

**Denis Borges Barbosa**  
Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)  
Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)  
Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)  
Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

## **O rentismo e o progresso: escolhas nacionais na política de propriedade intelectual**

Junho de 2007

Meu primeiro comentário é o tema suscitado ontem pelo Professor Frederick Abbott e, hoje, pela Professora Margaret Chon: a postura, em particular dos EUA mas não só ele, de que a propriedade intelectual deve ser administrada de uma forma equilibrada, levando em conta o interesse público.... no âmbito interno. Mas tendo a postura reversa, na política externa.

Assim mantém-se extremo cuidado em assegurar o balanceamento de interesses entre a sociedade e os investidores em novas criações, tecnológicas ou expressivas, quando se trata dos Estados Unidos; mas quando se trata da política relativa a outros países, afirma-se a postura de obter da propriedade intelectual essencialmente o retorno do investimento. A postura rentista é uniforme e implacável no tocante à política externa.

É muito interessante que isso ocorra. Em minhas aulas de direito constitucional da propriedade intelectual, só posso apresentar julgados americanos, canadenses, italianos, franceses - porque esses julgados discutem o direito constitucional da propriedade intelectual como um direito de equilíbrio, como um direito de respeito ao desenvolvimento. Margaret Chon, no título da palestra que ela vai proferir sobre o tema do desenvolvimento, escolheu as palavras “propriedade intelectual e progresso”. Isso ocorre, porque a palavra que está na constituição americana não é desenvolvimento, é progresso, quando diz que a propriedade intelectual deve servir ao progresso.

A Suprema Corte dos EUA várias vezes disse que propriedade intelectual não é para enriquecer ninguém, é para servir a comunidade. Isso é um ponto essencial. O interessante é que, no Brasil, vimos seguindo um comportamento contrário ao americano. Nossa atuação nos foros internacionais é candentemente desen-

**Denis Borges Barbosa**

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

volvimentista. A primeira vez que sentei como assessor jurídico do Itamaraty em uma negociação internacional, ao lado do atual embaixador Bahadian, o que eu ouvi (eram tempos da ditadura militar), me fez ter medo de ser preso na volta. O que o Itamarati afirmava – como porta-voz dos países em desenvolvimento - era o terceiro-mundismo, era o discurso desafiador dos princípios estabelecidos da propriedade intelectual. Isso, em estilo mais contemporâneo, é a essência do que o Itamarati continua afirmando, por exemplo, na Agenda do Desenvolvimento da OMPI.

Em palestra recente, tive ocasião de lembrar: o Pipeline não tem nada a haver com TRIPs; o Pipeline foi rejeitado por TRIPs. A lei interna brasileira incorporou o discurso rentista para efeitos internos, numa postura TRIPs- Plus, antes de TRIPs existir. Ou seja, a nossa postura é profundamente desenvolvimentista no discurso de nossa política externa, e uma postura pró-rentista (e veja-se, em favor não da nossa renda), na economia interna.

Vou me permitir aqui apontar que nem todos os órgãos do governo brasileiro parecem manter a postura desenvolvimentista. Parece que existe uma visão de que, para efeito de demonstração, deve-se fazer o Brasil atuar como um player em favor do rentismo, ainda que em detrimento dos interesses do desenvolvimento.

Refiro-me, por exemplo, à atual postulação para aderirmos ao acordo de Madri.

No entanto, quero crer que no campo da propriedade intelectual, para o Brasil, e no momento corrente, o grande impasse não é a clivagem entre produtor e consumidor, mas o abismo entre o titular de renda e povo. Esse é o grande problema.

Cabe aqui um repto. Hoje, essa sala está cheia. Há dez anos, essa sessão provavelmente seria conduzida no banheiro, pelo número dos interessados.

Agora cabe uma ponderação ao raciocínio convencionalmente economístico do ilustre Presidente do INPI, doutor Jorge Ávila. Essencialmente, a tese de que a Propriedade Intelectual tinha de mudar porque acabou a política de substituição de importações, e estamos agora numa sociedade do conhecimento.

No entanto, o que a política de propriedade industrial afirmada a partir do Código de 1945 tinha, histórica e factualmente, com a substituição de importações?

**Denis Borges Barbosa**

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

Passamos a rejeitar o internacionalismo, passamos a denegar patentes para produtos farmacêuticos no ciclo industrializante anterior à substituição de importações. Será que Getulio Vargas, que acabou com a patente de remédio, era um cepalino avant la lettre?

O que enche essa sala, o que trouxe a propriedade industrial para o interesse central do público, é que introduzimos no nosso sistema o elemento mais importante da propriedade intelectual que é o patenteamento farmacêutico e químico.

