

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A proteção positiva do domínio público**  
**Positive protection of the public domain**

Maria Edelvacy Pinto Marinho

**VOLUME 7 • Nº 2 • AGO • 2017**  
**REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA**

# Sumário

<b>I. DOSSIÊ TEMÁTICO .....</b>	<b>13</b>
<b>METODOLOGIA DO DIREITO, TEORIAS DA POSSE E A POSSE NA NOVA LEI DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA .....</b>	<b>15</b>
Helton Junio Da Silva, Raphael Frattari Bonito e Renata Aparecida de Oliveira Dias	
<b>A PROTEÇÃO POSITIVA DO DOMÍNIO PÚBLICO .....</b>	<b>33</b>
Maria Edelvacy Pinto Marinho	
<b>A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA E RURAL: NECESSIDADE DE MARCOS TEÓRICOS E DE POLÍTICAS PÚBLICAS DISTINTOS .....</b>	<b>42</b>
Émilien Vilas Boas Reis e Márcio Luís de Oliveira	
<b>PERSPECTIVAS SOBRE A RELAÇÃO URBANO-RURAL: REPERCUSSÕES JURÍDICAS NO IMÓVEL AGRÁRIO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N. 13.465/2017 .....</b>	<b>55</b>
Luana Nunes Bandeira Alves e Luly Rodrigues da Cunha Fischer	
<b>A FUNÇÃO URBANÍSTICA DO REGISTRO DE IMÓVEIS NA INSCRIÇÃO DE CONSTRUÇÕES .....</b>	<b>81</b>
Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Fernanda Loures de Oliveira	
<b>DIREITOS DE PROPRIEDADE E INSTRUMENTOS ECONÔMICOS DE REGULAÇÃO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE DAS ATRIBUIÇÕES IMPLÍCITAS .....</b>	<b>98</b>
Laura Meneghel dos Santos, Antônio José Maristrello Porto e Rômulo Silveira da Rocha Sampaio	
<b>ASPECTOS URBANÍSTICOS, CIVIS E REGISTRAIS DO DIREITO REAL DE LAJE .....</b>	<b>122</b>
Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Fernanda Loures de Oliveira	
<b>INTERAÇÃO ENTRE A ACESSIBILIDADE URBANÍSTICA E O DIREITO À CIDADE: POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA .....</b>	<b>148</b>
Daniella Maria dos Santos Dias, Domingos do Nascimento Nonato e Raimundo Wilson Gama Raiol	

**LONGEVIDADE E CIDADE: DO DANO URBANÍSTICO À GARANTIA DO DIREITO À MORADIA ADEQUADA PARA IDOSOS DE BAIXA RENDA..... 169**

Luzia Cristina Antoniossi Monteiro, Nayara Mendes Silva e Vania Aparecida Gurian Varoto

**REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E POLÍTICA AMBIENTAL: INCONGRUÊNCIAS DO CADASTRO AMBIENTAL RURAL NO ESTADO DO PARÁ ..... 188**

Lise Tupiassu, Jean-Raphael Gros-Desormaux e Gisleno Augusto Costa da Cruz

**A REGULARIZAÇÃO DO PARCELAMENTO DO SOLO DE LOTEAMENTOS PÚBLICOS: UM ESTUDO BASEADO NO PROJETO DO LOTEAMENTO DE INTERESSE SOCIAL VILA BETINHO EM CHAPECÓ/ SC.....204**

Reginaldo Pereira e Karen Bissani

**REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA – NOVA LEI – VELHAS PRÁTICAS: CASO DE ARAGUAÍNA – AMAZÔNIA LEGAL ..... 216**

João Aparecido Bazolli, Olívia Campos Maia Pereirae e Mariela Cristina Ayres Oliveira

**REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE COMUNIDADES QUILOMBOLAS EM MATO GROSSO DO SUL/BRASIL .....232**

Antonio Hilario Aguilera Urquiza e Lourival dos Santos

**POLÍTICAS PÚBLICAS E ESCOLHA RACIONAL: O CASO DO CENTRO URBANO DE CULTURA, ARTE, CIÊNCIA E ESPORTE DE FORTALEZA, ESTADO DO CEARÁ .....249**

Mariana Dionísio de Andrade e Rodrigo Ferraz de Castro Remígio

**O ACESSO À ÁGUA POTÁVEL COMO PARCELA DO MÍNIMO EXISTENCIAL: REFLEXÕES SOBRE A INTERRUPTÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POR INADIMPLEMENTO DO USUÁRIO .....266**

