

segunda-feira, 1 de dezembro de 2008

## PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Revista Sincopças entrevista Dr. Denis Borges Barbosa

Publicado por Redação

O Sincopças-SP, com o objetivo de continuar as discussões acerca do desenho industrial, convidou o Advogado, Bacharel em Direito pela Universidade do Estado da Guanabara, Mestre em Direito pela Columbia University School of Law de Nova York, Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Gama Filho, Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Autor/co-autor de mais de 30 livros e cerca de 170 outras publicações, no Brasil e no Exterior, Professor Denis Borges Barbosa, uma das maiores autoridades em Propriedade Intelectual do Brasil. Em entrevista à Revista do Sincopças-SP, Professor Denis Borges Barbosa, apresenta sua avaliação sobre o tema.

Revista do Sincopças-SP: Como enxergar o direito estampado na Lei de Propriedade Industrial em razão do Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil no que diz respeito a função social da propriedade?

Professor Denis Barbosa: A proteção ao desenho industrial, no Brasil, encontra sua base - e seus limites - na própria Constituição. A exclusividade legal das criações industriais - inclusive o desenho industrial - existe para proteger o investimento em criação de propósitos econômicos. Mas da própria Constituição resultam limites dessa exclusividade. Para começar, o dispositivo constitucional que cobre a proteção dos desenhos industriais diz que tal exclusividade será assegurada somente “tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”;. E esse “País”; está em letra maiúscula, contrastando com o art. 172 da Constituição, que diz que o investimento estrangeiro poderá ser sujeito aos controles necessários ao desenvolvimento.

Em segundo lugar, toda exclusividade - das patentes, desenhos industriais etc. - entra em tensão com o princípio básico da liberdade de concorrência. Quem tem uma patente, limita a concorrência e disto resulta que - como demonstram as decisões das Supremas Cortes dos vários países - essas exclusividades devem ser lidas restritivamente, sempre em favor do público. A lei relativa aos desenhos industriais só protege o investimento do titular do direito enquanto, e só o momento, em que ele se torna anti-competitivo, ou contra o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Em terceiro lugar, a proteção dos desenhos industriais é, no contexto da Constituição, uma propriedade. E, por isso, está sujeita ao princípio da função social.

Em resumo, os limites constitucionais e legais impedem que os direitos de exclusividade excedam sua utilidade social, e se transformem em prejuízo para a sociedade e a economia em geral.

Patentes existem porque trazem investimentos necessários à sociedade, e seu uso é lícito enquanto entre a sociedade e o investidor o equilíbrio de vantagens existir. A Suprema Corte americana já disse que “o sistema de patentes não foi feito para garantir a fortuna de seus titulares, mas para servir à sociedade”;

Revista do Sincopaças-SP: Quais são os limites do exercício do direito de Propriedade Industrial?

Professor Denis Barbosa: Os limites são, desde início, os da Constituição, de que falamos acima. Alguns - mas não todos - os limites estão explicitados na lei ordinária, que, no caso, é a 9.279/96. Essa lei prevê, por exemplo, um limite ao direito de MARCAS, que reconhece os interesses em jogo.

Assim diz a lei:

Art. 132. O titular da marca não poderá:

I - impedir que comerciantes ou distribuidores utilizem sinais distintivos que lhes são próprios, juntamente com a marca do produto, na sua promoção e comercialização

II - impedir que fabricantes de acessórios utilizem a marca para indicar a destinação do produto, desde que obedecidas as práticas leais de concorrência

Assim, no nosso sistema constitucional - e aqui, também na lei ordinária - o titular da marca X não pode impedir que alguém fabrique um acessório e indique na sua embalagem: esse acessório é destinado aos produtos da X. Por que isso? Simplesmente, se o fabricante de acessórios e peças de reposição não pudesse dizer para que as peças servem, estaríamos garantindo um monopólio a mais ao titular da marca. Um monopólio sem valor social, que só serviria para aumentar seus preços e diminuir a escolha dos consumidores.

É exatamente o que o ocorre com o uso do desenho industrial para impedir a existência do mercado de reposição. No caso das marcas, o setor de reposição conseguiu fazer que esses interesses, que estão já na Constituição, fossem explicitados também na lei ordinária. Mas a lei ordinária vai - sempre - ser lida de acordo com a Constituição. No meu entender, não há uma leitura compatível com a Constituição que legitime uma exclusividade sobre desenhos industriais, quando o art. 132, II veda exatamente o mesmo efeito, com base nos limites constitucionais intrínsecos.

No sistema brasileiro atual, essa leitura de acordo com a Constituição cabe aos juízes, mesmo aos de primeiro grau. Em certas jurisdições, como a justiça federal do Rio de Janeiro, há uma importante tendência em favor da leitura das normas da Propriedade Industrial de acordo com a Constituição.

Revista do Sincopemas-SP: Como analisar tal direito sobre o design a luz do Direito Consuetudinário, (usos e costumes), uma vez que a venda de tais peças remontam vários anos ?

Professor Denis Barbosa: O papel dos usos e costumes é extremamente circunscrito no nosso Direito. Mas o fenômeno a que a questão se refere é outra. Se, em relação a um determinado direito (um desenho específico) a prática do titular foi de tolerância, o Direito da Propriedade Intelectual contém alguns institutos que podem vir em favor do usuário antes tolerado, depois rejeitado. Essa tolerância, em cada caso específico, pode constituir uma barreira ao exercício posterior do direito, como um certo tipo de usucapião, a exceção de renúncia aparente (que os americanos chamam de estoppel, ou laches), ou as chamadas *supressio* e o *venire contra factum proprio*.

