autoral*. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coord.). *Direito da Propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006. Disponível em: [http://www.unisinos.br/publicacoes\\_cientificas/images/stories/pdf\\_estjuridicos/v39n1/art04\\_santos.pdf](http://www.unisinos.br/publicacoes_cientificas/images/stories/pdf_estjuridicos/v39n1/art04_santos.pdf). Acesso em: 16 mai. 2011.) O primeiro trabalho específico sobre o assunto dos autores data de 2005: BARBOSA, Denis Borges. *Domínio Público e Patrimônio Cultural*. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga e WACHOWICZ, Marcos (coord.). *op. cit.* Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/bruno.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2011. Apenas em 2010 surge um capítulo sobre a questão (BARBOSA, Denis Borges. *A eminência da produção de acesso livre: o domínio público*. Cap. I, [5] §4. In: *Tratado da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010).

9 Em obra publicada pelo Ministério da Cultura em 2006, ainda persiste a noção dominante que o domínio público é o que ocorre após a morte dos direitos: “O domínio público está ligado à perda dos direitos patrimoniais do autor ou de seus herdeiros ou cessionários, que sempre foram concedidos por prazo determinado, desde as primeiras referências legislativas do direito de autor. O prazo de proteção concedido ao autor, segundo o qual somente ele ou quem de direito poderá utilizar ou autorizar a utilizar de forma exclusiva a obra, contrasta com o interesse da coletividade em usufruir da cultura e das criações do intelecto humano.” DIAS, Maurício Cozer. *A proteção de obras musicais caídas em domínio público*. In: BRASIL. Ministério da Cultura. *Cadernos de Políticas Culturais: Direito Autoral*. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/caderno-politicas-culturais-direitos-autorais.pdf>. Acesso em 22 fev. 2011.

10 Nessa definição tradicional de domínio público também se incluíam os materiais que não são suscetíveis de proteção autoral. Vide DUSOLLIER, Séverine. *Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain*, p. 6. WIPO Document CDIP/4/3/REV./STUDY/INF/1. 2010. Disponível em: [http://www.wipo.int/meetings/en/doc\\_details.jsp?doc\\_id=147012](http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=147012). Acesso em: 20 mai. 2011.

11 Ou não tanto. Como nota Ascensão, alguns países experimentaram um direito autoral perpétuo – enquanto durou a tentativa. Portugal manteve esse experimento até 1966: “As consequências foram calamitosas. Assim, obras já clássicas de uso obrigatório no ensino, que eram da titularidade de editoras, foram exploradas através de edições más e caras, porque não sofriam qualquer concorrência”. (ASCENSÃO, José de Oliveira).

12 “The huge factory fishing fleets of rival nations compete on the high seas to out-fish the other boats, reenacting Garret Hardin’s famous ‘The Tragedy of the Commons’ in the middle of the ocean.” KIRSHENBAUM, Sheril. *Fishing on the High Seas*. Disponível em: <http://blogs.discovermagazine.com/intersection/2010/01/29/fishing-on-the-high-seas>. Acesso em: 22 fev. 2011. O que vem a ser essa “tragédia dos Baldios” (como traduz o Prof. Ascensão)? “The Tragedy of the Commons arises when too many people have a privilege to use a resource and no one user has a legal right to exclude any other user. As no one party is able to exclude any other party from the Commons, there is over consumption and depletion of the resource. Thus, the Tragedy of the Commons is a metaphor used to illustrate the conflict between individual interests and the common good. The term was popularized by Garret Hardin in his 1968 Science article *The Tragedy of the Commons*. Hardin uses the example of English Commons, shared plots of grassland used in the past by all livestock farmers in a village. Each farmer keeps adding more livestock to graze on the Commons, because it costs him nothing to do so. In a few years, the soil is depleted by overgrazing, the Commons become unusable, and the village perishes”. CALINI, Clara. *The “Anti-Tragedy of the Anticommons”: An Authority Solution to the Tragedies*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=952476>. Acesso em: 12 mai. 2011.

expressiva, informacional e tecnológica: sem proteção por direitos exclusivos, deferida a um agente econômico privado e singular, morreria a criatividade<sup>13</sup>.

É nesse sentido que se lê a famosa definição de Jerome Reichman do que vem a ser a propriedade intelectual:

Este campo do direito garante ao criador um pacote de direitos exclusivos planejado para superar o problema do domínio público resultante da natureza intangível, indivisível e inexaurível da criação intelectual, que permite aos caronas, que não compartilharam do custo e risco criativo, terem-lhe pleno acesso<sup>14</sup>.

“O problema do domínio público”, assim, é aquilo que a Propriedade Intelectual devia combater; plagiadores e piratas são incidentes de percurso<sup>15</sup>.

No entanto, enorme porção da produção criativa humana esteve, está e (imagina-se) estará em domínio público. No dizer de Allan Rocha de Souza “a exclusividade é uma ilha num mar de uso livre das criações”<sup>16</sup>.

Ainda que o tratamento da noção do direito de acesso às produções expressivas e informacionais não seja particularmente elaborado pela jurisprudência, há, no entanto algum tratamento do tema no tocante ao acesso às tecnologias. Assim é que, especificando a noção de que o domínio público é a regra, e a exclusiva a exceção:

Por derradeiro, também carece de fundamento a alegação de que, diante dos termos do inciso XXIX do artigo 5.º da Constituição da República, “retirar os direitos de Propriedade Industrial de um inventor sem justo motivo, significa infringir os interesses nacionais estabelecidos na Carta Magna”. Primeiramente porque, no cotejo com os direitos decorrentes do registro da patente, deve prevalecer o interesse social inerente às criações industriais, cuja proteção, como se sabe, é exceção à regra de que permaneçam em domínio público, pois

---

13 "The justifications given for the first enclosure movement were often, though not always, centered on the need for single-entity private property rights over land to encourage development and investment, prevent over and under-use, and in general to avoid the phenomena which we refer to today as 'the tragedy of the commons'. Enclosure's defenders argue that it helped increase agricultural production and, in the long run, to generate an agricultural surplus sorely needed by a society whose population had been depleted by the mass deaths of the sixteenth century. Private property saved lives. Though 'overuse' is rare in the intellectual commons, the rest of the arguments are exactly the ones used to support the second enclosure movement. Intellectual property is needed to encourage development and investment. This argument is made in defenses of drug patents from compulsory licensing claims, in the debates over the creation of new intellectual property rights over data, over business method patents, in the rhetoric of support for the Digital Millennium Copyright Act". BOYLE, James. Enclosing the Genome: What the Squabbles over Genetic Patents Could Teach Us. Disponível em: <http://www.law.duke.edu/boylesite/low/genome.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2011.

14 REICHMAN, Jerome H. Charting the Collapse of the Patent-Copyright Dichotomy: Premises for a Restructured International Intellectual Property System, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 13, 1995. "Succinctly stated, this body of law grants creators a bundle of exclusive property rights devised to overcome the 'public good' problem arising from the intangible, indivisible and inexhaustible nature of intellectual creations, which allows them to be copied by second comers who have not shared in the costs and risks of the creative endeavour".

15 Para uma notícia do episódio do encerramento dos baldios em Portugal no séc. XVIII, similarmente ao que ocorreu na Inglaterra, vide LEMOS, Bernardo de Carvalho e, apud MOTTA, Márcia Maria Menendes (Sesmarías: uma História Luso-Brasileira (Séculos XVIII/XIX). Disponível em: [http://cvc.instituto-camoes.pt/ear/coloquio/comunicacoes/marcia\\_maria\\_menendes\\_motta.pdf](http://cvc.instituto-camoes.pt/ear/coloquio/comunicacoes/marcia_maria_menendes_motta.pdf). Acesso em 20 mai. 2011.): "Quaes sejam os danos e a utilidade do uso que se segue em muitos territórios do Reyno de todas as terras abertas serem pastos comuns de todo o gado, em alguns mezes do anno, e que influencia tem este costume sobre a Agricultura, dos varios gêneros de productos, ou para bem ou para mal" (1796, Academia Real de Ciências de Lisboa, Série Azul, MS 07).

16 Palestra do Seminário Internacional sobre Direito Autoral (Fortaleza, de 26 a 28 de novembro de 2008).

tal privilégio é sempre deferido por prazo limitado e se submete à observância de diversos requisitos, não se podendo olvidar que é de interesse de toda coletividade que não subsista a exclusividade sobre a exploração de determinada criação industrial.<sup>17</sup>

Até o momento não há qualquer prova empírica de que um direito de exclusiva realmente propicie o aumento da produção criativa<sup>18</sup>. No estudo deste livro dedicado à economia do direito autoral se encontrará uma discussão dos argumentos segundo os quais a repressão ao domínio público é essencial para se manter a produção criativa, e um conjunto de evidências de que esse pressuposto não tem eco no mundo real.

Há quem defenda, inclusive, que o domínio público, no atual ambiente tecnológico, seria o melhor ambiente criativo<sup>19</sup>.

### **As duas questões básicas quanto do domínio público**

Duas questões básicas encerram as atuais discussões quanto ao domínio público: primeiramente, haveria um interesse essencial da sociedade em ter acesso à informação, ciência, cultura e tecnologia. Toda produção que se afasta do domínio público restringe de alguma forma esse acesso. Se os direitos de exclusão não forem meios eficientes de propiciar a geração de novas obras, informações ou técnicas, esse interesse se frustra.

A segunda questão é que a produção criativa não é demiúrgica<sup>20</sup>. Ela não sai do nada, mas incorpora, deriva, acresce o conhecimento e a criação anterior:

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 o exclusivo dono e senhor proprietário de uma ideia? Dono de um pensamento? Por outro lado, o mundo das ideias é uma comunhão e acumula o que lhe são legado a título

---

17 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível n. 2000.02.01.018537-5. Segunda Turma Especializada. Relator: Des. Fed. Vice-Presidente. Rio de Janeiro. J. em: 26 de agosto de 2008. Disponível em: [http://www.trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?proc=2000.02.01.018537-5&andam=1&tipo\\_consulta=1&mov=3](http://www.trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?proc=2000.02.01.018537-5&andam=1&tipo_consulta=1&mov=3). Acesso em: 16 mai. 2011.

18 “(...) current copyright law probably reduces the overall number of new creations while restricting consumer access and producing other harms. No empirical analyses have shown that copyright protection increases net output.” NADEL, Mark S. How Current Copyright Law Discourages Creative Output: The Overlooked Impact of Marketing, Berkeley Technology Law Journal, vol. 19, 2004. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=489762>. Acesso em: 13 mai 2011.

19 “In his celebrated essay, ‘What is an Author?’, Michel Foucault suggested: ‘It would be pure romanticism... to imagine a culture in which the fictive would operate in an absolutely free state, in which fiction would be put at the disposal of everyone and would develop without passing through something like a necessary or constraining figure.’ (...) I imagine a culture of precisely the sort Foucault thought ‘pure romanticism’: a culture, that is to say, in which creative play is beyond the reach of constraint. Indeed, I argue that such a culture is in fact at hand--that we see it now, and that we know it for exactly what it is: the marvelous, if fearful, proliferation of meaning (to paraphrase Foucault) awaiting us in the post-literate, post modern, post structuralist, antiformalist, surfictive millennium that lies ahead. And finally I welcome the advent of such a culture, in which, at last, all are free to play in the fields of the word.” LANGE, David. At Play in the Fields of the Word: Copyright and the Construction of Authorship in the Post-Literate Millennium, Law & Contemporary Problems, vol. 55, 1992.

20 “Mais si l'homme a été créé par un autre être, par un Dieu, il en dépendra toujours: le seul être indépendant et libre est celui qui s'est créé lui-même. Tel est bien d'après Marx le cas de l'humanité. L'homme est démiurge de l'homme, c'est-à-dire que c'est l'homme qui se fait lui-même.” LACROIX, Jean. Marxisme, existentialisme, personnalisme. Paris: PUF, 1992.

gratuito, as cogitações dos doutos, dos gênios 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.<sup>21</sup>

Assim, na presença de um domínio público pujante, os insumos da criação nova serão mais abundantes, menos restritos. Mais fortes serão os veios da nova mineração. É neste sentido que nota Posner:

*(...) 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>22</sup>.