Augusto César Leite de Resende

**II. OUTROS TEMAS .....284**

**ACERCA DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA UNIFORMIDADE DAS DECISÕES A PARTIR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À LUZ DO MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO BRASILEIRO .....286**

Cintia Garabini Lages e Lúcio Antônio Chamon Junior

**O IMPACTO DO FEDERALISMO SANITÁRIO BRASILEIRO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE ...303**

Renato Braz Mehanna Khamis e Ivan Ricardo Garisio Sartori

**A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: DA INSIGNIFICÂNCIA JURÍDICA E SOCIAL AO RECONHECIMENTO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS..... 314**

Renata Mantovani de Lima, Leonardo Macedo Poli e Fernanda São José

**A INTERVENÇÃO DIRETA E INDIRETA NA ATIVIDADE ECONÔMICA EM FACE DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA ..... 331**

Antônio Francisco Frota Neves e Hector Valverde Santana

**CONFLITOS AGRÁRIOS: DESOBEDIÊNCIA CIVIL OU CRIME?.....350**

Edilene Lôbo e Paulo Henrique de Oliveira Brant

**O PODER POLÍTICO E A MÍDIA DE MASSA: A PERSPECTIVA DA FISCALIZAÇÃO DE CONCESSÕES E OUTORGAS DE RADIODIFUSÃO NO BRASIL.....369**

Bruno Mello Correa de Barros e Rafael Santos de Oliveira

**OS IMIGRANTES NO BRASIL, SUA VULNERABILIDADE E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE .....385**

Leda Maria Messias da Silva e Sarah Somensi Lima

### RESUMO

A expansão da proteção dos bens intelectuais não se dirige, apenas, à natureza do objeto passível de proteção, mas também aos direitos de exploração concedidos aos seus titulares. O artigo analisa, a partir dos instrumentos jurídicos internacionais, o espaço destinado à proteção do domínio público. Parte-se do pressuposto de que um ambiente favorável ao desenvolvimento da inovação consiste na busca do equilíbrio entre proteção e acesso aos bens intelectuais. O exame realizado nesse artigo é feito tendo como referência o direito de patentes e com base em pesquisa documental e bibliográfica. Conclui-se que o foco demasiado na proteção dos bens intelectuais das últimas décadas tem alterado o equilíbrio necessário para o estímulo a inovação e que é necessário discutir mecanismos eficientes de proteção positiva do domínio público e não apenas a proteção por exclusão do sistema de patentes, como tem sido feito até então.

**Palavras-chaves:** Propriedade intelectual. Domínio público. Proteção positiva. TRIPS.

### ABSTRACT

The expansion of the protection of intellectual property is not only directed towards the nature of the object to be protected, but also to the exploitation rights granted to its owners. This paper article analyzes, from international legal instruments, the space destined to the protection of the public domain. It is assumed that an environment favorable for the development of innovation comprises the search for a balance between protection and access to intellectual property. The examination carried out herein is performed with reference to patent law and based on a documental and bibliographic research. It is concluded that too much focus on intellectual property protection in recent decades has altered the balance needed to stimulate innovation, and that it is necessary to discuss efficient mechanisms of positive public domain protection, and not only protection by exclusion from the patent system, as has been done so far.

**Key-words:** Intellectual property. Public domain. Positive protection. TRIPS.

\* Recebido em 29/06/2017

Aprovado em 25/07/2017

\*\* Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília e Professora de direito da universidade Presbiteriana Mackenzie, Doutora em direito pela Universidade Paris 1- Panthéon Sorbonne, Advogada. Contato: mariaedelvacy@gmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

Os direitos de propriedade intelectual são objeto de uma forte expansão nas últimas décadas. No campo das patentes, reconheceu-se a proteção para inovações dos setores biotecnológico e software. Novas formas de propriedade intelectual foram criadas para proteger bancos de dados e a topografia de circuitos integrados. Os direitos autorais têm ampliado as plataformas por meio das quais as obras devem ser protegidas e restringidas as possibilidades de uso autorizado por aqueles que adquirem a obra. A exclusividade do uso dos dados apresentados como condição para entrada de medicamento do mercado via sistema de propriedade intelectual põe em dúvida seu real objetivo: se a função é proteger a obra/invento ou o investimento para seu desenvolvimento.

