

Atos Internacionais Relativos À Propriedade Industrial

Denis Borges Barbosa (1980)

Atos Internacionais Relativos À Propriedade Industrial	1
I - A Internacionalização da Propriedade Industrial	1
Outros Atos Internacionais	7
II - A Regulação Internacional da Transferência de Tecnologia.....	8

Nosso tema é o Direito Empresarial Internacional, naquilo que toca à Transferência de Tecnologia. Desta feita, trataremos inicialmente da internacionalização do Direito de Propriedade Industrial que toca às Patentes de Invenção e, em seguida da Internacionalização do Sistema de Controle da Transferência de Tecnologia.

De acordo com nosso tema, abordaremos exclusivamente a transferência de Tecnologia que se faz de empresa, o comércio de tecnologia, deixando de lado a livre circulação de dados entre as pessoas.

I - A Internacionalização da Propriedade Industrial

Têm-se dois grandes gêneros de objetos protegidos pelo Direito de Propriedade Industrial: os signos distintivos e as patentes, pois, apesar do que expôs Denis Alan Daniel, na Revista do Direito Mercantil no. 28, as marcas não são o instrumento próprio para a transferência de tecnologia.

O que é patente? A doutrina da inspiração francesa entende que é a propriedade sobre um invento. A doutrina de ascendência anglo-saxã afirma que é monopólio. Na verdade, como já notou a Suprema Corte Americana, a patente é um direito a exclusividade do emprego de um determinado conhecimento técnico na atividade empresarial, o que pode ou não resultar em monopólio, dependendo da existência de tecnologias alternativas para a mesma aplicação.

Tal direito, normalmente, se expressa pela soma da exclusividade de fabricação, de comercialização, de uso, e de importação. Quem tem uma patente de um produto tem direito exclusivo de fabrica-lo, de importa-lo, de comercializá-lo e de usá-lo. É assim, em geral: mas não é o que acontece no Brasil (1).

Suponhamos um sistema inteiramente isolado de Propriedade Industrial, inteiramente nacional. Suponhamos, por exemplo, que os Estados Unidos só concedam patentes

para as empresas domiciliadas lá e que não haja direito do nacional americano a patentear sua invenção em outro país. Disto resultaria que os inventos só poderiam ter proteção na esfera restrita do país onde se situa o inventor.

Ora, este, para satisfazer os custos do processo de invenção, iria lançar seu produto no mercado por algo a mais do que a simples margem de lucro de uma empresa. Para isto serve exatamente a patente. Então, a economia nacional, no caso a economia americana, estaria sujeita a um sistema de preços um pouco acima do que deveria corresponder à faixa de lucro normal do mercado.

Então, revelado o invento - porque um dos pressupostos da patente de invenção é tal revelação - todas as indústrias fora dos Estados Unidos poderiam produzir o invento a preço inferior ao do país do inventor. Isto se daria, em primeiro lugar, porque não estariam sujeitas às despesas de pesquisa, e em segundo lugar, porque não estariam restritas pela exclusividade que confere a uma determinada empresa a faculdade de elevar seus preços. Assim, se as patentes fossem concedidas apenas aos nacionais, o sistema de patentes tenderia a operar contra a economia nacional (2).

Aos poucos, o sistema de Propriedade Industrial foi se internacionalizando, como era imperativo (3).

Em 1873, a Áustria promoveu uma exposição internacional; deveriam os expositores apresentar seus novos inventos. Os Estados Unidos, porém informaram ao governo austríaco que não iriam apresentar seus inventos porque não haveria para eles, proteção. Não estava ainda criado o Sistema Internacional de Patentes e não havia, à época, sequer um sistema específico de proteção dos inventos remetidos às exposições internacionais. O protesto do Governo americano gerou, ou, pelo menos, alimentou o argumento dos industriais e dos advogados em favor de um Tratado Internacional que instituísse um Sistema Internacional de proteção à tecnologia.

Para levar a cabo tal projeto, promoveu-se, em 1878, uma Conferência em Paris e, em 1880, começou a parte substantiva das discussões que veio gerar, em 1883, a Convenção de Paris. Note-se que a convenção de Paris é um dos mais antigos atos internacionais de caráter econômico multilateral que existem no mundo; sobreviveu a duas Guerras mundiais, e persiste até hoje. Não se pode dizer que a convenção está em ascensão econômica, mas sua importância política está crescendo. O patenteamento em todos os países tem caído bastante - os economistas dizem que a causa disto é retração de investimento, os técnicos em patentes entendem que realmente está havendo uma queda de inventividade.