Esta reflexão justifica o título deste estudo: o domínio público é um espaço que potencialmente tem considerável valor social. Enquanto o direito de exclusiva enfatiza o valor privado, o espaço livre de exclusivas potencializa o interesse do público.

### A questão do direito de acesso

No nosso texto constitucional não se encontra um dispositivo literal que garanta ao público o acesso à produção criativa<sup>23</sup>. O que se tem, sim, é a definição de patrimônio cultural e do dever do Estado brasileiro quanto à cultura.

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;

---

21 CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. Constituição federal brasileira: comentários. Rio de Janeiro: Litho-Typographia, 1902. Não se imagine aqui qualquer censura ao direito de exclusiva: “A economia, tanto quanto a cultura necessita, por vezes, do uso de material expressivo para transformações, versões, atualizações, pró-ações, de cunho até intensamente comercial. Resguardar os interesses da economia não é um mal, a economia não atua só no estímulo ao uso comercial das obras, dar uso comercial às obras não causa câncer.” BARBOSA, Denis Borges. Palestra, Anais do Seminário Direitos Autorais e Acesso à Cultura, São Paulo, 2008, p. 93. Disponível em: [http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/08/anais\\_sem\\_direitos\\_autorais\\_acesso\\_cultura\\_sao\\_paulo.pdf](http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/08/anais_sem_direitos_autorais_acesso_cultura_sao_paulo.pdf). Acesso em: 23 fev. 2011.

22 LANDES, William M. e POSNER, Richard A. The economic structure of intellectual property law. Cambridge: Harvard University Press, 2003. “Moreover, the intellectual property associated with the private value of an intangible is typically of limited duration. For example, the basic integrated circuit patents—issued to Robert Noyce of Fairchild Semiconductor and Jack Kilby of Texas Instruments—expired in the 1990s. The copyright to Jane Austen's novels—which remain as popular as ever—has similarly expired. In both cases, the social value of these ideas and expressions is greater than ever. But their value as private wealth to their inventors or creators (or their heirs or assigns) has vanished. The social and private values of a tangible tend to coincide, while the social and private values of an intangible almost invariably differ”. NAKAMURA, Leonard I. Intangible Assets And National Income Accounting, Review of Income and Wealth, vol. 56, 2010. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1475-4991.2010.00390.x/full>. Acesso em: 13 mai. 2011.

23 Quanto à noção de direito de acesso, vide SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

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 princípio 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 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>24</sup>

No entanto, a questão constitucional se compõe com a integração com o direito internacional relativo aos direitos humanos. 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 um 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”.

Mas a internalização desse direito de acesso como uma categoria constitucional deriva não desta Declaração, mas do Pacto das Nações Unidas de Direitos Sociais de 1966<sup>25</sup>:

---

24 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1991.

25 “ARTIGO 15 - 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de: a) Participar da vida cultural; b) desfrutar o progresso científico e suas aplicações; c) beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor. 2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura. 3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora. 4. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, artigo 27, I, se fala do direito que todos nós temos de ter acesso à cultura, aos frutos da ciência, à tecnologia. Mas isso é *soft law*, é um dispositivo que não tem natureza cogente do ponto de vista jurídico, embora, evidentemente, tenha natureza cogente do ponto de vista intelectual ou moral. No entanto, o dispositivo que nós temos a frente, o Pacto das Nações Unidas de Direitos Sociais de 1966, tem um dispositivo similar, e foi incorporado ao direito pátrio pelo Decreto 591, ou seja, ele é de natureza de direitos humanos e foi trazido ao direito interno em 92.

Nesse momento, vamos pensar no direito de acesso como direito interno. O ponto relevante de 92 até aqui é a Emenda 45, que cria uma oportunidade de mudança desse dispositivo – que é lei ordinária, talvez, seguramente elemento de direito internacional incorporado a legislação pátria – a uma estatuta maior, de caráter constitucional. É bem verdade que um dos requisitos elementares dessa transmutação de tratado de direitos humanos a texto de cunho constitucional seria o requisito procedimental do número mínimo de votos. No entanto temos, aí, pelo menos um precedente no STJ - que é o Habeas corpus 18.799 - em que se entendeu que em relação mesmo aos pactos e tratados anteriores em que não houve esse tipo de maioria previsto no artigo 45, que também a ele seria atribuído de alguma forma ao mesmo estatuto constitucional.

Então, tratada essa questão, de como transmutar o Pacto das Nações Unidas em uma tessitura constitucional, vamos partir do princípio que nós temos o direito de acesso como um dos direitos de cunho constitucional brasileiro. A par daqueles direitos que resultam do artigo 27, II, da Declaração Universal - ou seja, os direitos humanos que garantem ao criador os frutos materiais, morais, da sua criação - temos igualmente o direito de acesso à cultura e aos frutos da ciência e à tecnologia.<sup>26</sup>

Lógico que esse direito de acesso não anula o direito de fundo constitucional (mas não exatamente fundamental) que tutela a exclusiva autoral, nem o direito, este sim fundamental e mesmo humano, de garantir ao trabalhador criador os resultados de seu trabalho:

Manter o equilíbrio entre duas situações aparentemente antagônicas é uma construção jurídica de porte invejável. De um lado temos a natureza peculiar do direito natural como uma propriedade específica, única e diferenciada. De outro lado temos o direito de acesso livre – que a humanidade se arroga – a essas obras. Num sentido geral – e quase utópico – elas deveriam ser colocadas à disposição de todos, indistintamente<sup>27</sup>.

Desde 1998, época em que Plínio Cabral suscitava este conflito, o antagonismo recrudescceu consideravelmente, e a Internet e outros meios de acesso à informação construíram o oxímoro de uma utopia ubíqua.

Claro está que o direito de acesso não se restringe a um hipotético direito de todos ao domínio público *geral*; mesmo em face de obras protegidas por exclusiva, haverá a

---

ciência e da cultura.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 1966. Disponível em: [http://www2.mre.gov.br/dai/m\\_591\\_1992.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/m_591_1992.htm). Acesso em: 20 mai. 2011.)

26 BARBOSA, Denis Borges. Licenças não-voluntárias. In: WACHOWICZ, Marcos e SANTOS, Manoel J. Pereira dos (org.). Estudos de direito do autor: a revisão da lei dos direitos autorais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 188 e ss.

27 CABRAL, Plínio. As limitações ao direito autoral na Lei n. 9.610, Revista da ABPI, n. 37, 1998, p. 4.



necessidade de ponderação do direito de acesso com o poder legal de negar tal acesso, como se nota no estudo deste livro sobre limitações aos direitos.

Indicando que há, pelo menos, equivalência de interesses entre o acesso livre às criações e o direito exclusivo protegido pela Constituição:

Em matéria de vigência de patentes e de domínio público sobre inventos, a questão da “lei mais benéfica” assume relatividade a ser contemplada. Quando se coteja interesses particulares que já foram assegurados por considerável prazo de exclusividade de patente, com outros interesses públicos da livre concorrência e do público consumidor, não se pode enveredar pelo caminho da consideração mecânica e indistinta da ideia de “lei mais benéfica”, para beneficiar somente aquele que já se beneficiou da exploração exclusiva do invento.<sup>28</sup>

### A liberdade de acesso ao insumo cultural e informacional

Igualmente a noção, de um viés muito econômico, de que os direitos de exclusiva tornam mais difíceis e custosos a produção de novas obras, se destila na existência de um direito constitucional a expressar-se livremente, sem restrições irrazoáveis. Com efeito, num plano diverso, mas não antagônico ao direito geral de acesso, o texto constitucional constrói um direito ao uso da informação prévia para geração de novas criações:

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.<sup>29</sup>

Outra manifestação do mesmo teor está no art. 220 da Constituição: “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer

---

28 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação n. 2005.51.01.500503-0. Primeira Turma Especializada. Relator: Des. Fed. Abel Gomes. Rio de Janeiro. J. em: 24/02/2010. Disponível em: [http://trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?proc=2005.51.01.500503-0&andam=1&tipo\\_consulta=1&mov=3](http://trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?proc=2005.51.01.500503-0&andam=1&tipo_consulta=1&mov=3). Acesso em: 17 mai. 2011.

29 BARBOSA, Denis Borges, Domínio Público e Patrimônio Cultural, op. cit.. Uma leitura convencional do enunciado do art. 5º, IX perceberia uma liberdade em face do Estado: a pessoa deve ser livre em expressar-se, e o poder público não pode reprimi-la (censura ou exigência de licença). No entanto, o direito de exclusiva resulta de uma ação estatal: ainda que se possa atribuir o direito do criador aos frutos morais e materiais de sua criação a uma esfera prévia ao pacto constitucional, a exclusividade deriva da instauração do texto básico. Em segundo lugar, a elaboração constitucional corrente incorpora a eficácia horizontal dos direitos fundamentais: “As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 201819/RJ. Segunda Turma. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília. J. em: 11/10/2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>. Acesso em: 20 mai. 2011.)

forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

### Insumo e transformação

Essa tensão entre a nova expressão e as criações já existentes igualmente não se reduz à existência de um domínio público. Obras protegidas por exclusivas autorais também são um objeto pregnante de reaproveitamento e recriação. Mas aqui, ao contrário do que acontece no tocante ao direito de acesso, o sistema de limitações ao direito de excluir não funciona tão maciamente<sup>30</sup>.

No sistema de patentes, alguns sistemas jurídicos, em consonância com o Acordo TRIPS, preveem *licenças de dependência*, pelas quais o invento que aproveita conhecimentos ainda protegidos por exclusiva, mas que vão mais além podem ser sujeitos a uma licença recíproca, mas coativa: o autor da técnica anterior pode usar o aperfeiçoamento, e vice-versa<sup>31</sup>. É necessário apenas que o aperfeiçoamento, além de ser digno por si de proteção, apresente uma contribuição socialmente relevante<sup>32</sup>.

No sistema autoral vigente, porém, mesmo se a nova criação tenha autonomia suficiente para ser tratada como uma obra, mesmo se tiver relevância social por si mesma<sup>33</sup>, ela não poderá ser expressa pelo novo autor senão com a autorização daquele autor da obra anterior da qual a criação deriva. Neste sistema – assim – aumenta a importância do domínio público.

Assim se explica a relevante doutrina quanto à tensão entre direito de exclusiva e liberdade de expressão<sup>34</sup>. Cada restrição ao uso transformativo do material protegido (que pode ir do simples pagamento de valores até a proibição direta) é uma contenção do direito de livre expressão, seja em proporção eficiente para a sociedade, seja em limites cujo custo social seja maior do que as vantagens resultantes da exclusiva<sup>35</sup>.

---

30 No entanto, veja-se no capítulo deste livro relativo às limitações, a elaboração do constitucionalismo alemão relativo às transformações criativas (Caso Germania 3).

31 A lei 9.279/96, em seu art. 70, prevê a hipótese em que uma patente, para sua exploração, presuma a utilização de parcela, ou do todo, de uma área reivindicada por outra patente anterior, de terceiros. Vide BARBOSA, Denis Borges, Tratado da Propriedade Intelectual, op. cit., vol. II, Cap. VI, [18]§8 - Licença de dependência. Vide BARROS, Carla Eugenia Caldas. Aperfeiçoamento e Dependência em Patentes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; ALEHRT, Ivan Bacellar. A Patente Dependente na Nova Legislação, Revista da ABPI, n. 9, pp. 48-49, 1993; WALTER, Hans Peter, Compulsory Licences in Respect of Dependent Patents Under the Law of Switzerland and Other European States, 1990.

32 BARBOSA, Denis Borges, Tratado da Propriedade Intelectual, op. cit., loc. cit.: “um modicum de necessidade pública a ser atendida pela tecnologia dependente, o que não ocorreria senão pela licença.”