No âmbito nacional, observam-se duas estratégias, uma pautada no reconhecimento desses novos direitos e outra centrada no encorajamento da utilização dos direitos de propriedade intelectual entre os produtores conhecimento científico. Foi o caso do Bay-Dole Act nos EUA, criado para incentivar o uso de patentes nas universidades<sup>1</sup>, e do Brasil com as leis 10.973/2004 (lei de incentivo à inovação) e marco legal da ciência e tecnologia, lei 13.243/2016.

Como resultado, muito se tem dito sobre os efeitos negativos da expansão da apropriação dos bens intelectuais. Entre eles, o fenômeno da “*tragédia dos anticommons*”<sup>2</sup>, segundo a qual o excesso de direitos exclusivos gera a subutilização do conhecimento protegido. Em direitos de patente, essa questão tem sido estudada principalmente em relação às patentes na área biotecnológica<sup>3</sup>. Trata-se de um setor caracterizado por pedidos de reivindicações redigidos de maneira ampla, dirigidos a um objeto cujo potencial ainda não é conhecido pela comunidade científica. Em áreas novas, há o risco de se conceder patentes cuja amplitude venha frear o interesse e a pesquisa de outros investidores e acadêmicos. Outro setor atingido com o excesso de patentes é a indústria eletrônica. Em ambos os casos, a necessidade de coordenação entre os vários direitos de propriedade intelectual pré-existentes relativos a um mesmo objeto dificulta seu desenvolvimento. O excesso de direitos exclusivos pode constituir um obstáculo para a promoção da inovação. Sendo esta uma função que confere legitimidade à lei de patentes, não é de estranhar que o modelo jurídico, atualmente aplicado às patentes, esteja sujeito a questionamentos.

O objetivo desse artigo é analisar, a partir do sistema jurídico internacional de propriedade intelectual, o quanto este reforça ou dificulta a livre circulação de conhecimentos técnicos e científicos por não reconhecer diretamente a necessidade de proteção dos bens intelectuais integrantes do domínio público. O artigo foi dividido em dois tópicos: a relação entre propriedade intelectual e domínio público e a proteção do domínio público como meio de assegurar o equilíbrio entre proteção e acesso.

## 2. A RELAÇÃO ENTRE PROPRIEDADE INTELECTUAL E DOMÍNIO PÚBLICO.

Em conjunto, o domínio público e do direito de patentes foram imaginados como um sistema de duas faces e em dois tempos que agiriam como mecanismo de incentivo à produção e acesso à inovação. O direito

1 EUA. University and Small Business Patent Procedures Act (*Bay-Dole Act*), 35 U.S.C §200.

2 Esse termo foi introduzido por Michael Heller no artigo “The tragedy of anticommons: property in the transition from Marx to Markets”, a fim de estabelecer um contraponto com o fenômeno descrito por Garrett Hardin em seu artigo “the tragedy on the commons”, no qual ele aprofunda a ideia de que o livre acesso e a demanda ilimitada a recurso finito, provoca a degradação desse recurso pela exploração excessiva e defende como uma solução possível a restrição acesso, que muitos interpretaram como uma proibição de apropriação. Veja mais sobre: HELLER, M. A. “The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets”. *Harvard Law Review*, v. 111, p. 621-688, 1998 e HARDIN, G. “The Tragedy of the Commons”. *Science*, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, Dec. 1968.

3 HELLER, M. A; EISENBERG, R. S “Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research”. *Science*, v. 280, 1998. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=121288>>.

de propriedade intelectual seria uma proteção temporária para determinados tipos de produtos intelectuais que, graças ao incentivo dado pela exclusividade de sua exploração, garantiria a produção de novos conhecimentos. O domínio público asseguraria o fornecimento de informações em livre acesso, de modo que as empresas, universidades e particulares pudessem desenvolver novos inventos/obras a partir daqueles gerados em função do incentivo da exclusividade.

O sistema de proteção aos inventos é composto de dois acordos que versam, diretamente, sobre a matéria patenteável e que tem impactos no domínio público. A Convenção União de Paris e o Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (conhecido por sua sigla em inglês, TRIPS). Cada Acordo é gerenciado por uma organização internacional diferente. A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) administra a Convenção União de Paris. Trata-se de uma organização integrante das Nações Unidas e que declara ter por objetivo “liderar o desenvolvimento de um sistema internacional de propriedade intelectual equilibrado e eficaz que permita a inovação e a criatividade para o benefício de todos.”<sup>4</sup> A convenção União de Paris foi criada em 1883 e já foi objeto de seis revisões<sup>5</sup>. O texto da Convenção de Paris de 1883 foi ratificado por 174 Estados e a última revisão de Estocolmo por 194 Estados. O Acordo TRIPS é administrado pela Organização Mundial do Comércio (OMC) e passou a integrar o conjunto de acordos constitutivos da organização, a partir da última rodada de negociações. O ingresso tardio se deveu ao fracasso na negociação de um acordo que garantisse uma maior proteção aos direitos dos titulares de propriedade intelectual na OMPI. Por ser um acordo constitutivo, todos os integrantes da OMC devem ratificar o TRIPS como condição para seu ingresso. A OMC conta com 164 Estados-membros.

O sistema internacional de propriedade intelectual é pautado, entre outros, pelos princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida. Como consequência desse último, os acordos firmados entre os Estados-membros bilateralmente devem permitir que os direitos, ali concedidos entre as partes, sejam estendidos para os demais Estados membros do TRIPS. E o tratamento (direitos e deveres) acordado aos nacionais daqueles países deve ser aplicado, também, aos demais nacionais dos países integrantes do TRIPS.

A Convenção de Paris e suas posteriores revisões não tratam, diretamente, do domínio público. Permite aos Estados-membros um espaço amplo de definição do que seria a matéria patenteável, sendo possível a exclusão de setores da proteção e a inclusão no domínio público de objetos protegidos por patente, caso o titular do direito não o produza o invento no país que concedeu o título.

A análise preliminar do Acordo TRIPS para a proteção do domínio público sugere que o Acordo permitiu a expansão da matéria patenteável e a expansão da proteção territorial. O TRIPS aborda, apenas, uma vez, diretamente, a questão do domínio público no artigo 70. 3: “Não haverá obrigação de restabelecer proteção da matéria, que, na data de aplicação desse Acordo para o Membro em questão, tenha caído no domínio público.” Esse artigo reconheceu que as invenções que já integrassem o domínio público dos Estados-membros poderiam assim permanecer. Trata-se de uma regra de transição, uma cláusula que visa garantir àqueles que já faziam uso de uma obra ou invento protegido em outros países, mas que não contavam com a proteção naquele país, a continuidade de sua exploração. É uma regra que reconhece direitos adquiridos. Tem por função garantir a segurança jurídica, a estabilidade das relações contratuais realizadas na vigência das normas anteriores que não previam a proteção para aqueles bens.

Constata-se que, exceto essa referência direta no artigo 70.3, o Acordo TRIPS estabeleceu uma proteção residual ao domínio público. Em outras palavras, é a partir das definições de condições de patenteabilidade e da matéria de patenteável, dos direitos e obrigações dos titulares, que o Acordo TRIPS define, indiretamente, o conteúdo de domínio público. Trata-se de uma técnica de redação comum na área de patentes. O que deveria significar que a regra é o acesso e a exceção é o uso de direitos exclusivos.

4 OMPI. *What is Wipo?* Disponível em: <<http://www.wipo.int/about-wipo/en/>>

5 A CUP foi revisada em Bruxelas em 1900, Washington em 1911, Haia em 1925, Londres em 1934, Lisboa em 1958 e Estocolmo em 1967, e esta versão foi modificada em 1979.

Séverine Dusollier identifica quatro subdomínios definidores indiretos do domínio público nas legislações nacionais e nos tratados sobre patentes: ontológico, temporal, regulamentar e consentido.<sup>6</sup>

O domínio público “ontológico” envolve inovações que, por natureza, não podem ser capazes de apropriação, pois não cumprem os requisitos de patenteabilidade. Se a proteção dos direitos de propriedade intelectual conforme definidos no TRIPS “deve contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico”, nada mais lógico que o legislador tenha excluído do âmbito da patenteabilidade “invenções”, que impeçam a circulação do conhecimento e, conseqüentemente, o desenvolvimento de outras “invenções”. Daí a necessidade de cumprir as condições de patenteabilidade. Essa ideia de domínio público ontológica é alvo de críticas.

A definição de matéria patenteável depende dos valores de cada sociedade em um dado momento e não há relação necessária com a natureza do objeto. É mais uma questão política que ontológica. A proteção dos métodos cirúrgicos e de negócios são passíveis de proteção em determinados sistemas, a exemplo do americano, e excluída do rol de proteção de outros, como é o caso da lei brasileira.

Nas legislações de tradição romano-germânica, é comum a descrição de objetos não suscetíveis de proteção pelo direito de patentes. Este é o caso das teorias científicas, princípios, métodos matemáticos e ideais abstratas. Em tese, esses objetos nem sequer exigiriam exclusão explícita, dado o fato de que eles não cumprem os critérios de patenteabilidade devido sua natureza abstrata.<sup>7</sup> O objetivo dessa exclusão explícita da lei é destacar a necessidade de livre acesso aos instrumentos de desenvolvimento da pesquisa de base<sup>8</sup>, bem como a relação concreta que deve existir entre a invenção e sua exploração exclusiva.

No que concerne ao critério temporal, sabe-se que por atribuir direitos exclusivos por um período pré-definido de tempo, o direito de patentes estabelece um prazo para que o invento integre o domínio público. Esse período de vigência da patente já se encontra harmonizado via tratado. O período mínimo de proteção é de vinte anos contados da data de depósito do pedido.<sup>9</sup> Passada a duração de exclusividade acordada por lei, a invenção “cai em domínio público”.

No entanto, a precisão do método temporal na definição do domínio público foi relativizada em razão da possibilidade concedida por algumas legislações em prolongar o período de exclusividade. Uma dessas possibilidades de prolongação da exclusividade está atrelada aos pedidos de autorização para ingresso de um novo medicamento no mercado. O período pode variar entre cinco anos, como a legislação americana, e dez anos, a exemplo da legislação europeia. A extensão do prazo de exclusividade interfere no ingresso de medicamentos genéricos no mercado, reduzindo, por conseguinte, o acesso da população a medicamentos mais baratos.

Séverine Dusollier chama de domínio público regulamentar as exceções previstas no artigo 27.3 do Acordo TRIPS, ou seja, as áreas em que os Estados-Membros podem excluir da patenteabilidade: seja porque não se deseja encorajar o desenvolvimento da invenção em um determinado campo, seja porque as invenções não deveriam ser susceptíveis de apropriação. No primeiro caso, têm-se como exemplos as invenções prejudiciais para a saúde ou para o ambiente; no segundo, métodos cirúrgicos e terapêuticos.

A exclusão da patenteabilidade em caso de contrariedade à ordem pública e a moralidade é justificada pela falta de interesse por parte do Estado em incentivar esse tipo de invenção.<sup>10</sup> Este seria o caso das inven-

6 DUSOLLIER, S. « Le domaine public en droit d'auteur et en droit des brevets ». In : MIREILLE BUYDENS, Séverine Dusollier. (Dir.). *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*. Bruxelles: Bruylant, 2008. p. 136

7 AZEMA, J.; GALLOUX, J.-Ch. *Droit de la propriété industrielle*. Paris : Dalloz, 2006. p. 109.

8 SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE. *Droit de la Propriété industrielle*. Paris: Litec, 2007. p. 38.

9 OMC, TRIPS, artigo 33.

10 DUSOLLIER, S. « Le domaine public en droit d'auteur et en droit des brevets ». In : MIREILLE BUYDENS, Séverine Dusollier. (Dir.). *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*. Bruxelles: Bruylant, 2008. p. 130.

ções que tem por objeto a clonagem humana.

A partir do fundamento da utilidade, o legislador mantém a validade do título de patente condicionado ao pagamento de uma retribuição anual ao escritório de patentes que defiriu o pedido. Não havendo o pagamento, presume-se que o titular não teria mais interesse em manter a exclusividade na exploração do invento e este poderia integrar o domínio público.

Esse seria o caso do domínio público consentido . Ele “inclui as invenções para as quais foram solicitadas patentes ou para os quais as patentes não tenham sido mantidas notadamente pela falta de pagamento das taxas exigidas.”

No contexto internacional, o domínio público consentido é o resultado da aplicação do princípio da territorialidade e independência da lei de patentes. A patente é concedida por cada país e sua aplicação é limitada ao seu próprio território. Os tratados existentes contem mecanismos que facilitam a apresentação de pedidos de patentes em vários países simultaneamente. É o caso da regra da prioridade, que concede ao titular do pedido o reconhecimento da primeira data de apresentação deste como uma referência para a identificação do requisito da novidade em outros escritórios de patentes. Outro mecanismo relevante consiste na possibilidade de realizar o depósito até um ano depois da solicitação do primeiro pedido sem que haja a perda do cumprimento do requisito da novidade.

É possível que o titular mantenha válido o título em um país e não renove em outros. No país onde o título não foi renovado, se permite a exploração do invento livremente. Do mesmo modo, o titular da patente que não tenha mostrado interesse em buscar sua proteção em outros países, permite aos interessados nesses países a exploração livre desse invento no seus territórios. Pode, por conseguinte, coexistir países em que o objeto da patente esteja protegido e outros em que ele se encontre em domínio público.

O tratamento dado ao domínio público nos tratados é feito de maneira residual, indireta. Essa aferição é feita a partir de três critérios: campos de proteção, duração da exclusividade e interesse do titular na manutenção da exclusividade.

### **3. A PROTEÇÃO DO DOMÍNIO PÚBLICO COMO MEIO DE ASSEGURAR O EQUILÍBRIO ENTRE PROTEÇÃO E ACESSO.**

Há quem defenda que o tratamento por exclusão dado ao domínio público o torne incapaz de responder a expansão dos objetos patenteáveis e ao aumento dos direitos acordados aos titulares da patente<sup>11</sup>. Isto provocaria um desequilíbrio entre a proteção de invenções patenteadas e a preservação de um espaço para a produção e acesso à inovação, o que finalmente representaria um obstáculo a concretização do direito de patentes em si.

Sugere-se que o domínio público seja tratado não mais a partir da lógica residual dos direitos de patente, mas de acordo com uma lógica de proteção positiva que lhe seja própria. A partir da lógica atual, o domínio público tem sido tratado como um depósito de invenções e inovações que não têm a capacidade ou não podem ser protegidas por patentes, em vez de ser entendido como um conjunto de conhecimentos que devem permanecer em modo de livre acesso e uso da sociedade. A existência de um espaço de livre acesso garantiria a função do domínio público de estímulo à inovação. Espaço esse preenchido por bens insuscetíveis de apropriação ou por já terem esgotado o período em que deveriam ser mantidos em modo de uso exclusivo do titular.

11 É o caso de Séverine Dusoulier no artigo « Le domaine public en droit d’auteur et en droit des brevets ». DUSOLLIER, S. « Le domaine public en droit d’auteur et en droit des brevets ». In : MIREILLE BUYDENS, Séverine Dusollier. (Dir.). *L’intérêt général et l’accès à l’information en propriété intellectuelle*. Bruxelles: Bruylant, 2008. p. 122.

É nessa perspectiva de complementaridade que se insere a proteção positiva do domínio público. O modelo atual foi pensado para um mercado baseado na inovação, em que as empresas poderiam cumprir o papel de protetor do domínio público porque sua proteção favoreceria seus próprios interesses. Ao questionar a nulidade de uma patente por falta de novidade, ou atividade inventiva, as empresas poderiam explorar o produto apresentado pela concorrente. Entretanto, os custos com o processo, as incertezas e o risco de os concorrentes fazerem o mesmo tem levado a uma proteção do domínio público muito aquém do potencial imaginado. Se a proteção da propriedade intelectual vem a resolver uma falha do mercado em estimular a inovação e coibir a ação de *free riders*, a proteção positiva do domínio público pelo mercado tem se revelado falha e, também, necessita da intervenção estatal para corrigi-la.

De fato, tal correção começa pela melhoria da qualidade do exame realizado pelos escritórios de patentes. Observa-se um aumento dos pedidos depositados que tem sido acompanhado do respectivo aumento da estrutura e mecanismos de exame.

No espaço internacional, algumas iniciativas nesse sentido podem ser mencionadas e, entre eles, a Agenda de Desenvolvimento adotada pela OMPI em 2007<sup>12</sup>. O grupo B da agenda reagrupa as recomendações destinadas “ao estabelecimento de normas, flexibilidades, políticas públicas e domínio público”. No parágrafo 16, se recomenda que se leve em consideração “a preservação do domínio público na elaboração de normas da OMPI “e que se aprofunde “a análise das consequências e vantagens de um domínio público rico e acessível.”