No entanto, a importância histórica da Convenção de Paris, sem falar da sua importância econômica e política, é enorme. Não se pode conceber a criação e a difusão de tecnologia sem considerar o papel da Convenção de Paris e do Sistema Internacional de Patentes. Segundo um trabalho famoso elaborado pela UNCTAD, "O papel do Sistema de Patentes na Transferência de Tecnologia" (4) no mundo todo, 55% das patentes concedidas em cada país, são concedidas a estrangeiros. Ou seja, em geral, se o Brasil estivesse na média, em cada 100 patentes que ele concedesse, 55 seriam estrangeiras.

É lógico que o Brasil não está na média. Nos países em desenvolvimento a média é de 12 a 15% das Patentes de nacionais: ou seja, 85% das patentes são de

estrangeiros. Os dados oficiais de 1981 informam que o índice no Brasil é exatamente 85,2%, mas incluindo patentes de todo tipo. Os 15% restantes incluem modelos e utilidade, desenhos industriais, e modelos industriais. Quanto às patentes de invenção, o índice de titulares nacionais é de 8,2%. E patentes de invenções de nacionais com algum interesse econômico, algo em torno de 3%, seu tanto.

O modelo econômico que justifica o Sistema Internacional de Patentes ora em vigor parece ser o seguinte: há países mais habilitados à produção de tecnologia e outros países mais propensos a outras coisas, como produzir matérias primas, alimentos, entre outros. Essa habilitação à produção de tecnologia derivaria da concentração de capital, do talento natural da concentração industrial, ou das características de mercado interno. Tais países teriam melhores condições, ou mais ativa produção de tecnologia e, para garantir seu investimento e o fluxo continuado de criação tecnológica, precisariam expandir seu mercado, de forma que incluísse também a área internacional.

A divisão natural, racional, do trabalho, propiciada pelo Sistema Internacional de Patentes, levaria assim à existência de países onde a tecnologia seria gerada países compradores dos produtos (ou dos produtos frutos dos processos) patenteados. Tal sistema traria benefícios para todos. A fabricação do produto patentado, vendido em escala mundial, teria seus custos minorados pela economia de escala; a racionalidade dos investimentos estaria assegurada pelo processamento mais perto das fontes de matéria prima. Evitar-se-iam, as irracionalidades resultantes dos nacionalismos, e da política econômica de cada país.

Note-se que esse modelo é particularmente útil para os países de pequeno mercado interno. Na verdade, um mercado como o americano, via de regra, satisfaz as necessidades de retorno do investimento em tecnologia. De outro lado, as nações desenvolvidas vão progressivamente se convertendo de produtoras de bens a produtoras de idéias, se transformando de geradoras de produtos em geradoras de tecnologia, e o Sistema Internacional de Patentes é indispensável a este processo.

A União de Paris

A Convenção de Paris tem o nome oficial de "Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial". O que é a União? Tal mecanismo de Direito Internacional Público, concebido nos meados do século passado, se traduz como um território comum de Direito. No território da União vigeria um só Direito. Não houve, porém, uma efetiva unificação integral da legislação dos países convencionais, mas só uma padronização que permitiu a criação de um Sistema Internacional de Patentes.

O Brasil assinou a Convenção de Paris em 1882; Segundo se percebe das Atas da Conferência, o fez por susto, descuido e, talvez, um pouco por vaidade. Mas, depois que ingressou no Sistema, nele se radicou. Houve Estados que entraram a saíram da União, como o Japão; a Argentina só nela entrou em 1969; a maior parte dos nossos países vizinhos jamais aderiu à Convenção de Paris.

A primeira característica da União é aberta à entrada e à sa'da. Qualquer Estado, a qualquer tempo, entra ou sai da União; ao entrar, ele se integra nesse território de

Direito unificado, para todos os efeitos legais.

A segunda característica da União é que a Convenção permanece válida para cada Estado, na forma em que ele se integrou ao direito unificado.