Em particular, o Direito não aceita que um titular de direito induza alguém - pela falsa tolerância - a abrir e ampliar um mercado, para, só então, entrar na área aberta pelo terceiro, parasitando o trabalho e os esforços de quem investiu. A propriedade intelectual vai tanto quanto o parasitismo do concorrente, quanto contra o do próprio titular. Isso acontece quando, através de uma aparente tolerância, o que se constrói é uma verdadeira armadilha.

Revista do Sincopemas-SP: O Senhor entende que o registro das peças visuais e o seu uso para impedir a comercialização do varejo é instrumento de criação de reserva de mercado?

Professor Denis Barbosa: O registro de desenho industrial, como todas exclusividades legais da propriedade intelectual, é uma reserva de mercado. Mas não é, por isso, ilegal. Muito pelo contrário. As patentes são reservas de mercado inteiramente legais.

Mas são legais apenas e somente enquanto utilizadas dentro dos limites legais. Ter e dirigir um carro é legal, mesmo se a massa do povo anda de ônibus e trem. Mas ninguém tem direito de usar seu carro como instrumento de agressão e crime.

A questão em análise, assim, não é da reserva de mercado legal. Mas da ampliação desmedida do poder de fogo de uma patente, para atuar em segmentos de mercado além do que se justifica pelo princípio do retorno do investimento. Em um grande número de países, as leis de desenho industrial foram alteradas para explicitar o que resulta desta reflexão. Como no caso de marcas, a extensão do poder de mercado resultante de uma marca não pode ir além do mercado para o qual a exclusividade é concedida.

Voltemos à pergunta inicial. Uma patente - ou registro de desenho industrial - se interpreta sempre restritamente, ou, mais precisamente, na extensão necessária para garantir o retorno justo do investimento em criação - mas não mais. A tendência dos países centrais é entender que o uso de desenho industrial para impedir o mercado de reposição é anti-mercado, anti-capitalista e contra a sociedade. Uma economia de mercado adulta não é compatível com esses excessos, como um sistema de trânsito adulto não aceita usar seu carro para esmagar seus desafetos.

Revista do Sincopeças-SP: O Senhor entende que há ofensa à ordem econômica no exercício desse direito a ser tutelado pelo CADE?

Professor Denis Barbosa: A determinação de que haja ou não ofensa à ordem econômica depende de inúmeros elementos de fato. Em tese, e sem ter o benefício da totalidade dos dados de mercado, entendo que o abuso de um monopólio legal é, em princípio, contrário ao Direito presentes as situações de fato que configuram o abuso de poder econômico, haverá, sim, uma ofensa da natureza das que o CADE tem de cuidar.

Há algum tempo, modificou-se o preconceito que se tinha contra as patentes desde a década de 70, as autoridades anti-truste passaram a achar que uma patente, quando existem alternativas tecnológicas (você pode chegar ao mesmo resultado, com outras patentes ou tecnologias livres), não importa em abuso de poder econômico.

Assim, na situação da doutrina econômica corrente presume-se que uma patente não importe em violação dos parâmetros concorrenciais cabe aquele que reclama contra o dono da patente provar o abuso (caso Illinois Tools, de 2006).

O caso dos desenhos industriais é exatamente o oposto da hipótese tradicional. A solução sob exclusividade não tem alternativas, pois ninguém vai querer um pára-lamas de uma marca X e outro pára-lamas de uma marca Y. Não há alternativas. É o que os economistas chamam de must-match. O que os economistas da SDE leram nos livros tradicionais não se aplica ao caso. É o caso de querer seguir uma moda de inverno de Paris no meio do verão carioca: o padrão dominante não se aplica ao caso. Tenho assim, com o máximo respeito à Secretaria de defesa Econômica, que ocorreu no caso do arquivamento do processo na SDE foi um seriíssimo erro teórico.

Neste caso, em que não existem alternativas, e havendo o contexto econômico pertinente, presume-se a violação, e é o titular da patente que tem de provar a não violação. No caso da SDE aplicaram-se os parâmetros inversos. E, como ocorre tantas vezes nos erros dos economistas, é a população brasileira que está pagando o prejuízo.

Revista do Sincopeças-SP: Qual o futuro de uma Averiguação Preliminar cujo o parecer no SDE foi de arquivamento?

Professor Denis Barbosa: O futuro é a discussão no poder judiciário com base não no abuso de poder econômico, mas no abuso do direito de desenho industrial. Os fundamentos são os que já expus. O futuro também é a ação junto ao Poder Legislativo para especificar na lei ordinária o mesmo que está expresso em leis dos países desenvolvidos de economia de mercado: que o desenho industrial, quando existe o problema de reposição de peças must-match, não proíbe o fabricante e revendedor de auto-peças de fabricar livremente.

Mas o futuro melhor é - provavelmente depois de as montadoras perceberem que todo o Direito e a opinião pública estão contra eles neste contexto - chegar a um acordo entre o setor de reposição e as montadoras, no qual se assegure livre fabricação, garantida a qualidade em favor do consumidor. Para conseguir esse acordo, provavelmente será preciso uma ação vigorosa tanto no âmbito legislativo quanto no judicial. Simultaneamente.