O parágrafo 20 recomenda o desenvolvimento de diretrizes para auxiliar os Estados-membros a identificar os objetos integrantes do domínio público em seus territórios. É esse espaço de dúvida que é utilizado para coibir o uso de bens que já integram o domínio público. O receio de um processo por uso indevido inibe a ação e investimentos dos concorrentes. A prática de ameaça ou uso de processos judiciais sem respaldo no direito de propriedade intelectual, apenas tendo por razão frear a entrada de concorrentes no mercado, tem sido chamada pela jurisprudência de *sham litigation*. Essa prática de abuso do direito de ação e do uso indevido do sistema de propriedade intelectual foi objeto de um inquérito setorial pela Comissão Europeia em março de 2008. O setor analisado, nesse caso, foi o farmacêutico. Identificou-se uma série de práticas anticoncorrenciais, ou de uso indevido do sistema de proteção de patentes, como estratégias defensivas de patenteamento, estratégias de *evergreening* e acordos entre empresas inovadoras e de medicamentos genéricos para evitar a entrada destes no mercado. Tais dados demonstram a necessidade de intervenção estatal como meio de proteger o domínio público e evitar o abuso, por parte de empresas inovadoras, da exclusividade ofertada pelo sistema de propriedade intelectual.<sup>13</sup>

Apesar das recomendações da OMPI datarem o ano de 2007, o desenvolvimento dessas normas, ainda, se encontra no campo das sugestões. Entre estas, distinguem-se propostas mais concretas sobre a criação de um registo internacional de domínio público<sup>14</sup>, o reconhecimento expresso de que as limitações e exceções aos direitos de patente devam ser tão importantes como o direito patentear; o desenvolvimento de modelos de licenciamento adaptados às necessidades de acesso, bem como a adoção de uma interpretação do artigo 30 do Acordo TRIPS — sobre as exceções aos direitos dos titulares de patentes — que vise à promoção de soluções para o equilíbrio entre a proteção e acesso.

Entre os modelos de licenciamento, merecem destaque os movimentos do software livre e do creative commons. Ambos apresentam modelos de licenças em que o autor pode optar pela adoção de alguns di-

12 OMC. TRIPS- *Acordo sobre direitos de propriedade relacionados ao comércio*, OMPI. Agenda do Desenvolvimento, 2007. Disponível em: <<http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/>>

13 Sobre o inquérito e suas repercussões, ver o site da União Europeia destinado a divulgação inquérito e dos relatórios de monitoramento realizado após a identificação das práticas de *sham litigation*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>>.

14 U. SUTHERSANEN. “Time for a declaration of the ‘public domain’ A2K and the Wipo development agenda. Acces to knowledge (A2K3)” Conference. Geneve, 8-10 septembre. Disponível em : <http://a2k3.org/>

reitos reservados ao invés da política de todos os direitos reservados. Esses modelos nasceram do interesse privado, não tiveram por origem o legislador estatal, foram fruto da necessidade trazida principalmente pela plataforma de acesso a conteúdo que é a internet. A velocidade com que se tem acesso a conteúdo e sua difusão gerou a necessidade de licenças que pudessem comportar essas peculiaridades.

O princípio de continuidade do livre acesso é um dos deveres daqueles que desejem utilizar o conteúdo disponibilizado por meio de licenças do creative commons ou, GNU. O projeto “creative commons” teve por objetivo oferecer uma alternativa para a proteção tradicional dos direitos do autor cujas obras são disponibilizadas em um ambiente virtual. A licença consiste na permissão para que os usuários possam baixar e distribuir os trabalhos por ela protegidos, desde que observe as regras previamente estabelecidas pelo autor da obra. Há seis tipos de licenças na plataforma que aqui serão apresentadas do modelo mais permissivo ao modelo mais restritivo respectivamente: Atribuição, Atribuição-compartilha igual, Atribuição sem derivações, Atribuição-não comercial, Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual, Atribuição-SemDerivações-SemDerivados.<sup>15</sup>

Em resposta a esse fenômeno, algumas iniciativas já podem ser observadas na área de patentes, principalmente no campo da biotecnologia e da investigação biomédica. Entre essas iniciativas, a Biological Innovation for Open Society (BIOS)<sup>16</sup> se distingue pelo seu objetivo de partilha dos resultados da investigação no campo da biotecnologia (principalmente agrícola) para reduzir a dependência dos cientistas quanto ao uso de ferramentas tecnológicas protegidas por grandes empresas. Essas tecnologias se referem a inserção de genes modificados em plantas, de modo que eles possam expressar novas funcionalidades, bem como métodos relacionados com a decodificação genética. Ao dispor de tecnologias-chave no domínio da biotecnologia, o BIOS o faz com base na cláusula de licença “*copyleft*”, de modo que qualquer melhoria na invenção obriga aquele que fez uso da licença gratuitamente deve disponibilizar o seu acesso a qualquer um dos participantes do projeto. O BIOS criou uma plataforma em que as tecnologias protegidas são de livre acesso e utilização, uma vez que, como contrapartida ao licenciado, invenções e melhorias feitas a partir da tecnologia de base são disponibilizados, livremente, nessa plataforma. Ou seja, o inventor da melhoria pode patentear sua invenção, mas é obrigado a assegurar o livre acesso aos usuários do fundo comum.