Nesta decisão, em quanto se lesou o interesse social, e em quanto apenas se deu efeito, na lei de patentes, ao fim inevitável do ciclo de substituição de importações?

Essa sala está cheia porque patente passou a ser importante, porque começou a tratar de gente, porque começou a tratar da indústria farmacêutica, porque começou a atritar com o interesse social. Saímos do banheiro - a partir da escolha nacional de dar patentes de remédio.

A globalização e a substituição de importações nada tiveram a haver com essa decisão. Dar patentes de remédio no momento em que foram dadas não resultou de TRIPs. Se essa decisão do Congresso Nacional em 1996 respeitasse tanto TRIPs quanto o interesse nacional brasileiro, teríamos - como a Índia fez - começado a dar patentes de remédio só em 2005. E permaneceríamos em estrita legalidade perante nossas obrigações com os países da OECD.

Então dar patentes de remédio foi uma escolha nacional, política. Não fosse pela incorporação, em detrimento do Brasil, do discurso rentista de exportação, estaríamos, ainda, nos reunindo no banheiro.

Bom, então o repto que trago é o seguinte: por que não seguir TRIPs?

Particpei como assessor jurídico na negociação de TRIPs durante algum tempo; naquela época, odiava a idéia de TRIPs. Hoje em dia tornei-me um caso de paixão fulminante. Adoro TRIPs! Quero TRIPs, quero mudar, voltar ao Congresso e mudar a lei brasileira para estarmos compatíveis com TRIPs.

Houve uma administração anterior, quando se acreditava em que carro brasileiro era carroça, em que se acreditava que o Brasil tinha de chegar vestido de Saville Row, falando inglês sem sotaque nos fóros internacionais, e é esse povo que es-

**Denis Borges Barbosa**

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

colheu o Pipeline. Agora, a questão do Pipeline, só tem um jeito, que é o que progressivamente vem ocorrendo, que é de fazer prevalecer a Constituição sobre o interesse escuso e o interesse temporário, contextual da dos pretensos representante políticos da sociedade brasileira de 1996. Prevalecer o equilíbrio, o interesse de todos brasileiros sem desrespeito ao interesse dos investidores externos, a política interna de propriedade intelectual que praticam os países da OECD. Implantar o progresso.

Pode se mudar a lei que temos para chegar ao nível de TRIPs, rejeitando o TRIPs-plus auto-imposto? Sim, não existe uma proibição de retrocesso em relação a TRIPs, a não ser ao próprio nível de TRIPs.

Isso fica demonstrado pelo caso, relatado pela Professora Chon, no qual a Suíça restringiu, por interesse próprio, o alcance das patentes. Nós temos também a demonstração americana de que não há proibição de retrocesso. Os EUA, em sua lei antes de TRIPs, permitia o livre patenteamento de método de tratamento; a partir de 96 sem mudar o conteúdo formal das suas patentes, promulgou uma lei segundo a qual a patente de método de tratamento não se aplica contra os médicos e hospitais. Houve um retrocesso em relação ao interesse do proprietário e houve um óbvio aumento em relação aos interesses humanos.

Esse é o repto que eu coloco aqui: promover um justo retrocesso em relação ao interesse do proprietário, em favor do progresso no tocante aos interesses humanos, sem nem de longe infringir nossas obrigações internacionais.

Se aumentou o público, é hora da gente voltar à razoabilidade, sair do banheiro, fazer com que o Brasil atenda precisamente a seus compromissos internacionais. E parar por aí. Não ambicionar mais compromisso do que o Brasil efetivamente assumiu, principalmente aqueles que nós não somos nem coagidos, nem induzidos a fazê-lo. Ficar em TRIPs, não só no discurso do Itamarati em face da ALCA, mas em casa. Desincorporar o discurso rentista de exportação alheia e assumir o discurso que a OECD aplica em causa própria.

Mas o discurso de recrudescer no internacionalismo é o oposto a isso.

Em relação ao SPLT, cabe lembrar o seguinte. Pelo SPLT aumenta-se a padronização nos parâmetros de concessão das patentes. Assim, a patente brasileira, após o SPLT que o Doutor Jorge Ávila tem propugnado, vai ser muito mais parecida com a patente dos países da OECD.

**Denis Borges Barbosa**

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

Mas, por ação da Convenção de Paris, há um princípio de independência das patentes, Se se acoplar o mandato de padronização do SPLT com o princípio da independência de patentes, vai acontecer o seguinte: as patentes serão iguais quando concedidas, mas não quando declaradas a nulidade. Se é inevitável algum tipo de harmonização, vamos harmonizar a nulidade, tal como acontecia na lei 4137/61, a lei do CADE, segundo a qual toda vez que anulavam uma patente na Alemanha, o CADE extinguiu a patente brasileira. O problema do SPLT é que estão tentando padronizar o “dar”, mas não o “retirar”.