33 Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 56904. Primeira Turma. Relator: Ministro Victor Nunes. Brasília. J. em: 06/12/1965. “1- Para efeito de direito autoral, a tradução é obra autônoma, sua proteção jurídica não desaparece por ter caído no domínio público (...)”

34 BENKLER, Yochai. Free As the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=168609>. Acesso em: 12 mai. 2011. POLLACK, Malla. The Democratic Public Domain: Reconnecting the Modern First Amendment and the Original Progress Clause (a.k.a. Copyright and Patent Clause), Jurimetrics, vol. 45, pp. 23-40, 2004-2005. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=533523>. Acesso em: 13 mai. 2011. Vide também SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Direito de Autor e Liberdade de Expressão. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). Direito de Autor e Direitos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 129.

35 “The alternative - a society that values free speech and learning, but permits most of the valuable raw materials of speech to be privately owned in the interests of efficiency, or because information originators want more incentives, or because they ‘deserve’ them - leads us in a direction that is deeply inconsistent with the values embodied in free speech.” ZIMMERMAN, Diane Leenheer. Is There a Right to Have Something to Say? One View of the Public Domain, Fordham Law Review, vol. 73, p. 297, 2004. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=491642>. Acesso em: 16 mai. 2011.

Sobre esse ponto específico, é importante notar a discussão do conflito entre exclusiva autoral e direito de expressão, sobre o qual dissemos<sup>36</sup>:

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>37</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>38</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*).

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 inscritas na Primeira Emenda:

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.*

Nas modalidades cobertas pelo direito autoral nas quais se pode segregar ideia e forma (por exemplo, nos textos técnicos e informativos) o raciocínio da Corte parece convincente. Em criações estéticas, porém, frequentemente tal liberação imediata da informação ao domínio público é uma completa falácia: que fatos e teorias um soneto faz eclodir para uso comum<sup>39</sup>?

---

36 BARBOSA, Denis Borges, Domínio Público e Patrimônio Cultural, op. cit..

37 [Nota do original] *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.

38 [Nota do original] Prefácio ao livro de Marcos Wachowicz Propriedade Intelectual do Software e Revolução da Tecnologia da Informação, Juruá, 2004.

39 "A arte tem como procedimento o estranhamento das obras e da forma de acesso difícil que aumenta a dificuldade e o tempo da percepção, visto que, em arte, o processo perceptivo é um fim em si mesmo e deve

É o que nota Pedro Marcos Nunes Barbosa<sup>40</sup>:

Uma das formas mais comuns do exercício da neocensura, ou censura privada, é o uso dos direitos autorais para atravancar as transformações criativas, verdadeiras práticas da especificação civil no âmbito evanescente. No entanto, o exercício de expressões criativas, a troca de dados, a divulgação cultural se dá na maioria das vezes em espaços privados, o que não exclui – mas ressalta – o fator dos usos serem primordialmente livres, na forma do artigo 220 da Constituição da República.

Sobre as transformações criativas e a aplicação da Liberdade de Expressão no sistema de Direito de Autor, assim diz Manoel J. Pereira dos Santos<sup>41</sup>:

Aparentemente, a tendência a favor da permissão de paródias<sup>42</sup> é menos flexível quando se trata de outras transformações criativas. Com efeito, os tribunais parecem ser mais maleáveis quando o que se discute é a liberdade de informação, ao contrário dos casos em que a questão é efetivamente a liberdade de criação. Para que a problemática possa ser analisada adequadamente, impõe-se principiar a discussão pela formulação de alguns elementos conceituais.

“Transformação criativa” é o processo pelo qual é gerada uma nova forma de expressão, que incorpora elementos substanciais de uma obra preexistente, mas que constitui uma obra nova original. Portanto, a transformação implica uma nova criação baseada em outra<sup>43</sup>. Com isso, distingue-se desde logo a transformação das simples modificações ou melhoramentos. Em tese, este conceito de transformação criativa enquadra-se na definição de obra derivada, conforme contida no Art. 5º, VIII, “g” da Lei de Direitos Autorais: “[obra] derivada - a que, constituindo criação intelectual nova, resulta da transformação de obra originária”. Portanto, poder-se-ia de início dizer que a “obra transformativa” (“transformative work”) é uma “obra derivada”.

A Lei e a doutrina mencionam a obra como o resultante da transformação. Optamos pela locução “forma de expressão” para melhor identificar a especificidade da transformação. Contudo, a locução “forma de expressão” pode ter significados diferentes. HENRI DUBOIS<sup>44</sup> refere-se à “forme d’expression” como “la manière dont les créations de l’esprit sont communiqués au public: la forme orale appelle autant de vigilance que la forme

---

ser prolongado”. CHKLOVSKI, Victor. A arte como procedimento. Tradução de Ana Maria Ribeiro Filipouski et al. In: TOLEDO, Dionísio (org.). Teoria da Literatura: formalistas russos. 1ª ed. Porto Alegre: Globo, 1973. “Um juízo do tipo ‘Deus é bom’, expresso em linguagem verbal, é reelaborado em poesia, através de imagens, rima, efeitos etc., de tal forma que a proposição universal se resume em particular - Deus é bom neste poema. Desta forma, a visão de mundo (proposição universal) fica reduzida ao texto poético e sua ação na linguagem específica (verbal) se torna evidente.” BÁRBARA, Danusia e BARBOSA, Denis Borges. Revista Littera Rio, n. 6, 1972, p. 38.

40 BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Liberdade de expressão, Internet e signos distintivos, Revista Eletrônica do IBPI, n. 3, 2010, p. 8-46. Disponível em: <http://www.ibpibrasil.org>. Acesso em: 23 mai. 2011.

41 SANTOS, Manoel J. Pereira dos, Direito de Autor e Liberdade de Expressão, op. cit., pp. 141-144.

42 [Nota do original] Na Apelação Cível nº 480.378-4/0-00, a 9ª. Câmara de Direito Privado do T.J.S.P. considerou lícita a reprodução em campanha publicitária de partes de canções carnavalescas, entre outras razões, porque “os pequenos trechos das composições musicais foram utilizados como fundo e com o intuito de fazer uma paródia, em período carnavalesco.” (Relator: Carlos Stroppa, j. 10.6.2008).

43 [Nota do original] “A transformação é, pois, a criação de uma obra original, mas que parte da essência criadora de uma obra preexistente. Neste sentido, se pode dizer que a obra derivada incorpora a obra preexistente”. Oliveira Ascensão, Direito Autoral, p. 177.

44 [Nota do original] Le Droit d’Auteur em France, 4ª. ed, Paris: Dalloz, 1978, p. 3.

écrite”. ANDRE LUCAS e PASCAL KAMINA<sup>45</sup> mencionam outra noção, de que deriva a distinção entre obra musical com ou sem letra, desenho, pintura, escultura e outros gêneros de obras intelectuais. A locução “forma de expressão” tem de ser aqui interpretada em seu sentido amplo, qual seja, a maneira pela qual o autor concretiza e exterioriza sua criação qualquer que seja o meio de comunicação ou o gênero de obra empregado<sup>46</sup>.

Fenômeno frequente na produção intelectual, a “intertextualidade” tem sido definida como o “diálogo de textos”, ou seja, um recurso criativo caracterizado pela absorção e transformação de conteúdos preexistentes, com referência implícita ou explícita a “textos” de outros autores, ainda que de gênero diverso, porquanto ocorre tanto na literatura quanto nas artes. Isto porque os indivíduos interagem com o patrimônio cultural existente, seja no processo de geração de expressões culturais coletivas, seja no processo criativo individual. A intertextualidade é, portanto, uma dinâmica natural da atividade criativa<sup>47</sup>.

Esta “reutilização” de material anterior pode se dar por uma das seguintes modalidades: (a) pela paráfrase, em que o conteúdo é replicado, mas o texto é modificado com o acréscimo de comentários ou novas ideias; (b) pela citação, em que um texto curto é reproduzido para fins de estudo, crítica ou polêmica, incluindo a epígrafe, que é um título ou frase curta servindo de tema para um trabalho; (c) pela paródia, em que a obra preexistente é imitada, incluindo o pastiche, quando a imitação servil de outra obra é feita como recurso criativo; e (d) pelas adaptações, arranjos e outras transformações em que a obra originária é transposta para outro gênero ou versão ou é recriada. Alguns entendem que a tradução insere-se no campo da intertextualidade por exigir a recriação de texto. A este rol poder-se-ia incluir a inspiração ou reminiscência, em que elementos mais gerais, e não a forma de expressão são reaproveitados<sup>48</sup>.

Na verdade, a par desta intertextualidade classificável nas categorias convencionais do direito autoral, certas características do processo criativo contemporâneo têm demandado o uso de elementos, tanto de direito autoral quanto conexo, em novas criações reconstrutivas, ao estilo *sampling* etc., o que alguns autores entendem não se adequar à noção de obra derivada<sup>49</sup>.

---

45 [Nota do original] Andre Lucas e Pascal Kamina, France, § 2[1][b][ü][B], in: Paul Edward Geller, *International Copyright Law and Practice*, v. I, Lexis Nexis, 2009.

46 [Nota do original] “La personalità creatice dell’autore si manifesta nella organizzazione e composizione originale degli elementi che concorrono a formare l’opera e che costituiscono la <forma individuale di espressione>”... La importanza della forma è diversa secondo il mezzo espressivo e la categoria alla quale l’opera appartiene: essenziale nelle opere dell’arte figurativa e plástica, lo è meno nelle opere letterarie, nelle quali la forma è rappresentativa di un contenuto intellettuale, mentre nelle arti figurative l’intimo contenuto è compenetrato nella forma materiale”. Zara Algardi, *Il Plagio Letterario e il Carattere Creativo dell’Opera*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 377/378.

47 [Nota do original] Segundo NIMMER, Melville B.; NIMMER, David. “In a broad sense, almost all works are derivative works in that in some degree they are derived from pre-existing work”. *Nimmeron Copyright*, v. I, § 3.01.

48 [Nota do original] Vide DUVAL, Hermano. *Violações dos Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968, p. 66-77.

49 “For instance, a literary work, drama or film might require the use of certain sentences or the allusion to a literary character that is the intellectual property of some third party. This was the case with Heiner Müller’s last drama, ‘Germania 3. Gespenster am toten Mann’ (1996), which contained passages borrowed from Hölderlin, Kleist (unproblematic, since they have already fallen into the public domain) and Bertolt Brecht (which provoked litigation). Although this kind of intertextual relationship is different in principle from the types of artwork defined as ‘derivative’ or ‘compound’, it is difficult in some cases to judge these differences. (...) the new possibilities of producing music with electronic and digital equipment as well as certain styles in contemporary popular music like ‘rap’ or the DJ-culture have produced new conflicts concerning the wide-

Como discutido no estudo sobre limitações, o exemplo canônico é o do julgado da Corte Constitucional Alemã denominada *Germany 3*<sup>50</sup>, índice de uma importante tendência do direito daquele país em assegurar reiteradamente a produção criativa, não obstante a recusa dos titulares de direitos da obra transfigurada<sup>51</sup>. O problema aqui, ainda não superado, é como garantir essa liberdade sem autorizar a mera reprodução<sup>52</sup>.

### **Por que surge a preocupação com o domínio público**

Historicamente, a preocupação com o domínio público surgiu na delimitação do prazo do direito de exclusividade, passando posteriormente para a questão do escopo da tutela legal<sup>53</sup>. A noção de domínio público foi utilizada no Século XIX para combater a tese de uma propriedade perpétua, definindo-se o Direito de Autor como uma propriedade de natureza diferenciada.

Por que tanta preocupação recente com o domínio público? A questão se torna um objeto de pensamento quando surge na história do direito o limite ao uso livre das criações. Antes de se criarem patentes, direitos exclusivos de autor, ou monopólios de exploração de variedades de rosas, tudo era de domínio público, e assim a questão era indistinta<sup>54</sup>.

De outro lado, especialmente no plano expressivo e informacional, a inexistência ou limites técnicos à reprodução causava uma falta de acesso a este domínio público que

---

spread practices of sound sampling.” ORTLAND, Eberhard; SCHMÜCKER, Reinold. Copyright & Art. Disponível em: [http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol06No12/PDF\\_Vol\\_06\\_No\\_12\\_1762-1776\\_Articles\\_Ortland.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol06No12/PDF_Vol_06_No_12_1762-1776_Articles_Ortland.pdf). Acesso em: 26 fev. 2011.

50 Caso “*Germany 3*”(BVerfG, 1 BvR 825/98 de 29.6.2000), traduzido em BARBOSA, Denis Borges; BARBOSA, Ana Beatriz Nunes; GRAU-KUNTZ, Karin. *A Propriedade Intelectual na Construção dos Tribunais Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 104.

51 “On this basis, courts have permitted the publishing or communication of works without the consent of the right holder where copyright has deemed to be subordinated to the constitutionally guaranteed of free speech and freedom of information (BGH GRUR 2003, 956, 957 - Gies-Adler (on caricature); OLG Hamburg GRUR 2000, 146, 147 - Berufungsschrift; OLG Stuttgart NJW-RR 2004, 619, 621 et seq.). In the same vein, in respect of the constitutional guarantee of artistic freedom, the German Federal Constitutional Court extended the scope of the exception allowing quotations beyond its actual scope in order to allow the use of texts from the poet Bertold Brecht in a play by Heiner Müller (BVerfG GRUR 2001, 149, 151 et seq. - *Germany 3*). In respect of press reviews, the scope of the exception, which had originally been limited to analogue uses, was extended to cover digital press reviews (BGHZ 151, 300, 310 - *Elektronischer Pressespiegel*). Methodologically, courts implement decisions based on balancing of interests through a narrow interpretation of copyrights or a broad interpretation of the exceptions (BGH GRUR 2003, 956, 957 - Gies-Adler). In practice this leads to a situation whereby uses which would otherwise only be possible with the consent of the right holder, are allowed in certain circumstances on constitutional law grounds without consent.” CONRAD, Albrecht; NORDEMANN, Jan Bernd. *Exceptions to Copyright Protection and the Permitted Uses of Copyright Works in the Hi-Tech and Digital Sectors*. 2010. Disponível em: [https://www.aippi.org/download/committees/216/GR216germany\\_en.pdf](https://www.aippi.org/download/committees/216/GR216germany_en.pdf). Acesso em: 23 mai. 2011.

52 “Such developments in contemporary art raise the question of how to secure the freedom of artistic production without jeopardizing copyright altogether — and whether aesthetic theories can supply criteria for the distinction between cases of appropriation that are to be considered as artworks in their own right, and other cases that cannot legitimately claim to be works of art but must be considered as derivative or simply as reproductions of the previously existing works”. ORTLAND, Eberhard; SCHMÜCKER, Reinold, op. cit., p. 17-18.

53 DUSOLLIER, Séverine, op. cit., p. 17-18.

54 “For most of human history, cultural creation was always intended to be a shared phenomenon, an activity attached to spiritual sustenance and spiritual confirmation between the maker and their community. Only recent human history has found it advisable to withhold virtually all such creative activity until it can be paid for”. NEGATIVLAND *Two relationships to a cultural public domain*. Disponível em: [http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?66+Law+&+Contemp.+Probs.+239+\(WinterSpring+2003\)+pdf](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?66+Law+&+Contemp.+Probs.+239+(WinterSpring+2003)+pdf). Acesso em: 22 fev. 2011.

também tornava indistinta a noção. Não havia interdição legal de cópia dos manuscritos cistercienses: somente o exercício dos direitos de exclusão sobre objeto físico vedava o acesso tanto do leitor como do recriador<sup>55</sup>. Os meios técnicos de reprodução, ao surgir a partir de Gutenberg, possibilitando o acesso público, logo se articulam em exclusividades de direito, definindo por oposição a noção de domínio público.

Desta feita, como objeto de análise do direito, o domínio público criativo surge ao mesmo tempo em que aparecem os direitos de exclusão sobre as criações expressivas e tecnológicas<sup>56</sup>.

### Política, ideologia, incerteza e anti-baldios

“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>57</sup>

No entanto, alguns fatores contribuem para a presente importância do tema. O primeiro é o aumento histórico do patrimonialismo no campo da produção criativa a partir dos anos 80, já não no sentido clássico da propriedade, mas da proteção aos investimentos<sup>58</sup>. Tal modelo adquire um elevado sentido antipublicista<sup>59</sup> e reage a certas iniciativas dos países em desenvolvimento em prol de uma maior liberação dos fluxos criativos ao uso de todos<sup>60</sup>.

---

55 Para uma ilustração deleitosa dessa observação, vide ECO, Umberto. O Nome da Rosa. Lisboa: Difel, 2004; ou, com o mesmo título, A nnaud, Jean-Jacques. Neue Constantim Film, 1986.

56 Obviamente, as categorias relativas à res communis omnium e outros espaços interditos à apropriação privada precedem a história dos direitos da propriedade intelectual. Fala-se aqui do domínio público autoral, tecnológico etc.

57 MACAULAY, Thomas. Speech Before the House of Commons (Feb. 5, 1841). In: The Works of Lord Macaulay. V. 8., ed. por Lady Trevelyan. Londres: Longmans, Green and Co., 1906.

58 SALGUES, Bruno. Evaluation Économique des Droits de la Propriété Intellectuelle. In: SANSON-HERMITTE, Marie-Angèle (org.). Le Droit du Génie Génétique Végétal: Macro-économie, Micro-économie, Sociétés de Capital-risque, Brevet, Droit d'Obtention Végétale. Paris: Librairies Techniques, 1987, p. 182: "On essaie de comprendre comment le modèle actuel de la propriété intellectuelle a apparu et a évolue en ajoutant des catégories a celles preexistantes. Deux modèles sont alors discernables: le modèle post-revolutionnaire et le modèle de marche. Le modèle post-revolutionnaire est issu des Girond insquiestiment que la propriété est un droit inalienable, une rempart contre la tyrannie. On devienne propriétaire des idées comme on est propriétaire foncier. Cette réflexion engender quatre règles fondamentales: il y a obligation d'exploitation, le monopole d'usage est la règle, l'expropriation est possible, certains éléments sont inappropriables. Dans le modèle du marche, l'auteur, l'inventeur disparaissent au profit de l'investisseur. La notion d'oeuvre s'elargit (...) la limite de l'ancien droit de propriété recule."

59 “A mesa foi virada, por assim dizer: a tarefa da teoria crítica foi invertida. Essa tarefa costumava ser a defesa da autonomia privada contra as tropas avançadas da ‘esfera pública’: soçobrando sob o domínio opressivo do Estado onipotente e impessoal e de seus muitos tentáculos burocráticos ou réplicas em escala menor. Hoje a tarefa é defender o evanescente domínio público, ou, antes, reequipar e repovoar o espaço público que se esvazia rapidamente devido à deserção de ambos os lados: a retirada do ‘cidadão interessado’ e a fuga do poder real para um território que, por tudo que as instituições democráticas existentes são capazes de realizar, só pode ser descrito como um ‘espaço cósmico’. Não é mais verdade que o ‘público’ tente colonizar o ‘privado’. O que se dá é o contrário: é o privado que coloniza o espaço público, espremendo e expulsando o que quer que não possa ser expresso inteiramente, sem deixar resíduos, no vernáculo dos cuidados, angústias e iniciativas privadas” BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2001, p. 49, apud BARBOSA, Pedro Marcos, op. cit.

60 MODY, Ashoka. New Environment for Intellectual Property. In: RUSHING, Francis W. e BROWN, Carole Ganz. Intellectual Property Rights in Science, Technology, and Economic Performance: International Comparisons. Boulder: Westview Press, 1990, p. 203: "In the 1960s and early 1970s, many developing countries charged that the intellectual property system was biased against them. Critics of the system argued that it gave monopoly rights to foreign holders of intellectual property without benefiting developing countries in any significant way. They demanded the rolling back of protection in selected areas. (...) In the 1980s, the United States, with some support from other developed countries criticized the system as being

Com a maior importância dos intangíveis na economia dos países da OECD, tais demandas se tornaram materialmente inaceitáveis: proliferaram novos direitos exclusivos, e ampliou-se o escopo e o arsenal de implementação dos direitos existentes. No balanceamento entre o interesse público e o interesse privado, a maximização da proteção favoreceu o último.

Porém, o acúmulo de proteções sobre cada mínimo elemento da criação introduz uma curiosa disfuncionalidade: o que a doutrina vem chamando de tragédia dos anti-baldios<sup>61</sup>. “A metáfora corresponde a uma situação na qual muitos indivíduos lutam pelos direitos de exclusão em um ambiente de recursos escassos”<sup>62</sup>. Há tanta extensão de direitos, e exercidos de forma tão vigorosa, que os custos e principalmente a incerteza dos direitos quanto à criação-insumo passam a levar a criação-produto a um estado de quase inviabilidade.

Narra Claudio Lins de Vasconcelos no tocante ao setor televisivo brasileiro<sup>63</sup>:

Convidada a oferecer um breve relato da experiência do Canal Futura com o processo de clearance<sup>64</sup> ao longo da última década, a Gerente de Produção do Canal Futura, Vanessa Jardim, relatou que:

Em setembro de 1997, o Canal Futura [estреou] com a expectativa de poder utilizar o material de arquivo da TV Globo e gravar novas cabeças<sup>65</sup> que embalsamariam grande parte dos programas que comporiam a grade. Em um primeiro momento, o Canal, a partir dessa premissa, utilizaria seus recursos para desenvolver pilotos que a médio prazo entrariam na grade, substituindo gradativamente os programas com acervo da [TV Globo]. Nessa ocasião não havia nível de preocupação algum com a questão dos Direitos Autorais.

A partir de 1999 começamos a ter que enfrentar com mais rigor a lei promulgada em 1998, tendo inclusive que repensar o modelo de negócio inicialmente criado para o Canal Futura, negociando algumas imagens, obras, músicas, comprometendo inclusive o número de programas inicialmente negociados de forma que coubessem no orçamento os eventuais pagamentos necessários aos [titulares dos] direitos devidos. A partir de 2000 começamos a considerar cerca de 1% a 2% dos orçamentos para essa finalidade.

A partir de 2004 a questão dos direitos ganha ainda mais importância e atenção e passamos a considerar em nossos orçamentos, dependendo do programa, gastos de 3% a 5% para essa finalidade.

---

too lax and has demanded substantial increases in protection. With all sides adopting inflexible positions, the stalemate is being resolved de facto by the unilateral trade actions of the United States".

61 ARAÚJO, Fernando. *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: O Problema Económico do Nível Óptimo de Apropriação*. Coimbra: Almedina, 2008.

62 CHAMAS, Claudia Inês, *Proteção Intelectual de Invenções Biotecnológicas*, Cadernos de Estudos Avançados, Rio de Janeiro, 2005, p. 47 s.s.

63 VASCONCELOS, Claudio Lins de. *Mídia e Propriedade Intelectual: A Crônica de um Modelo em Transformação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

64 Para conter esses riscos, as empresas responsáveis pela produção das obras televisivas normalmente submetem seus produtos audiovisuais a uma espécie de "auditoria" jurídica de caráter preventivo, conhecida como clearance (que poderia ser traduzida como "liberação").

65 [Nota do original] No jargão do mercado, o termo "cabeça" denota a parte inicial de certas atrações televisivas, concebidas para apresentar o conteúdo ao telespectador. É uma espécie de "introdução" ao conteúdo, em geral feita por um apresentador. Para usar uma analogia familiar à linguagem jurídica, seria o "caput" da programação.



Hoje, a questão dos Direitos Autorais é prevista, orçada e avaliada com bastante rigor. Desde 2007 passamos a considerar, também levando em consideração o tipo de programa, gastos que variam [entre] 3%, 5%, 10% e até 20% dos orçamentos.<sup>66</sup>

### O impacto das tecnologias

A esse complexo de reações de cunho político e ideológico se somam novas variáveis tecnológicas. Em primeiro lugar, novas tecnologias de reprodução que fazem de cada pessoa um potencial Gutenberg, como discutido no estudo sobre economia do direito autoral, tornam difícil a apropriação dos frutos da produção criativa pelos investidores que inicialmente causaram a criação.

Segundo, o acesso à obra se torna praticamente universal, através dos meios da Internet: o conflito entre acesso público e domínio público<sup>67</sup> se agrava. É nesse sentido que Helenara Avancini enuncia o paradoxo da Sociedade da Informação: “só há liberdade de acesso, porque não há; só há direito exclusivo do autor, porque não há direito exclusivo do autor”<sup>68</sup>.

O resultado desse conflito é a expansão dos baldios criativos<sup>69</sup>, das licenças abertas de software<sup>70</sup> e de políticas empresariais voltadas à expansão do domínio público<sup>71</sup>.

Mas um terceiro fator passa muitas vezes despercebido, por se concentrar nos efeitos dos direitos autorais sobre a transmissão do conhecimento técnico e científico<sup>72</sup>.

---

66 [Nota do original] Entrevista com Vanessa Jardim, gerente de produção do Canal Futura, registrada em correspondência eletrônica de 1/4/2009, às 16h27. Documento em arquivo, com o autor.

67 Note-se que no sistema de patentes esses dois elementos são claramente distintos: pela publicação do conteúdo da patente, que se dá antes da concessão do direito exclusivo, os ensinamentos contidos no pedido se tornam de acesso público; mas a concessão da exclusiva (inclusive com efeito retroativo) evita que esse acesso se converta em domínio público. Todo mundo sabe a tecnologia, mas ninguém pode usá-la. Esses dois efeitos, segundo o raciocínio de Eldred v. Ashcroft, também ocorreriam no objeto do direito autoral, quanto ao conteúdo informacional livre.

68 AVANCINI, Helenara Braga. O paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, 2002.

69 “Fala-se em creative commons. Mas commons são justamente os baldios. Ronaldo Lemos recorda as soltas no Brasil, que têm o mesmo significado, de espaço que está à genérica disposição de todos. (...) Mas os ‘baldios’ que refere são justamente os bens ou direitos que se tornaram de uso comunitário: os commons da língua inglesa. Há uma concordância prática no entendimento dos métodos colaborativos como fundados nesta categoria de bens ou direitos de uso comum, como realidade social.” ASCENSÃO, José Oliveira. Modelos colaborativos em direito autoral. In: GRAU-KUNTZ, Karin e BARBOSA, Denis Borges. Ensaio sobre o direito imaterial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

70 Vide BARBOSA, Denis Borges, Tratado da Propriedade Intelectual, op. cit., vol. III, Cap. VII, [ 4 ] § 4 – (Das licenças de software "livre"), e a bibliografia nele citada.

71 “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. All of these major private investments in the public domain reveal a self-correcting feature of the intellectual property system that has been overlooked until now, and signal that public lawmaking is not the only arena in which the excesses of intellectual property may be addressed.” MERGES, Robert P. A New Dynamism in the Public Domain, University of Chicago Law Review, vol. 71, pp. 183-203, 2004. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=558751>. Acesso em: 13 mai. 2011.

72 Note-se que o direito autoral é responsável só em parte pelo problema. “Today, instead, universities aggressively patent government funded research results. Many countries protect even scientific databases as

Como notou um relatório oficial americano, no momento pré-digital os técnicos e cientistas que procuravam informações em material escrito nas bibliotecas podiam livremente converter em pragmática; mas quando a informação é divulgada em meio digital, cada acesso é um ato potencialmente infringente de direito exclusivo. O domínio público se contrai significativamente<sup>73</sup>, e surge em contraposição uma demanda pelo “baldio científico”<sup>74</sup>.

## Os baldios

Como nota Pontes de Miranda<sup>75</sup>,

Os baldios são as “terras incultas, matos maninhos, ou matas e bravios, que nunca foram lavrados e aproveitados, ou não ha memória de homens que o fossem, os quais não foram contados, nem reservados” (Ordenações Filipinas, Livro IV, tido 43, § 9) ao uso especial ou à segregação de que cogita o art. 66, II. As Ordenações Filipinas diziam: “nem reservados pelos Reis, que ante Nós foram, e passaram geralmente pelos Forais com as outras terras aos povoados delas”. Tais baldios não se podiam dar em sesmaria, nem se permitia rateá-los, se fosse contra “o proveito geral dos moradores nos pastos dos gados, criações e logramento da lenha e madeira para suas casas e lavouras”. Percebe-se a influência da concepção romana da *universitas personarum* (cf. Alvará de 27 de novembro de 1804, arts. 471 e 473), mas ao fundo está a instituição da propriedade comum germânica (Código Visigótico, Livro VIII, Título 5, L. 2 e L. 5, e Título 3, L. 12). O Código Civil, art. 646, prevê a legislação municipal sobre os baldios, aliás, sobre os terrenos, quaisquer, de que trata o art. 66, I (bens de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças), ressalvado o que for da competência da União ou dos Estados-membros.

Nos baldios está a noção do que seja o *domínio do público*. Na verdade, domínio público, mesmo na definição do código civil ou do direito administrativo, diz mal e até perturba a noção que o pensamento jurídico deve dedicar ao objeto de nosso estudo. O “público” deste domínio não é o estatal, nem o oficial (não pode reservá-lo ao Estado -

---

such, and there is no clear line between theoretical and applied research. The sharing norms of science have broken down to the point where they can only be maintained by contractually constructed scientific commons that artfully manage legal, economic, and technical restrictions on data, materials, and information”. REICHMAN, Jerome H. Intellectual property in the twenty-first century: will the developing countries lead or follow?, *Houston Law Review*, vol. 46, 2009. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1589528](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1589528). Acesso em: 23 mai. 2011.

73 "This intimate connection between access and copying has considerable significance in the context of intellectual property protection. One of the essential elements of copyright—the right to control reproduction—works as expected in the world of traditional media, where there is an obvious distinction between access and reproduction and where the copyright owner’s control of reproduction provides just that. But in the digital world, where no access is possible except by copying, complete control of copying would mean control of access as well". NATIONAL RESEARCH COUNCIL – Computer Science and Telecommunications Board. *The Digital Dilemma: Intellectual Property in the Information Age*. Washington, D.C.: National Academy Press, 2000, p. 31.

74 WILBANKS, John; BOYLE, James. *Introduction to science commons*. 2006. Disponível em: [http://sciencecommons.org/wp-content/uploads/ScienceCommons\\_Concept\\_Paper.pdf](http://sciencecommons.org/wp-content/uploads/ScienceCommons_Concept_Paper.pdf). Acesso em: 23 fev. 2011. DINWOODIE, Graeme B.; DREYFUSS, Rochelle. *International Intellectual Property Law and the Public Domain of Science*, *Journal of International Economic Law*, v. 7, nº 2, pp. 431-448, 2004. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1171702>. Acesso em: 13 mai. 2011.

75 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. § 1.413. Rio de Janeiro: Borsoi.

segundo as Ordenações, aos *Reis*). É simplesmente o inapropriável e o irredutível (não se pode dar em sesmaria nem ratear) que se dedica “ao proveito geral” do público.

A vedação legal ao registro de marca cujo nome é genérico ou comum visa emprestar à marca singularidade suficiente para destacá-la do domínio comum, do uso corriqueiro. Deveras, a razão imediata da existência do direito sobre marca é a distintividade, de sorte que não se pode conceder direito de registro quando outra pessoa, natural ou jurídica, já possui sobre o nome direito de uso, ou mesmo quando a coletividade possui direito de uso sobre o mesmo objeto, o qual, por sua vulgaridade ou desvalor jurídico, já se encontra no domínio público. Esta é a lição de abalizada doutrina:

Não se pode reconhecer a propriedade privada e exclusiva sobre alguma coisa - inclusive sobre expressões verbais - quando sobre tal coisa já existe direito idêntico e alheio. Quando, por exemplo, outra pessoa já tenha exclusividade igual (*res aliena*). Ou então quando todo o povo tenha direito de usar em conjunto do mesmo objeto, como ocorre com as ruas e as praças (*res communis omnium*). Assim, o símbolo pretendido como marca tem de ser destacado em grau suficiente para separar-se eficazmente daquilo que está e deve permanecer no domínio comum. (...) A questão se resume, pois, em demonstrar que, ao dar o registro, o INPI invadiu propriedade pública, violou a *res communis omnium* (ou, no caso, o *sermus communis*, que é o mesmo no campo das palavras). (BARBOSA, Denis Borges. Uma introdução à propriedade intelectual. 2ª ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003, p. 814)<sup>76</sup>

Este espaço, sendo irredutível ao controle privado e singular, não é anômico, nem abandonado à apropriação. Se ninguém tem poderes para apropriar-se exclusivamente dos baldios (nem mesmo o Estado), todos têm, no entanto, legitimidade para defender o baldio como bem de uso comum do povo:

Ação possessória sobre trecho de rua. Desafetação ao uso comum. Alienação, autorizada por lei municipal. O proprietário confrontante é 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 à bem do uso comum do povo, efetivamente utilizado pelo demandante. Improcedência, no caso em julgamento, da demanda possessória. Sentença confirmada.<sup>77</sup>

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.<sup>78</sup>

---

76 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 605.738-RJ. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília. J. em: 03/11/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200302058079&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 18 mai. 2011.

77 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 586000267. Primeira Câmara Cível. Relator: Des. Athon Gusmão Carneiro. Porto Alegre. J. em: 10/03/1987. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 18 mai. 2011.

78 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 50.960.

Outra característica do baldio na sua acepção agrária seria sua irreversibilidade<sup>79</sup>. Uma vez dedicado o espaço ao uso comum, apenas a lei poderia tirar do uso comum do povo<sup>80</sup>. Aparentemente, no tocante ao baldio criativo, nem a lei poderia operar:

Não tem o Poder Legislativo competência para editar leis que atribuam patentes para o que já se encontra no estado da técnica e no domínio público como res communis omnium.<sup>81</sup>

Ao prever em seu artigo 230 a possibilidade da revalidação de patente estrangeira no Brasil (pipeline), a Lei n.º 9.279-96 atentou contra o princípio insculpido no inciso XXXVI do artigo 5.º da Constituição, já que uma série de inventos que, sob a égide da legislação revogada, encontravam-se em domínio público passaram a ser objeto de proteção intelectual, fato que representa violação ao direito adquirido dos nacionais anteriormente consolidados.<sup>82</sup>

A temporariedade do privilégio, conforme definido pelo legislador constituinte, tem significado de extrema importância. Ela enseja um equilíbrio de valores e interesses constitucionais em jogo: de um lado, a exclusividade de utilização da patente pelo titular como forma de incentivar a pesquisa e desenvolvimento tecnológico; de outro, a livre iniciativa do concorrente em explorar o objeto da patente para benefício de toda a sociedade. Veja-se que aqui a interpretação exige cotejo com outros dispositivos constitucionais: art. 1.º IV, 170, caput e IV e 219.

As patentes ora em exame foram concedidas sob a égide da Lei nº 5.772/71, cujo art. 24 era expresso ao fixar-lhes prazo de vigência de 15 (quinze) anos para sua exploração. Em decorrência, os atos que as concederam se aperfeiçoaram juridicamente de acordo com a lei à época vigente (tempus regit

---

79 "What is 'mandatory' about this public domain, in sum, is that what goes into it must stay there. The facts about the physical composition of water, for example, cannot be freely usable today, but available only by license from a private or public entity tomorrow. One may be allowed to extract money from would-be users as a precondition for the release of the information. Once, however, speech goods are released in ways that give the public actual or constructive awareness of them, they must remain public goods, except to the extent that they violate copyright or patent law, or cause some cognizable harm that the government is entitled to prevent or redress. This one-way ratchet means that even some aspects of current copyright law itself may be unconstitutional. For example, restoration of copyright for foreign works that had previously fallen into the public domain is suspect, both because the provisions that do this may violate the limited times provision of the Intellectual Property Clause, as well as First Amendment norms." ZIMMERMAN, Diane Leenheer. Is There a Right to Have Something to Say? One View of the Public Domain, *Fordham Law Review*, vol. 73, 2004. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=491642>. Acesso em: 16 mai. 2011.

80 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, op. cit., vol. XII, § 1.417.2. "De tudo que acima se expôs tira-se: a) que o Estado há de respeitar o que existe de pasto comum em terras que lhe pertencem; b) que somente por lei portanto em virtude de regra jurídica elaborada por eleitos pelo povo e dentro dos limites de competência que a Constituição de 1946, a Constituição estadual ou a lei orgânica do Distrito Federal ou a lei orgânica dos Municípios fixe é que se pode fazer cessar a pastagem comum em terras públicas".

81 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Embargos Infringentes n. 2000.02.01.007453-0. Primeira Seção Especializada. Relatora: Des. Fed. Liliane Roriz. Rio de Janeiro. J. em: 30/08/2007. Disponível em: [http://www.trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?proc=2000.02.01.007453-0&andam=1&tipo\\_consulta=1&mov=3](http://www.trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?proc=2000.02.01.007453-0&andam=1&tipo_consulta=1&mov=3). Acesso em: 19 mai. 2011.

82 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível n. 2005.51.01.500712-8. Segunda Turma Especializada. Relator: Des. Fed. André Fontes. Rio de Janeiro. J. em: 28/03/2007. Disponível em: [http://www.trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?proc=2005.51.01.500712-8&andam=1&tipo\\_consulta=1&mov=3](http://www.trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?proc=2005.51.01.500712-8&andam=1&tipo_consulta=1&mov=3). Acesso em: 19 mai. 2011.

actum) e, dessa forma, geraram direito adquiridos à sociedade em ver o objeto patenteado cair em domínio público após esse prazo determinado.<sup>83</sup>

Uma aplicação do conceito de irreversibilidade do domínio público no Direito de Autor ocorre com a prorrogação dos prazos de tutela legal e seu efeito sobre as obras já caídas em domínio público. Embora as prorrogações do prazo de proteção geralmente beneficiem as obras ainda protegidas pela legislação anterior, uma obra que já caiu no domínio público não tem seu prazo de proteção ampliado por força de lei nova. É o que estabelece o Art. 112 da Lei nº 9.610/98.

## Conteúdo dos baldios

### O que está nos baldios?

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 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>84</sup>

Henry Jessen lista ainda as obras cujos autores tenham renunciado aos seus direitos; 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<sup>85</sup>. Sobre a questão, dissemos<sup>86</sup>:

Na verdade, pareceria que o conteúdo do domínio público é consideravelmente mais vasto, e variaria com o tempo e os sistemas jurídicos<sup>87</sup>. Em princípio, estariam no domínio público todos os elementos da criação humana não cobertos por direitos de exclusiva; por exemplo, o listado sob o art. 8º. da LDA, que não se veja protegido por outro sistema de direitos exclusivos<sup>88</sup>.

---

83 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível n. 2006.51.01.504598-5. Primeira Turma. Relatora: Des. Fed. Maria Helena Cisne. Rio de Janeiro. J. em: 13/11/2007. Disponível em: [http://www.trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?proc=2006.51.01.504598-5&andam=1&tipo\\_consulta=1&mov=3](http://www.trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?proc=2006.51.01.504598-5&andam=1&tipo_consulta=1&mov=3). Acesso em: 19 mai. 2011.

84 ABRÃO, Eliane Y. Direitos de autor e direitos conexos. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 140-141.

85 JESSEN, Henry. Derechos Intelectuales. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 77.

86 BARBOSA, Denis Borges, Domínio Público e Patrimônio Cultural, op. cit..

87 [Nota do original] 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 )

88 [Nota do original] Art. 8º I - as ideias, 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 ideias contidas nas obras.

Palmela Samuelson<sup>89</sup> tenta uma curiosa cartografia do domínio público (“e dos terrenos adjacentes”), onde se incluiriam:

os teoremas, fórmulas matemáticas, leis de natureza, e semelhante;

metodologias científicas e de outras pesquisas, técnicas estatísticas ou educacionais;

ideias, conceitos, descobertas, teorias, hipóteses;

fatos, informação, dados, know-how, conhecimento;

Leis, regulamentos, opiniões judiciais, documentos públicos;

inovações que poderiam vir a obter proteção da Propriedade Intelectual, mas para os quais não se postulou exclusividade ou essa já expirou;

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);

nomes, números, símbolos, sinais, regras de gramática e de dicção ou pontuação.

### O efeito do baldio

O que ocorre num espaço do baldio é a inoperância dos direitos patrimoniais exclusivos:

Sempre que se extingue direito patrimonial de invenção cai à invenção no domínio comum. Não é a propriedade que se extingue, o que se extingue é o direito exclusivo do inventor ou de seu sucessor, ou da pessoa que tem por força do artigo 65 do Decreto-lei nº 7903. É o direito de propriedade que se resolve, ao termo, quanto ao titular, passando a outrem, a todos a titularidade. O direito mesmo, objetivamente, não cessa ao se expirar o prazo de duração. Não se trata de ineficacização, nem se trata de inexistência, o direito não cessa; o inventor é que perde a exclusividade, e para sempre.<sup>90</sup>

Desta feita, para alguns o domínio público é um instituto de direito patrimonial de autor. Para essa parte da doutrina, os direitos pessoais seriam perpétuos<sup>91</sup> e, segundo alguns, até mesmo imprescritíveis<sup>92</sup>. A redação do art. 45 da atual Lei de Direitos Autorais brasileira induz a essa conclusão, porquanto o Legislador assim dispôs:

---

89 [Nota do original] 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.

90 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Propriedade Industrial: Parte Especial, Tomo XVI, Ed. Borzoi, p. 333-393.

91 Vide ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 335.

92 “Ementa: Danos morais – Indenização – Prescrição prevista no art. 131, da Lei 5.988/73, que se refere a direitos patrimoniais – Hipótese dos autos que diz respeito a danos morais, inseridos entre os direitos personalíssimos – Imprescritibilidade – Embargos Rejeitados.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Embargos Infringentes n. 108.113.4/0-01/SP. Terceira Câmara de Direito Privado.

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.<sup>93</sup>

No entanto, segundo outra doutrina, mesmo os direitos pessoais relativos às criações seriam sujeitos ao perecimento. Lembra Ascensão<sup>94</sup>:

O direito pessoal foi objeto dum empolamento muito grande no seu conteúdo. Esse empolamento permite-lhe atingir a exploração econômica dos direitos, mesmo após alienados a terceiros, em termos de se transformar na prática num segundo direito patrimonial, que o autor conservaria sempre.

No que respeita à duração, levou à defesa da perpetuidade.

A nosso ver, a posição é de todo injustificada.

Assim, o Tribunal de Apelação de Paris deu recentemente razão a um pretendo descendente de Victor Hugo, que se opôs à publicação dum romance que apareceria como a continuação de Os Miseráveis, com fundamento no direito “moral” de autor, que seria perpétuo<sup>95</sup>. (...)

Projetemos então a doutrina francesa para o passado. Virgílio, na Eneida, continuou a Odisséia de Homero. Se esta orientação francesa já vigorasse ao tempo, Virgílio seria um criminoso, quiçá um pirata, por ter violado o direito “moral” de Homero!

Que haja ao menos um pouco de bom senso. Não podemos transformar o Direito Autoral numa arma contra a cultura. A perpetuidade do direito “moral” é uma enormidade.

Na verdade, o pressuposto dos que entendem que os direitos pessoais de autor não estão sujeitos ao domínio público reflete a noção tradicional desta categoria jurídica como oposto ao prazo do direito de exclusividade. E, nesta acepção, suscita a antinomia como os direitos morais em virtude de sua similaridade com os direitos de personalidade. Contudo, a equação é falsa. O real efeito do domínio público é a liberdade de utilização da obra intelectual pelo término da exclusividade legal, de maneira que o exercício do direito pessoal jamais poderia obstaculizar esse efeito. A permanência do respeito ao direito moral atende a interesses diversos, afetos mesmo à preservação do patrimônio cultural.

O problema maior está com os regimes que admitem o domínio público remunerado. Há quem justifique a sistemática, argumentando que mesmo o uso de bens comuns pode ser remunerado<sup>96</sup>. A mesma discussão se suscita com a tendência de proteção das expressões culturais tradicionais e do folclore: pode aquilo que era de livre utilização de todos ficarem sujeito a restrições?

---

93 BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9610.htm>. Acesso em: 19 mai. 2011.

94 ASCENSÃO, José de Oliveira, A questão do domínio público, op. cit..

95 [Nota do Original] Sentença de 31.III.04, publicada na Revue Internationale de Droit d'Auteur (RIDA), 202 (2004), 292.

96 Vide ascensão, José de Oliveira citando MANSO, Eduardo Vieira. op. cit., p. 357.

## O baldio não é isonômico

Tem-se apontado como um dos males dos direitos exclusivos sobre as criações que eles propiciam benefícios desiguais aos agentes econômicos e às pessoas; e favorecem a produção comercial em face da criatividade não determinada pelo retorno econômico direto<sup>97</sup>.

A existência de um espaço de liberdade constante ou crescente, porém, não é um antídoto para tais males, se fossem reais.

Como um espaço de liberdade comum do povo, o baldio não assegura o acesso do povo ao conhecimento e à arte: apenas livra tal acesso de impedimentos jurídicos. Na verdade, em igualdade de condições, o agente econômico mais ativo e capaz aproveitará mais do domínio público do que o comum do povo<sup>98</sup>. A ideia de que o baldio assegura o apoderamento do público à informação, à técnica e à cultura é ilusória – é o “romance do domínio publico”<sup>99</sup>.

Modernamente, a problemática surgiu de modo claro com a distinção entre *software* livre e *software* aberto. A liberdade de utilização dos programas de computador não significa acesso pleno ao código, pois o que circula normalmente é o código objeto, ficando o código fonte em sigilo.

Vale reiterar a advertência que antes se fez:

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. Na verdade, como o coloca uma famosa decisão da Suprema Corte

---

97 “I offer a modification of the standard economic explanation of the effects of intellectual property that sheds light on the effects of enforcing intellectual property rules on the way in which information production is organized. I conclude that increases in the scope of property rights increase production by large-scale commercial organizations that integrate new production with ownership of large existing-information inventories. This increase comes at the expense of smaller producers -- commercial or noncommercial -- and of noncommercial producers generally. Normatively, these effects parallel the effects generally discussed in the critique of media concentration, and pose the same threats to the values of robust political discourse and personal autonomy central to our commitment to the first amendment”. BENKLER, Yochai. *Free As the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=168609>. Acesso em: 12 mai. 2011.

98 “Deixado à liberdade do mercado, o investimento na criação do bem intelectual seria imediatamente dissipado pela liberdade de cópia. As forças livres do mercado fariam com que a competição – e os mais aptos nela – absorvessem imediatamente as inovações e as novas obras intelectual.” BARBOSA, Denis Borges. *As bases constitucionais do sistema de proteção das criações industriais*. In: JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (coord.). *Propriedade Intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal*. São Paulo: Saraiva, 2007. (Série GVlaw). p. 12.

99 “Since Hardin, law and economics scholars have launched a crusade to expose the evil of the commons - the evil, that is, of not propertizing. Progressive legal scholars have responded in kind, exposing the perils of propertization. With the rise of the Information Age, the flashpoint debates about property have moved from land to information. 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”. CHANDER, Anupam; SUNDER, Madhavi. *The Romance of the Public Domain*, California Law Review, v. 92, 2004. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=562301>. Acesso em: 13 mai. 2011.



Americana, o capitalismo seria impossível sem a existência e manutenção de um vigoroso afluxo de criações jorrando no uso comum do povo<sup>100</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. A intervenção do fenômeno Internet representa sem dúvida um apoderamento do domínio público além dos detentores do poder econômico, e não é surpreendente que se montem resistências e recuperações políticas desse instrumento de distributividade da informação.

Desta feita, a construção de um domínio público não é contemplativa ou receptiva; para que um baldio tenha sentido social, é preciso que seja usado como pasto, e semeado, e adubado, de forma solidária e constante, com mais atenção ao valor social do que privado da criação<sup>101</sup>.

Como já se notou, a prática do baldio inclui não apenas as ações necessárias para sustentar o domínio intelectual público, mas também a construção de acesso equânime à informação e ao uso transformativo, a criação de métodos mais eficientes de disseminação livre entre a comunidade local e global<sup>102</sup>.

A inserção de criações técnicas no âmbito da legislação originalmente reservada ao Direito de Autor deixou clara a distinção entre liberdade de utilização e liberdade de

---

100 "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." (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U.S. 141. Relator: J. O'Connor. Washington, D.C. J. em: 21/02/1989. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/IPCoop/89boni1.html>. Acesso em: 25 mai. 2011.)

101 "Porém, o desenvolvimento recente das forças produtivas permitiu a produção e a reprodução dos bens culturais de uma forma não-capitalista. O caso do software livre é paradigmático, pois significa a gênese de uma nova forma de produção da riqueza social, onde o atendimento das necessidades do homem (a sua auto-realização) é o objetivo central. O software livre democratiza a repartição da riqueza de duas maneiras: primeiramente impedindo que grandes conglomerados como a Microsoft se apropriem de uma 'renda do software', que é paga por toda a sociedade quando deseja obter a licença de uso dos programas; além disso, a própria forma-mercadoria é posta em xeque, pois trata-se agora de uma 'forma de produção' de softwares cujo objetivo é a socialização dos resultados alcançados e não a apropriação privada via mercado". MELO NETO, Antônio de Pádua e OLIVEIRA, Thiago Tavares Nunes de. Os limites da propriedade intelectual na fronteira do ciberespaço: uma análise do Software Livre a partir da Economia Política. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/27895/27453>. Acesso em: 13 mai. 2011.

102 "The community of users—the international scholarly community—has grown increasingly aware that its shared resource of scholarly information is at risk. Growing international collaborative research necessitates immediate access and exchange of communication. Groups of scholars and information specialists have begun coordinating strategies to obtain higher joint benefits and to reduce their joint harm. (...) We have described a gravitation of scholars' roles from passive appropriator of information to active provider of information by contributing directly into the common pool. Their multiple goals include not only sustaining the resource (the intellectual public domain) but building equity of information access and provision, and creating more efficient methods of dissemination through informal, shared protocols, standards, and rules among the local and global scholarly community." HESS, Charlotte e OSTROM, Elinor, *Artifacts, Facilities, And Content: Information as a Common-pool Resource*. Disponível em: [http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?66%20Law%20&%20Contemp.%20Probs.%2011%20\(WinterSpring%202003\)+pdf](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?66%20Law%20&%20Contemp.%20Probs.%2011%20(WinterSpring%202003)+pdf). Acesso em: 22 fev. 2011.

acesso. O fim do monopólio legal não assegura necessariamente acesso pleno e livre ao conhecimento.

## Referências

ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ALEHRT, Ivan Bacellar. A Patente Dependente na Nova Legislação, *Revista da ABPI*, n. 9, pp. 48-49, 1993.

ARAÚJO, Fernando. *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: O Problema Econômico do Nível Ótimo de Apropriação*. Coimbra: Almedina, 2008.

ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. Modelos colaborativos em direito autoral. In: GRAU-KUNTZ, Karin e BARBOSA, Denis Borges. *Ensaio sobre o direito imaterial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. A questão do domínio público. In: WACHOWICZ, Marcos e SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Estudos de Direito de Autor e Interesse Público: Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: [http://www.direitoautoral.ufsc.br/arquivos/anais\\_na\\_integra.pdf](http://www.direitoautoral.ufsc.br/arquivos/anais_na_integra.pdf). Acesso em: 22 fev. 2011.

BÁRBARA, Danusia e BARBOSA, Denis Borges. *Revista Littera Rio*, n. 6, p. 38, 1972.

BARBOSA, Denis Borges. Domínio Público e Patrimônio Cultural. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga e WACHOWICZ, Marcos (coord.). *Direito da Propriedade Intelectual*. Curitiba: Juruá, 2006. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/bruno.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2011.

\_\_\_\_\_. As bases constitucionais do sistema de proteção das criações industriais. In: JABUR, Wilson Pinheiro e SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (coord.). *Propriedade Intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal*. São Paulo: Saraiva, 2007. (Série GVlaw).

\_\_\_\_\_. Palestra, *Anais do Seminário Direitos Autorais e Acesso à Cultura*, São Paulo, pp. 92-96, 2008. Disponível em: [http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/08/anais\\_sem\\_direitos\\_autorais\\_acesso\\_cultura\\_sao\\_paulo.pdf](http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/08/anais_sem_direitos_autorais_acesso_cultura_sao_paulo.pdf). Acesso em: 23 fev. 2011.

\_\_\_\_\_. Licenças não-voluntárias. In: WACHOWICZ, Marcos e SANTOS, Manoel J. Pereira dos (org.). *Estudos de direito do autor: a revisão da lei dos direitos autorais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

\_\_\_\_\_. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARBOSA, Denis Borges; BARBOSA, Ana Beatriz Nunes; GRAU-KUNTZ, Karin. *A Propriedade Intelectual na Construção dos Tribunais Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Liberdade de expressão, Internet e signos distintivos, *Revista Eletrônica do IBPI*, n. 3, pp. 8-46, 2010. Disponível em: <http://www.ibpi.org>. Acesso em: 23 mai. 2011.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Aperfeiçoamento e Dependência em Patentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BARROS, João de. *Décadas da Ásia*.

BENKLER, Yochai. Free As the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=168609>. Acesso em: 12 mai. 2011.

\_\_\_\_\_. Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain. Disponível em: [http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?66+Law+&+Contemp.+Probs.+173+\(WinterSpring+2003\)+pdf](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?66+Law+&+Contemp.+Probs.+173+(WinterSpring+2003)+pdf). Acesso em: 22 fev. 2011.

BIRNHACK, Michael D. More or Better? Shaping the Public Domain. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=677301>. Acesso em: 12 mai. 2011.

BOYLE, James. The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain, *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, pp. 33-74, 2003. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=470983>. Acesso em: 22 fev. 2011.

\_\_\_\_\_. Enclosing the Genome: What the Squabbles over Genetic Patents Could Teach Us. Disponível em: <http://www.law.duke.edu/boylesite/low/genome.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2011.

BRASIL. *Decreto n. 1.530, de 22 de junho de 1995*. Disponível em: [http://www2.mre.gov.br/dai/m\\_1530\\_1995.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/m_1530_1995.htm). Acesso em: 19 mai. 2011.

BRASIL. *Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9610.htm>. Acesso em: 19 mai. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 586000267. Primeira Câmara Cível. Relator: Des. Athos Gusmão Carneiro. Porto Alegre. J. em: 10/03/1987. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 18 mai. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 50.960, em 04/05/1976.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Embargos Infringentes n. 108.113.4/0-01/SP. Terceira Câmara de Direito Privado.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível n. 2005.51.01.500712-8. Segunda Turma Especializada. Relator: Des. Fed. André Fontes. Rio de Janeiro. J. em: 28/03/2007. Disponível em: [http://www.trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?proc=2005.51.01.500712-8&andam=1&tipo\\_consulta=1&mov=3](http://www.trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?proc=2005.51.01.500712-8&andam=1&tipo_consulta=1&mov=3). Acesso em: 19 mai. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Embargos Infringentes n. 2000.02.01.007453-0. Primeira Seção Especializada. Relatora: Des. Fed. Liliâne Roriz. Rio de Janeiro. J. em: 30/08/2007. Disponível em: [http://www.trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?proc=2000.02.01.007453-0&andam=1&tipo\\_consulta=1&mov=3](http://www.trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?proc=2000.02.01.007453-0&andam=1&tipo_consulta=1&mov=3). Acesso em: 19 mai. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível n. 2000.02.01.018537-5. Segunda Turma Especializada. Relator: Des. Fed. Vice-

Presidente. Rio de Janeiro. J. em: 26 de agosto de 2008. Disponível em: [http://www.trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?proc=2000.02.01.018537-5&andam=1&tipo\\_consulta=1&mov=3](http://www.trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?proc=2000.02.01.018537-5&andam=1&tipo_consulta=1&mov=3). Acesso em: 16 mai. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação n. 2005.51.01.500503-0. Primeira Turma Especializada. Relator: Des. Fed. Abel Gomes. Rio de Janeiro. J. em: 24/02/2010. Disponível em: [http://trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?proc=2005.51.01.500503-0&andam=1&tipo\\_consulta=1&mov=3](http://trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?proc=2005.51.01.500503-0&andam=1&tipo_consulta=1&mov=3). Acesso em: 17 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 605.738-RJ. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília. J. em: 03/11/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200302058079&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 18 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 56904. Primeira Turma. Relator: Ministro Victor Nunes. Brasília. J. em: 06/12/1965.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 201819/RJ. Segunda Turma. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília. J. em: 11/10/2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>. Acesso em: 20 mai. 2011.

CABRAL, Plínio. As limitações ao direito autoral na Lei n. 9.610, *Revista da ABPI*, n. 37, pp. 3-8, 1998.

CALINI, Clara. The “Anti-Tragedy of the Anticommons”: An Authority Solution to the Tragedies. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=952476>. Acesso em: 12 mai. 2011.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição federal brasileira: comentários*. Rio de Janeiro: Litho-Typographia, 1902.

CHAMAS, Claudia Inês. Proteção Intelectual de Invenções Biotecnológicas, *Cadernos de Estudos Avançados*, Rio de Janeiro, 2005.

CHANDER, Anupam e SUNDER, Madhavi. The Romance of the Public Domain, *California Law Review*, vol. 92, pp. 1331-1373, 2004. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=562301>. Acesso em: 13 mai. 2011.

CHKLOVSKI, Victor. A arte como procedimento. Tradução de Ana Maria Ribeiro Filipouski *et al.* In: TOLEDO, Dionísio (org.). *Teoria da Literatura: formalistas russos*. 1ª ed. Porto Alegre: Globo, 1973.

COHEN, Julie E. Copyright, Commodification, and Culture: Locating the Public Domain. In: GUIBAULT, Lucie e HUGENHOLTZ, P. Bernt. *The Future of the Public Domain: Identifying the Commons in Information Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=663652>. Acesso em: 13 mai. 2011.

CONRAD, Albrecht e NORDEMANN, Jan Bernd. Exceptions to Copyright Protection and the Permitted Uses of Copyright Works in the Hi-Tech and Digital Sectors. 2010. Disponível em: [https://www.aippi.org/download/comitees/216/GR216germany\\_en.pdf](https://www.aippi.org/download/comitees/216/GR216germany_en.pdf). Acesso em: 23 mai. 2011.

DIAS, Maurício Cozer. A proteção de obras musicais caídas em domínio público. In: BRASIL. Ministério da Cultura. *Cadernos de Políticas Culturais: Direito Autoral*. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/caderno-politicas-culturais-direitos-autorais.pdf>. Acesso em 22 fev. 2011.

DINWOODIE, Graeme B. e DREYFUSS, Rochelle Cooper. International Intellectual Property Law and the Public Domain of Science, *Journal of International Economic Law*, vol. 7, n. 2, pp. 431-448, 2004. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1171702>. Acesso em: 13 mai. 2011.