Não se trata, contudo, de uma modalidade de domínio público. Trata-se do exercício do direito de propriedade intelectual. Esse tipo de licença reflete a necessidade de modelos adaptados a uma era que tem no acesso sua própria razão de existência. Evidencia, também, os excessos observados quando se trata de direitos do autor: ampliação do período de proteção de cinquenta para até setenta anos após a morte do autor, proibições de cópia, inclusive para uso próprio, restrições de uso que dificultem a adaptação e exploração do produto protegido adquirido pelo consumidor.

Apesar dessas iniciativas não versarem sobre o domínio público propriamente dito, elas fornecem uma solução para a ampliação do acesso em um momento em que as leis e tratados aumentam a possibilidade dos titulares dos direitos de propriedade intelectual de restringirem ainda mais o acesso a bens protegidos. Mas, não são suficientes. É tempo de os Estados adotarem normas específicas para a proteção do domínio público e desenvolverem ferramentas para a que a sociedade possa proteger um espaço de livre acesso e uso.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão em torno de uma proteção positiva do domínio público evidencia, também, o baixo grau de novidade e atividade inventiva de certas invenções já protegidas, e o elevado grau de exclusividade acordada aos detentores de patentes sobre os inventos. A utilidade da discussão sobre a proteção positiva do domínio

15 Ver o conteúdo de cada uma dessas licenças no site: [https://creativecommons.org/licenses/?lang=pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/?lang=pt_BR)

16 Ver mais sobre a iniciativa no site da organização. Disponível em: <<http://www.bios.net/daisy/bios/bios.html>>.

público reside na análise de soluções que assegurem a livre circulação e utilização do conhecimento científico e técnico.

Os dados aqui apresentados revelam a necessidade dos Estados de ajustar o direito de propriedade intelectual aos novos desafios e de desenvolver normas que levem a uma proteção positiva do domínio público. Desse modo, o domínio público pode agir como contrapeso ao processo de ampliação do conteúdo dos objetos protegidos por patentes de tal sorte que se possa desenvolver mecanismos eficientes na busca do equilíbrio entre proteção e acesso.

O que se observa, contudo, é o uso de tratados, principalmente os bilaterais, para ampliar o conteúdo patenteável e os direitos dos titulares de patentes. O tratamento residual do domínio público favorece essa ampliação. O fortalecimento do domínio público passa pelo seu reconhecimento jurídico como instituto próprio, e não apenas consequência residual da ausência de proteção ou de sua expiração.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEMA, J.; GALLOUX, J.-Ch. *Droit de la propriété industrielle*. Paris : Dalloz, 2006.

DUSOLLIER, S. «Le domaine public en droit d’auteur et en droit des brevets». In : MIREILLE BUYDENS, Séverine Dusollier. (Dir.). *L’intérêt général et l’accès à l’information en propriété intellectuelle*. Bruxelles: Bruylant, 2008. p. 136

EUA. University and Small Business Patent Procedures Act (*Bay-Dole Act.*), 35 U.S.C §200.

HARDIN, G. “The Tragedy of the Commons”. *Science*, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, Dec. 1968.

HELLER, M. A; EISENBERG, R. S “Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research”. *Science*, v. 280, 1998. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=121288>>.

HELLER, M. A “The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets”. *Harvard Law Review*, v. 111, p. 621-688, 1998.

OMC. *TRIPS- Acordo sobre direitos de propriedade relacionados ao comércio, OMPI*. Agenda do Desenvolvimento. 2007. Disponível em: <<http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/>>.

SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE. *Droit de la Propriété industrielle*. Paris: Litec, 2007.

SUTHERSANEN, U. “Time for a declaration of the ‘public domain’ A2K and the Wipo development agenda. Acces to knowledge (A2K3)” Conference. Geneve, 8-10 septembre. Disponible sur: <<http://a2k3.org/>>.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.