A Convenção de Paris já foi revista sete vezes: em 1980, em Madri; em 1900, em Bruxelas; em 1911, em Washington; em 1925, em Haia, em 1934, em Londres; em 1958, em Lisboa; em 1967, em Estocolmo e seria revista, em 1980, em Genebra. De cada uma dessas revisões, saiu uma Convenção diferente, com modificações substantivas com artigos diferente; na verdade, tem-se uma sucessão de Convenções diversas. Pois bem, o efeito da União de que se fala é o seguinte: os Estados Unidos, por exemplo, aplicam às patentes brasileiras a revisão de Estocolmo, ou seja, o texto da Convenção que foi negociado em 1967; o Brasil, por sua vez, aplica às patentes americanas a Ata de 1925, pois junto com São Domingos, é o último país a esta na Revisão de Haia. Desta feita, o sistema evita a fragmentação dos tratados que decorre do sistema de reservas.(5)

União presume ainda - terceira característica - uniões restritas. Os países, que acedendo ao texto geral, não com determinadas proposições específicas, podem ficar fora dessas uniões restritas. Por exemplo: em 1891, em Madrid, foi assinado um acordo de Registro Internacional de Marcas pelo qual se prescindia do depósito nacional; depositava-se em Berna, e o ato tinha efeito em todos os países indicados pelo depositário. Nem todos os países da União (e só poderiam) entraram nesse acordo. Deves-se dizer que o Brasil, permanecendo na União geral, denunciou esse acordo particular em 1934.(6)

A Convenção - Aspectos Jurídicos

É preciso ter uma noção da diferença entre o Direito Unificado, convencional e o Direito Internacional Privado. As regras do Direito Unificado não são normas de conflito de leis, são regras uniformes. São normas que, por um mecanismo um pouco mais complexo fazem com que a norma a ser aplicada seja ou aquela constante de Convenção ou a indicada por ela. A segunda característica importante para quem vai aplicar a convenção, como advogado, é que ela tem um caráter de contrato: não é uma Lei, simplesmente. Ao se aplicar a Convenção, é obrigatória a leitura das Atas das Conferências Diplomáticas para descobrir a vontade dos Estados - Parte negociação: não se podem usar os mecanismos hermenêuticos habituais para a interpretação dos contratos.(7)

O terceiro ponto, importante para os advogados, é que essa Convenção recebe aplicação direta. Os acordos internacionais no Brasil não precisam para sua implementação de uma lei de aplicação interna. Assim está reconhecido pelo Supremo, em particular no caso da lei Uniforme das cambais e, em muitas ocasiões, nos casos envolvendo os Atos Internacionais de Propriedade Industrial.

Um pouco especialmente importante é a da importante da Revisão de Haia no Brasil. O Brasil ratificou a Revisão de Estocolmo, mas a mesma se divide em duas partes; uma, a administrativa, adotamos segundo o texto emergente de 1967 e outra, substantiva, quando à qual continuamos em Haia. É esta uma faculdade que a Revisão de Estocolmo instituiu, qual seja, de os Estados só aderirem à parte

administrativa.(8)

O próximo ponto que interessa especificamente aos advogados é a natureza das normas, a aplicação desta Convenção. Têm-se na Convenção normas típicas de Direito Internacional Público: regras de como a Convenção vai ser revista, como a convenção vai ser ratificada ou denunciada, quais são as obrigações dos Estados membros da União quanto ao pagamento de anuidades, e assim por diante Têm-se, também, normas de efeito interno, que prescrevem que "Os Estados podem legislar de uma determinada forma, ou os Estados devem legislar de uma forma".

Em terceiro lugar, têm-se normas de efeito dispositivo, normas de aplicação direta - algo que os tratadistas chamam normas auto-executivas. Distinguem-se, dente estas, as normas que criam direito substantivamente (por exemplo): não se poderá decretar a caducidade de uma patente, (antes de decorridos tantos anos) e, de outro lado, uma norma fundamental que assegura ao nacional o mesmo tratamento jurídico interno concedido ao estrangeiro. Esta última atuando como uma norma em branco, cria uma estrutura em virtude da qual se assegura a internacionalidade do Sistema de Patentes.(9)

Princípios Básicos de Convenção de Paris

O primeiro princípio básico da Convenção de Paris é, pois, que "cidadãos de cada um dos países contratantes gozarão em todos os demais países da União, no que concerne à Propriedade Industrial, das vantagens que as respectivas Leis concedem atualmente ou vierem posteriormente a conceder aos nacionais" (artigo II). A Convenção, porém, vai além: "tudo isso sem prejuízos dos direitos previstos pela presente Convenção". Ou seja, quando a Convenção der mais direitos aos estrangeiros do que os derivados da Lei nacional, prevalece a Convenção. Este é o chamado "princípio do tratamento nacional".

Esta prevalência da Convenção sobre a Lei interna, em desfavor do nacional, não ocorre no Brasil porque o Art. 4o. do Código da Propriedade Industrial prescreve que "todos os direitos que os atos internacionais concederem aos estrangeiros, podem ser solicitados pelos nacionais". Em países onde não existe tal princípio a legislação internacional da Propriedade Industrial pode dar aos estrangeiros mais vantagens do que aos nacionais, nos pontos em que a Convenção vai mais além do Direito interno.

O segundo princípio é o da prioridade. É conveniente ilustrá-lo com um exemplo: suponhamos que alguém tenha inventado algo nos Estados Unidos, deposite essa invenção no escritório de patentes americano e comece a usá-la. Imediatamente depois do depósito americano, um brasileiro inventa a mesma coisa, ou começa a copiar e a usar a invenção americana. Ocorre que o primeiro inventor tem o benefício de um prazo de prioridade de um ano, ou seja, pode depositar nos Estados Unidos a 1o. de janeiro, e depois depositar no Brasil um ano após, que mesmo assim seus direitos estarão protegidos. O brasileiro que inventou autonomamente não terá direito à patente e, de outro lado, a cópia ou o uso não autorizado não tirará o direito do primeiro inventor.(10)

Isso evidentemente leva a alguns efeitos contrários aos interesses dos países em desenvolvimento. Um deles, o mais apontado, é que todo estrangeiro vem a ter mais um ano de prazo de proteção, comparando-se com o nacional. Mas, como é

claramente depreendido, a prioridade é essencial para a criação do Sistema Internacional de Patentes.

O terceiro princípio é o de Independência das Patentes: cada patente é um título nacional, completamente independente de todas as outras patentes.

Cada patente nacional é concedida e permanece em vigor, inteiramente independente das patentes de todos os outros países. A disposição do Art. IV-bis da Convenção reza: "As patentes requeridas nos diversos países da União, pelos respectivos cidadãos, serão independentes das patentes obtidas para a mesma invenção nos outros países, quer tenham ou não aderido à União". E vai adiante: "Essa disposição deve ser entendida de modo absoluto, principalmente no sentido de que as patentes requeridas durante o prazo prioridade são independentes não só em relação às causas de nulidade de caducidade, cabo também do ponto de vista da duração normal".

Suponhamos que uma patente americana venha a ser anulada por ação judicial; a patente brasileira correspondente não é afetada por isto. A legislação brasileira, em duas circunstâncias, não considerou este princípio convencional.

Na primeira vez, na lei do Capital Estrangeiro (Lei 4.137/62 Art. 11), em que se preceituou que não poderiam ser remetidos "royalties" por direitos brasileiros se o respectivo direito correspondente não estivesse em vigor no país de origem. O legislador não violou a Convenção já que esta só diz respeito ao Direito de Propriedade Industrial e não às disposições referentes à remessa de valores para o exterior. Pode-se, perfeitamente, proibir a remessa em questão desde que não se afete o Direito de Propriedade Industrial, o que não ocorre, pois os "royalties" podem ser pagos em cruzeiros.

Na segunda - e essa sim afetando o princípio convencional - na Lei 4.137/62, que deva ao CADE o direito de invalidar as patentes cujas correspondentes não estivessem mais em vigor no seu país de origem, quando fossem causa ou instrumento de abuso de Poder Econômico. Tal disposição foi renovada pelo Dec. Lei 254/64.(11)

Outro princípio, que não é considerado básico, mas é também de extrema importância para a criação tecnológica, é o da repressão do Abuso do Direito de patente. A norma, de natureza dispositiva, está no Art. 5o. da Convenção: "A introdução que fizer o proprietário da patente, no país onde tiver sido expedida a patente de objetos fabricados em um ou em outros países da União, não importará em caducidade". A legislação da França, no século passado, dizia que a patente é para fabricar no país. Quem importasse o produto patenteado, teria sua patente caducada. O que a Convenção proíbe é que se impusesse a caducidade pelo simples fato da importação; a importação, por si só, não importa em caducidade.

De outro lado, diz o Art. 5o.: "Apesar disso, cada um dos países contratantes terá a faculdade de adotar medidas legislativas necessárias à prevenção dos abusos que puderem resultar do exercício de direito exclusivo conferido pela patente, por exemplo, por falta de uso efetivo".

A Lei brasileira (Art. 33 Par. 3o.) considera que o uso efetivo é a fabricação no país. "Não será considerada a exploração de modo efetivo a industrialização que for substituída ou suplementada por importação, salvo ato internacional de acordo de

complementação de que o Brasil participe”. Fora esses caso, há a obrigação de fabricar no Brasil.

O instrumento da caducidade é extremamente importante para um país em desenvolvimento. A Patente deve servir para trazer tecnologia para o país e não assegurar a margem de lucro dos produtos feitos com a tecnologia e importados para o país.(12) Recentemente o México usou do meio para sanear em larga escala o excesso de Patentes não amparando a fabricação no país, experiência cujas conseqüências econômicas ainda não foram estudadas, mas são certamente interessantes.

Continuando com o artigo 5o, próximo Parágrafo: "Estas medidas não poderão prever a caducidade da patente, a não ser que a concessão de licenças obrigatórias não seja suficiente para prevenir esses abusos”.Prevê-se, assim, a possibilidade de requerer licença compulsória. O que é a licença compulsória? Suponhamos que um inventor estrangeiro conseguiu a patente, aqui, de um novo transformador, mas não o está fabricando. Passando o prazo legal, qualquer um pode requerer ao INPI uma licença compulsória e passar a fabricar.

No Brasil, entende-se que basta haver previsão na legislação interna da concessão de licença compulsória para que se possa conceder a caducidade: Esta tese foi a adotada pelo Tribunal Federal de Recursos. Pode-se decidir pela caducidade simplesmente depois de esgotar o prazo próprio, sem antes passar pelo estágio da licença compulsória.(13)

Outros Atos Internacionais

Ainda no âmbito da Convenção, tem-se uma série de tratados restritos: o acordo de Madri, de 1891, já citado, que prevê o registro Internacional de Marcas; no mesmo ano, o acordo de Indicações de Procedência, ainda em vigor no Brasil na sua revisão de 1925; o acordo de Haia de Patentes de desenho e modelo Industrial; o acordo de Nice, de Classificação de Marcas; o acordo de Estrasburgo, de Classificação de Patentes; o PCT de Washington, de 1970, do qual depois de falará; o Tratado de Viena de signos Tipográficos; o tratado para Depósito de Microorganismos.

Fora da convenção de Paris há dois Tratados com características interessantes: o primeiro é o que prevê o Registro de Descobertas Científicas, (14) em segundo lugar há a convenção de 1961 sobre Patentes de Variedades de Plantas.

O PCT, de 1970, é subsidiário à Convenção de Paris. Por tal tratado criou-se a possibilidade de se fazer um só pedido internacional, ao invés de múltiplos depósitos nacionais. O Patent Cooperation Treaty também prevê, em seguida ao depósito, a Busca internacional, que vai pesquisar o estado da técnica mundial em relação ao pedido, a Publicação Internacional, a qual faz entrar o invento no estado da técnica, e por último, o Exame Preliminar Internacional.

O Brasil é parte, ainda, de quatro outros tratados sobre propriedade industrial em vigor: dois acordos bilaterais (Panamá-Brasil e Uruguai-Brasil); uma Convenção interamericana de 1911, de Buenos Aires, para Patentes de Desenhos e Modelos Industrial, e, a Convenção Interamericana de 1923, de Santiago do Chile, de Marcas e Nomes Industriais.

II - A Regulação Internacional da Transferência de Tecnologia

No momento em que se aumentam as alíquotas do imposto de importação começa a aparecer o fenômeno do Comércio de Tecnologia. Quando se tem, como num certo país africano, 1% de imposto sobre a importação de automóveis, curiosamente não surge tecnologia para fabricar o produto nesse país. Nesse mercado "irracional", protegido pela tarifa, começa a aparecer o comércio de tecnologia, coisa muito distinta da transferência de tecnologia. Começa a haver compra e venda e locação de tecnologia.(16)

A palavra "know-how" começa a circular intensamente por volta de 1948. Começa à época implantar-se um novo modelo, em que as empresas não estão mais produzindo em um lugar para exportar, mas sim imigrando como unidades de produção e produzindo diretamente lá, onde era, antigamente, o mercado importador. Surge daí o comércio de tecnologia no interior dos grupos transnacionais, que muitos autores e a legislação de muitos países consideram como uma forma de remessa de lucros.

Do outro lado, fora das relações internas de um grupo econômico, há outras empresas independentes que precisam comprar tecnologia. Essa modalidade de comércio de tecnologia entre empresas independentes assume por vezes uma forma anômala, mas resta, enfim, um segmento do comércio de tecnologia cujo objetivo é realmente a tecnologia. Quanto a este se tem dois preços a pagar: o preço explícito (usualmente calculado como porcentagem sobre a produção) e, de outro lado, um preço implícito.

O preço implícito da tecnologia é o que resulta da restrição que o importador sofre no seu potencial de mercado, ou na sua capacidade de desenvolvimento. Por exemplo: como condição para comprar tecnologia, o importador compromete-se a não exportar seus produtos. Ou então: o importador obriga-se a manter um Diretor Técnico indicado pelo exportador da tecnologia, que receberá e armazenará todas as informações transferidas; ao fim do contrato, o diretor vai embora.

Tentemos explicar a racionalidade desse preço implícito. O contrato de "Know-How" não tem por objetivo a transferência de tecnologia como o engenheiro concebe tal coisa. O que o empresário quer ao contratar, não é o conhecimento técnico, mas o acesso ao mercado. É lógico que é conveniente para o empresário, se o puder, adquirir o conhecimento de forma a ficar independente; mas o que quer em primeiro lugar é acesso ao mercado. Qual é a tecnologia que existe, por exemplo, num hotel? No entanto há cadeias de hotéis que pagam, no mundo todo, um "royalty" de franquia, que é um tipo de contrato de "Know-How". Tecnologia, como o concebe o engenheiro, não há, mas "marketing", conhecimentos empresariais, o nome e, basicamente, a padronização dos serviços.

O que se cede num contrato de "Know-How", é a clientela. Ora, quem cede sua clientela, tem o poder de limitar tal cessão. O exportador de tecnologia cede ao importador a sua parcela de mercado brasileiro, mas em contrapartida, exige que o importador não desfrute a sua clientela africana; é este o preço implícito. Em outras palavras, o importador paga pela tecnologia, mas não pode exportar porque só comprou a clientela brasileira.

Por volta de 1960, começam a surgir pelo mundo órgãos governamentais para

controlar o preço implícito; nesse momento, começa a internacionalização da regulação da transferência de tecnologia. Como ação concertada, em nível realmente internacional isto passa a ocorrer como o acordo de Cartagena, o Pacto Andino. É este um Pacto Econômico de sentido defensivo, que estabelece determinados padrões pelos quais o capital estrangeiro pode entrar nos países do Acordo, e determinados padrões pelos quais os preços implícitos vão ser controlados.

A decisão 24 do órgão do acordo de Cartagena diz o seguinte:

"Os países membros não autorizarão a celebração de contratos sobre transferências de tecnologia externa, ou sobre patentes, que contenham cláusulas em virtude das quais o fornecimento da tecnologia leve consigo a obrigação para o país ou para a empresa receptora de compra, de uma fonte determinada, bens de capital, produtos intermediários, matérias primas ou outras tecnologias".

Então, como primeira consequência da decisão 24 do Pacto Andino, o exportador não pode vincular a compra de sua tecnologia à aquisição de outras coisas, no que se chama na prática internacional de "Tie-in".

O segundo item da decisão diz o seguinte:

"Os membros do Pacto não autorizarão contratos que contenham cláusulas pelas quais as empresas vendedoras de tecnologia se reservam o direito de fixar os preços de venda e revenda dos produtos".

Veda-se, assim, o "price-fixing", que é proibido em geral pelas leis Antitruste. O terceiro item proíbe:

"as cláusulas, a) que contenham restrições referentes ao volume, estrutura de produção, b) que proibam o uso de tecnologia competidoras, c) que estabeleçam opção de compra total ou parcial em favor do provedor de tecnologia, d) que obriguem ao comprador de tecnologia transferir ao supridor os aperfeiçoamentos ou melhoramentos que se obtenham como o uso da dita tecnologia, e) que obriguem a pagar "royalties" a titulares de patentes por patentes não utilizadas.

Tais disposições foram incorporadas, em maior ou menor grau, à legislação dos países andinos, constituindo a primeira forma de controle de preços implícitos do comércio internacional de tecnologia. Agora, mais recentemente, houve a proposta de um Código de conduta para Transferência de Tecnologia já não entre países em desenvolvimento, mas, através da UNCTAD, entre todos os países do mundo.

Um Código de Conduta não é um tratado, mas uma entidade nova em Direito Internacional Público, um Ato Internacional em que países signatários participam como Estados, mas no qual não há força vinculante no sentido jurídico, apenas um compromisso moral. De que consta esse Código de conduta? Além das definições do que seja tecnologia, e de quais são os objetivos da Transferência de Tecnologia, o Código prevê as garantias que um contrato de tecnologia tem que incluir em favor do comprador.(17)

Porque não está saindo esse Código de Conduta? Em primeiro lugar porque a noção do que é abuso de poder econômico (elemento essencial do Código) é inteiramente diferente nos países desenvolvidos de economia de mercado e nos países em desenvolvimento. Abuso do poder econômico para os países desenvolvidos de economia de mercado é o exercício de restrições à liberdade de concorrência. As

penas do direito Antitruste estão reservadas às limitações à concorrência: o exercício do monopólio, o aumento dos preços, a imposição de condições para a revenda do produto são práticas lesivas ao inalienável direito de se ter uma concorrência no mercado.

A noção de equivalente abuso econômico dos países em desenvolvimento, curiosamente, é outra. Os países do Terceiro Mundo entendem que as restrições resultantes do comércio de tecnologia não devem ser olhadas pelo ângulo estrito das limitações à concorrência, mas sim do ponto de vista da proteção e desenvolvimento da indústria nacional, seja com o auxílio, seja a despeito da concorrência.

O segundo ponto de conflito que tolhe o Código deriva do fato de que todos os países em desenvolvimento que não aceitam que sejam vedadas as restrições impostas entre matriz ou controladora e subsidiária ou filial.

O raciocínio é o de que é impossível conceber uma restrição a concorrência no caso de empresas sob o mesmo poder de controle. Como pode haver concorrência entre matriz e subsidiária?

Os países em desenvolvimento, porém, consideram que o uso de sua mão de obra, de suas matérias primas e do seu mercado, importa necessariamente em um compromisso perante a comunidade.

A expressão deste princípio encontra-se no Artigo 117 da Lei das Sociedades Anônimas, um dispositivo que considera abuso de poder de controle o fato de a controladora levar a empresa para objetivos e fins contrários aos interesses nacionais e à economia nacional.

A idéia da repressão ao abuso do poder de controle só existe como doutrina legal no Brasil, talvez como uma proposta consciente de um compromisso entre os ideais da economia de mercado e a necessidade vital do desenvolvimento. É, porém, um acordo difícil que, no nível internacional, tem impedido o sucesso do Código e, com ele, da regulação consensual do Comércio de Tecnologia.

NOTAS

1. Pela nossa Lei vigente (o art. 169 do Dec. Lei 7903/45) o direito à patente brasileira inclui só a exclusividade de fabricação, e não a de importação ou de uso. Há plena liberdade de importar o que se queira, seja o objeto de patente o produto, ou seja, processo que fabricou esse produto.

A jurisprudência em contrário, que assegura a exclusividade de importação (por exemplo, ap. Civil TFR, nr. 21177), baseia-se em doutrina estrangeira, e em doutrina nacional, embora eminente (Gama Cerqueira - Tratado Vol II, tomo I, parte II, pg. 338, Forense, 1952), que se inspira na elaborada construção dos juristas estrangeiros, reflexo de legislações nacionais conflitantes com a lei vigente no Brasil. O entendimento doutrinário e jurisprudencial, além de ignorar texto explícito de lei, ainda discrepa dos mais legítimos interesses nacionais, de tutelar a indústria instalada no país. Com efeito, a proteção da propriedade industrial não pode ser dissociada do instrumento aduaneiro: uma vez existindo o privilégio de fabricar no país, cabe aos mecanismos tarifários e aos demais meios de incentivo à industrialização tornar antieconômico a importação de similares. O sistema, tal como existente, e operando dentro dos princípios gerais do direito econômico brasileiro, favorece a indústria local; o que a jurisprudência e doutrina mencionada parecem ignorar.

2. Edith Penrose, *La Economía del Sistema Internacional de Patentes*, Ed. Sigilo Vinteuno, 1974.

3. É curioso que a primeira urgência foi quando marcas: inúmeros Tratados brasileiros versando sobre a questão foram sendo assinados no decorrer do século passado.

4. Ed. Forense Universitária, 1979.

5. O Brasil permanece em Haia, por uma razão muito simples: a cada revisão da Convenção mais difícil ficou para os países em desenvolvimento, utilizar proveitosamente o Sistema Internacional de Patentes. à espera de condições mais favoráveis, que dificilmente virão mesmo com a Revisão em curso, permanecemos no estágio da Convenção menos desfavorável aos interesses nacionais.

6. Um órgão autárquico da ONU tem o encargo de administrar esta Convenção; a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), que também cobre a maioria dos atos internacionais na área de Propriedade Industrial, de direitos Autorais, etc.

7. Um excelente auxílio em tal tarefa é o Livro "Guide de La Convention de Paris", de Bodenhausen (BIRPI-OMPI, Genebra, 1969) ou no caso da Revisão de Haia, "La Protection Internationale de La Propriété Industrielle" Paris Ed. du Bocard, 1932, de S. Ladas.

8. Dec. 19050/1929 e D. 75572/75.

9. É curioso que a Suíça, por exemplo, assinou a convenção de Paris em 1982 e só criou o seu próprio Sistema interno de Patentes no começo do século. Os nacionais suíços tinham todas as vantagens da Convenção nos outros países, e os nacionais de outros países e os suíços não tinham nenhum direito na Suíça. Isso é o que pode ser considerado uma utilização inteligente do Sistema de Patentes.

10. Art. 4 da Convenção de Paris. Para os depósitos do Patent Cooperation Treaty, vige entre nós a versão do Art. 4 da Revisão de Estocolmo.

11. Em 1981, o CADE erroneamente ressuscitou o dispositivo, no caso Colgate Palmolive - Bombril, sob a alegação de que a Lei 4137/62 era norma constitucional.

12. A não ser que se considere a existência de uma coisa que os tecnólogos por vezes se referem: a tecnologia implícita no produto. Penso que, se a tecnologia é implícita, então as relações de produção também são implícitas, as relações políticas também são implícitas e, cada vez que se importa uma máquina dos Estados Unidos, também se estará importando democracia ao estilo americano.

13. Esse Art. 5o. é o principal ponto de discussão nas Revisões da convenção de Paris, porque, na verdade, assegura a manutenção do sistema econômico de "divisão de trabalho racional" entre as nações. As propostas dos países em desenvolvimento são no sentido de que se crie um outro sistema, que atenda os interesses específicos do Terceiro Mundo, fragmentando esse modelo econômico que reserva a uns países a criação da tecnologia e a outros países, o consumo de produtos.

14. Descoberta é uma coisa e invenção é outra: esta última tem de ter aplicação industrial; enquanto que a descoberta científica nem sempre o terá. Sob o amparo dessa Convenção, de que o Brasil não faz parte, pode-se registrar a descoberta científica para efeitos de autoria.

15. A Patente de variedades de plantas interessam apenas aos países que mantêm programas de pesquisa agrícolas, mas não têm uma área de plantação suficiente. O Brasil, no Código da Propriedade Industrial de 1945 (Dec. 7903/45) chegou a prever tal patente, mas jamais foi aplicado no ponto.

16. É lógico que apenas se identificou um fator determinante para o início do comércio de tecnologia, quando existem inúmeros outros, de ordem micro e macro econômica.

17. O Brasil nunca se mostrou preocupado com a inclusão de garantias, em contratos de Know-How, já que, dentro da perspectiva da cessão de clientela, está vinculado o pagamento à conquista do mercado.

CONCLUSÃO

Tentou-se, neste estudo, configurar os dois principais aspectos da Transferência de Tecnologia sob o ângulo do direito Empresarial.

Considerou-se, principalmente, o regime da propriedade da tecnologia sob o Sistema Internacional de Patentes ao brigo da Convenção de Paris. É um Sistema de certa forma estático que presume, basicamente, a existência de núcleos produtores de alta densidade tecnológica em uma área, e núcleos consumidores de baixa densidade tecnológica em outra. Do momento em que se procura extrair a produção industrial para áreas onde eles, do ponto de vista da economia tradicional, seriam irracionalmente colocados, começa a surgir um comércio de tecnologia.

Esse comércio da tecnologia se expressa, de uma parte, como retribuição excessiva dos lucros das subsidiárias ou das filiais; de outra parte, como comércio de clientela paga por preços explícitos - divisas remetidas ao exterior - e preços implícitos - restrições à produção, ao comércio e à exportação.

O movimento, expressivo, mas fraco, dos países em desenvolvimento que visa regular o comércio internacional de tecnologia, tenta assegurar que tal comércio deva atender aos interesses nacionais e aos propósitos da economia nacional e que haja um compromisso, mesmo quanto aos grupos econômicos transnacionais de usar o seu poder econômico no sentido favorável à economia nacional e ao interesse nacional, para o benefício da comunidade.