\_\_\_\_\_. WTO Dispute Resolution and the Preservation of the Public Domain of Science under International Law. In: MASKUS, Keith E. e REICHMAN, Jerome H (org.). *International public goods and transfer of technology under a globalized intellectual property regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=699501>. Acesso em: 13 mai. 2011.

\_\_\_\_\_. Patenting Science: Protecting the Domain of Accessible Knowledge. In: GUIBAULT, Lucie e HUGENHOLTZ, P. Bernt. *The Future of the Public Domain: Identifying the Commons in Information Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=698321>. Acesso em: 13 mai. 2011.

DUSOLLIER, Séverine. Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain. WIPO Document CDIP/4/3/REV./STUDY/INF/1. 2010. Disponível em: [http://www.wipo.int/meetings/en/doc\\_details.jsp?doc\\_id=147012](http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=147012). Acesso em: 20 mai. 2011.

ECO, Umberto. *O Nome da Rosa*. Lisboa: Difel, 2004.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U.S. 141. Relator: J. O'Connor. Washington, D.C. J. em: 21/02/1989. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/IPCoop/89boni1.html>. Acesso em: 25 mai. 2011.

HALL, Bronwyn H. e GAMBARDELLA, Alfonso. Proprietary vs. Public Domain Licensing of Software and Research Products. 2005. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=667162>. Acesso em: 13 mai. 2011.

HARDIN, Garret. The Tragedy of the Commons. 1968. Disponível em: <http://dieoff.org/page95.htm>. Acesso em: 10 jan. 2007.

HEALD, Paul J. Property Rights and the Efficient Exploitation of Copyrighted Works: An Empirical Analysis of Public Domain and Copyrighted Fiction Best Sellers. 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=955954>. Acesso em: 13 mai. 2011.

HESS, Charlotte e OSTROM, Elinor. Ideas, Artifacts, and Facilities: Information as a Common-pool Resource. Disponível em: [http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?66%20Law%20&%20Contemp.%20Probs.%2011%20\(WinterSpring%202003\)+pdf](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?66%20Law%20&%20Contemp.%20Probs.%2011%20(WinterSpring%202003)+pdf). Acesso em: 22 fev. 2011.

JESSEN, Henry. *Derechos Intelectuales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

KIRSHENBAUM, Sheril. Fishing on the High Seas. Disponível em: <http://blogs.discovermagazine.com/intersection/2010/01/29/fishing-on-the-high-seas>. Acesso em: 22 fev. 2011.

LACROIX, Jean. *Marxisme, existentialisme, personnalisme*. Paris: PUF, 1992.

LANGE, David e ANDERSON, Jennifer Lange. Copyright, Fair Use and Transformative Critical Appropriation. Disponível em: <http://www.law.duke.edu/pd/papers/langeand.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2011.

LANGE, David. Recognizing the public domain, *Law & Contemporary Problems*, vol. 44, n. 4, pp. 147-178, 1981. Disponível em: [http://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/824/](http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/824/). Acesso em: 22 fev. 2011.

\_\_\_\_\_. At Play in the Fields of the Word: Copyright and the Construction of Authorship in the Post-Literate Millennium, *Law & Contemporary Problems*, vol. 55, n. 2, pp. 139-151, 1992.

LINARELLI, John. TRIPS, Biotechnology and the Public Domain: What Role Will World Trade Law Play? In: CARDWELL, Michael N.; GROSSMAN, Margaret R.; RODGERS, Christopher P. (org.). *Agriculture and international trade: law, policy and the WTO*, Cambridge: CABI, 2003. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=393180>. Acesso em: 13 mai. 2011.

LITMAN, Jessica. The public domain, *Emory Law Journal*, vol. 39, pp. 956-1024, 1990. Disponível em: [http://www.law.duke.edu/pd/papers/litman\\_background.pdf](http://www.law.duke.edu/pd/papers/litman_background.pdf). Acesso em: 22 fev. 2011.

MACAULAY, Thomas. Speech Before the House of Commons (Feb. 5, 1841). In: *The Works of Lord Macaulay*. Vol. 8. Ed. por Lady Trevelyan. Londres: Longmans, Green and Co., 1906.

MELO NETO, Antônio de Pádua e OLIVEIRA, Thiago Tavares Nunes de. Os limites da propriedade intelectual na fronteira do ciberespaço: uma análise do Software Livre a partir da Economia Política. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/27895/27453>. Acesso em: 13 mai. 2011.

MERGES, Robert P. A New Dynamism in the Public Domain, *University of Chicago Law Review*, vol. 71, pp. 183-203, 2004. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=558751>. Acesso em: 13 mai. 2011.

MILLER, Frederic P. *Domaine Public*. Alphascript Publishing, 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. § 1.413. Rio de Janeiro: Borsoi.

MODY, Ashoka. New Environment for Intellectual Property. In: RUSHING, Francis W. e BROWN, Carole Ganz. *Intellectual Property Rights in Science, Technology, and Economic Performance: International Comparisons*. Boulder: Westview Press, 1990.

MOTTA, Márcia Maria Menendes. Sesmarias: uma História Luso-Brasileira (Séculos XVIII/XIX). Disponível em: [http://cvc.instituto-camoes.pt/eaar/coloquio/comunicacoes/marcia\\_maria\\_menendes\\_motta.pdf](http://cvc.instituto-camoes.pt/eaar/coloquio/comunicacoes/marcia_maria_menendes_motta.pdf). Acesso em 20 mai. 2011.

NADEL, Mark S. How Current Copyright Law Discourages Creative Output: The Overlooked Impact of Marketing, *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 19, pp. 785-856, 2004. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=489762>. Acesso em: 13 mai. 2011.

NAKAMURA, Leonard I. Intangible Assets And National Income Accounting, *Review of Income and Wealth*, vol. 56, pp. 135-155, 2010. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1475-4991.2010.00390.x/full>. Acesso em: 13 mai. 2011.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL – Computer Science and Telecommunications Board. *The Digital Dilemma: Intellectual Property in the Information Age*. Washington, D.C.: National Academy Press, 2000.

NEGATIVLAND. Two relationships to a cultural public domain. Disponível em: [http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?66+Law+&+Contemp.+Probs.+239+\(WinterSpring+2003\)+pdf](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?66+Law+&+Contemp.+Probs.+239+(WinterSpring+2003)+pdf). Acesso em: 22 fev. 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 1966. Disponível em: [http://www2.mre.gov.br/dai/m\\_591\\_1992.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/m_591_1992.htm). Acesso em: 20 mai. 2011.

ORTELLADO, Pablo. The Brazilian Model for Free Access. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.108.28&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 22 fev. 2011.

ORTLAND, Eberhard e SCHMÜCKER, Reinold. Copyright & Art. Disponível em: [http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol06No12/PDF\\_Vol\\_06\\_No\\_12\\_1762-1776\\_Articles\\_Ortland.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol06No12/PDF_Vol_06_No_12_1762-1776_Articles_Ortland.pdf). Acesso em: 26 fev. 2011.

POLLACK, Malla. The Democratic Public Domain: Reconnecting the Modern First Amendment and the Original Progress Clause (a.k.a. Copyright and Patent Clause), *Jurimetrics*, vol. 45, pp. 23-40, 2004-2005. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=533523>. Acesso em: 13 mai. 2011.

POLLOCK, Rufus. The Value of the Public Domain. 2006. Disponível em: [http://www.epsiplus.org/content/download/2890/30550/file/value\\_of\\_public\\_domain.pdf](http://www.epsiplus.org/content/download/2890/30550/file/value_of_public_domain.pdf). Acesso em: 13 mai. 2011.

POSNER, Eric A. e SYKES, Alan O. Economic Foundations of the Law of the Sea, *The American Journal of International Law*, vol. 104, n. 4, pp. 569-596, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1524274>. Acesso em: 19 mai. 2011.

RAJAN, Mira T. Sundara. Moral Rights in the Public Domain: Copyright Matters In The Works Of Indian National Poet C Subramania Bharati, *Singapore Journal of Legal Studies*, pp. 161-195, 2001. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=427386>. Acesso em: 16 mai. 2011.

REICHMAN, Jerome H. Charting the Collapse of the Patent-Copyright Dichotomy: Premises for a Restructured International Intellectual Property System, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 13, pp. 475-520, 1995.

\_\_\_\_\_. Intellectual property in the twenty-first century: will the developing countries lead or follow?, *Houston Law Review*, vol. 46, pp. 1115-1185, 2009. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1589528](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1589528). Acesso em: 23 mai. 2011.

REICHMAN, Jerome H. e MASKUS, Keith E. Introduction: Mini-Symposium: International Public Goods and the Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime, *Journal of International Economic Law*, vol. 7, n. 2, pp. 275-278, 2004.

\_\_\_\_\_. The Globalization of Private Knowledge Goods and the Privatization of Global Public Goods, *Journal of International Economic Law*, vol. 7, n. 2, pp. 279-320, 2004.

REICHMAN, Jerome H. e UHLIR, Paul F. Promoting Public Good Uses of Scientific Data: A Contractually Reconstructed Commons for Science and Innovation. Disponível em: <http://www.law.duke.edu/pd/papers/reichmananduhilir.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2011.

RIMMER, Matthew. The Dead Poets Society: The Copyright Term and the Public Domain. 2003. Disponível em: [http://works.bepress.com/matthew\\_rimmer/28](http://works.bepress.com/matthew_rimmer/28). Acesso em: 13 mai. 2011.

RUGGIE, John Gerard. Reconstituting the Global Public Domain: Issues, Actors and Practices. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=571825>. Acesso em: 13 mai. 2011.

SALGUES, Bruno. Evaluation Économique des Droits de la Propriété Intellectuelle. In: SANSON-HERMITTE, Marie-Angèle (org.). *Le Droit du Génie Génétique Végétal: Macro-économie, Micro-économie, Sociétés de Capital-risque, Brevet, Droit d'Obtention Végétale*. Paris: Librairies Techniques, 1987.

SAMUELSON, Pamela. Challenges in Mapping the Public Domain. In: GUIBAULT, Lucie e HUGENHOLTZ, P. Bernt. *The Future of the Public Domain: Identifying the Commons in Information Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=756484>. Acesso em: 16 mai. 2011.

\_\_\_\_\_. Digital Information, Digital Networks, and The Public Domain. Disponível em <http://www.law.duke.edu/pd/papers/samuelson.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2011.

SANTOS, Manuel J. Pereira. Princípios Constitucionais e Propriedade Intelectual - o Regime Constitucional do Direito Autoral. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coord.). *Direito da Propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006. Disponível em: [http://www.unisinos.br/publicacoes\\_cientificas/images/stories/pdf\\_estjuridicos/v39n1/art04\\_santos.pdf](http://www.unisinos.br/publicacoes_cientificas/images/stories/pdf_estjuridicos/v39n1/art04_santos.pdf). Acesso em: 16 mai. 2011.

\_\_\_\_\_. Direito de Autor e Liberdade de Expressão. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). *Direito de Autor e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1991.

SOUZA, Allan Rocha de. *Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

VASCONCELOS, Claudio Lins de. *Mídia e Propriedade Intelectual: A Crônica de um Modelo em Transformação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WALTER, Hans Peter, *Compulsory Licences in Respect of Dependent Patents Under the Law of Switzerland and Other European States*, 1990.

WILBANKS, John e BOYLE, James. Introduction to science commons (2006). Disponível em: [http://sciencecommons.org/wpcontent/uploads/ScienceCommons\\_Concept\\_Paper.pdf](http://sciencecommons.org/wpcontent/uploads/ScienceCommons_Concept_Paper.pdf). Acesso em: 23 fev. 2011.

ZIMMERMAN, Diane Leenheer. Is There a Right to Have Something to Say? One View of the Public Domain, *Fordham Law Review*, vol. 73, pp. 297-376, 2004. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=491642>. Acesso em: 16 mai. 2011.