Olhemos agora a questão das flexibilidades. Há muito que aproveitar de TRIPs. Há muito que aproveitar dos tratados internacionais que já assinamos. Afinal, os países da OECD, não obstante a distância em nível de desenvolvimento industrial, não obstante a convergência factual dos seus sistemas de propriedade intelectual, não haveriam de alienar sua própria flexibilidade interna numa carapaça de ferro. A lição histórica que a Suíça nos dá é um caso repetido perpetuamente nos cursos de propriedade intelectual. A Suíça entrou no séc. XIX na Convenção de Paris e - usando plenamente os seus direitos sob o Tratado em vigor na época - não dava patente para ninguém; e assim permaneceu, até o momento que o equilíbrio de interesse nacional e internaciona, inclinou-se para o lado suíço.

Agora, neste momento, mais uma vez está a Suíça nos dando exemplo de como administrar a propriedade intelectual em favor do interesse nacional suíço, e não em favor dos rentistas estrangeiros. Usando as flexibilidades de TRIPs.

Os países da OECD continuam cuidando de sua própria casa sob a perspectiva do progresso, e não do rentismo. Vide a observação, ainda há pouco, da Profa. Margaret Chon, à referência que ela faz de uma das últimas decisões da Suprema Corte americana (no caso EBAY INC. vs MERCEXCHANGE L.L.C), que desaconselha, verbera e na verdade proíbe as antecipações de tutela e as liminares e as matérias de patentes, no que dão mais direitos aos donos de patentes que ao resto dos mortais. Dono de patente tem os mesmos direitos que os clientes do SUS, e não mais. Só por serem de multinacionais e terem advogados brilhantes e habilidosos, as patentes não merecem mais respeito do que o brasileiro padrão que vive de pensão do INSS.

Ando escrevendo isso há muito tempo, que não cabe antecipação de tutela para fechar empresa, isso é imprudente, e agora a Suprema Corte vem dizer exatamente isso. Se há violação de direitos, cobre-se do infrator uma indenização de-

**Denis Borges Barbosa**

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

pois, mas não fecha a fábrica sobre alegação de violação de patentes. Isto é imprudente! Os EUA têm um modelo prudente, não existe crime de violação de patente, porque é imprudente fortalecer demais os titulares de patentes. E agora fica claro que antecipação de tutela em matéria de patente é uma prática de gente que quer se suicidar em matéria de desenvolvimento.

Suscito agora uma questão para finalizar. Uma das últimas observações da Prof. Margaret Chon quanto importância crucial da política de concorrência em face à propriedade intelectual. Chamo a atenção do auditório para o fato de que nós estamos nesse instante com uma importantíssima causa junto a SDE. Provavelmente a mais importante causa, jamais discutida em matéria de propriedade intelectual no âmbito do Direito da Concorrência, que é o pleito da indústria de revenda de peças automobilística, de declarar abusivo o uso do desenho industrial para impedir a venda de para-choques e outras peças dotadas de design para impedir que a indústria de reposição abasteça o mercado secundário. Se for decidido que, nesta hipótese, há abuso da propriedade intelectual, e esse abuso pode ser reprimido pelos órgãos de defesa da concorrência, estamos no caminho de uma nova propriedade intelectual.

Este caso é muito importante, não é um problema exclusivo da indústria de peças de reposição, é um problema de todos nós. Se for concluído que há abuso anticompetitivo da propriedade intelectual neste caso, que se exerce com abuso de direitos de propriedade intelectual, a mesma tese alcançará o remédio genérico, beneficiará os associados da Abifina, todos nós brasileiros seremos beneficiados.

Se houvesse um CADE que reconhecesse o abuso de preços de objetos de patente como abuso de poder econômico, o que ele nunca fez, nós não precisaríamos nem das licenças compulsórias como acabarmos de ser decretadas. Quando eu estava assessorando o Ministério da Saúde na antepenúltima tentativa de domar os preços dos remédios contra AIDS, consultei o CADE, porque não seria na hipótese só um caso de licença compulsória por interesse público, mas também caso de licença compulsória por abuso de poder econômico, o que é muito mais vendável internacionalmente. Mas recebi a resposta de que abuso de preços não é abuso de poder econômico na tradição do CADE.

Está na hora de mudar essa postura, fazer o CADE participar desses nossos debates como o de hoje. É engraçado que o órgão não esteja aqui. Muito obrigado.

**Denis Borges Barbosa**

**Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)**

**Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)**

**Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)**

**Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba**