

A INTERVENÇÃO DO ESTADO NOS CONTRATOS DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA¹

Jussara Seixas Conselvan*

RESUMO

Uma característica distintiva dos contratos de transferência de tecnologia é a intervenção estatal, através da regulação e do dirigismo contratual. A intervenção varia de acordo com o modelo de Estado e é prevista na Constituição Federal. Há fundamentos para os limites impostos pelos Estados, em seu âmbito interno, e pela ordem internacional, como a possibilidade de práticas abusivas e cláusulas restritivas. Os limites estabelecidos externamente surgem em tratados e convenções internacionais, como o TRIPs. O controle na formação dos contratos no Brasil ocorre principalmente através do Instituto Nacional de Propriedade Industrial e através de normas cogentes que regulam o conteúdo do contrato.

PALAVRAS CHAVES

INTERVENÇÃO ESTATAL; CONTRATOS; TRANSFERÊNCIA; TECNOLOGIA.

ABSTRACT

A characteristic of technology transfer contracts is State Intervention, through regulation. It varies according to State model and is designed on Federal Constitution. There are reasons for limitation, within the country and in the international order. It indicates principles for regulation and analyses that abusive practices and restrictive clauses are possible. International limits are established in Conventions for

¹ Este artigo foi extraído do projeto de pesquisa aprovado pelo Curso de Mestrado de Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, na área de concentração de Direito Civil, em 2007.

Mestranda do Curso de Mestrado de Direito Negocial da UEL. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina e Especialista em Direito da Integração e do Comércio Internacional pela Universidade Estadual de Londrina em Convênio com a Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. conselva@sercomtel.com.br.

harmonization of local intellectual property laws and competition rules, such as TRIPs. In Brazil, it happens through the National Industrial Property Institute and regulation.

KEY WORDS

TECHNOLOGY TRANSFER CONTRACTS, STATE INTERVENTION.

1 INTRODUÇÃO

Uma característica distintiva dos contratos de transferência de tecnologia é a intervenção estatal e, por conseguinte, a limitação da liberdade de contratar das partes (DANNEMANN, 2001, p. 441).

Observa-se, assim, a presença do dirigismo contratual, através de limites impostos às partes pelos Estados, em seu âmbito interno, e pela ordem internacional.

Serão analisados alguns princípios para a regulação, observando-se que pode haver abuso face ao direito da propriedade intelectual e que esse abuso pode prejudicar a concorrência. Para isso, insta saber por que e como é exercido o controle na formação e execução dos contratos e quais são as normas cogentes que regulam o seu conteúdo, principalmente no Brasil.

Para entender as razões do controle é necessária uma reflexão sobre o papel do Estado, observando-se a Constituição Federal e tendo em vista a perspectiva do Direito Econômico.

Dentro desse panorama, os Contratos de Transferência de Tecnologia serão investigados com o objetivo de determinar de que forma a intervenção do Estado ocorre.

2 A INTERVENÇÃO E OS MODELOS DE ESTADO

A intervenção estatal foi se modificando de acordo com os modelos de Estado e estes, por sua vez, têm se transformado com o passar do tempo, desde as concepções modernas até às pós-modernas.

A primeira versão do Estado Moderno foi o da Monarquia Absolutista e a segunda, o Estado Liberal. Surge, como transformação deste, o Estado do Bem-Estar Social (STRECK, 2004, p. 44-70).

Sob o aspecto do conteúdo, Streck indica o Estado de Direito, que não é apenas a forma jurídica que caracteriza o Estado, mas a ela são agregados conteúdos. Nesse sentido, divide-se em Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito (STRECK, 2004, p. 87 e 95).

Bonavides, por sua vez, entende que, no Estado Moderno, há a conversão do Estado Absoluto em Estado Constitucional (em que o poder já não é de pessoas, mas de leis) e que este apresenta três modalidades essenciais: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático-Participativo (BONAVIDES, 2004, p. 41).

O Estado Liberal, no núcleo econômico, pode ser identificado pelas seguintes características: propriedade privada; individualismo econômico; liberdade econômica; liberdade contratual plena; economia de mercado livre de controles estatais (STRECK, 2004, p. 55).

No liberalismo, a atividade estatal, quando ocorre, objetiva a manutenção da ordem e segurança e, portanto, o papel do Estado é negativo, restringindo-se apenas à proteção dos indivíduos. Por isso, denomina-se Estado Mínimo (STRECK, 2004, p. 56-57).

Uma corrente do Liberalismo, identificada como Neoliberal, faz uma revisão dos dogmas do Liberalismo Clássico, aceitando maior interferência do Estado e a existência de direitos mínimos. O inglês John Stuart Mill (1806-1873) é apontado como o precursor dessas idéias (BASSOLI, 2006, p. 4). O Estado passa a assumir tarefas positivas, prestações públicas para assegurar ao cidadão direitos pertinentes à cidadania (STRECK, 2004, p. 58).

Observa-se, assim, que o papel do Estado muda com a mudança do seu modelo: passa do absentismo ao intervencionismo.

Conforme nos ensina Bassoli: “A idéia de intervenção necessária do Estado trazida pelo Neoliberalismo consolida-se no Estado do Bem-Estar Social, ou, conforme denomina a doutrina americana a este processo: *Welfare State*” (BASSOLI, 2006, p. 5).

O Estado do Bem-Estar Social é, dessa forma, subproduto do Estado Liberal. A propriedade deve ter função social. Caracteriza-se pela intervenção político-jurídica sobre o mercado e a perda da autonomia.

No âmbito econômico, portanto, apresenta as seguintes características:

papel interventivo e promocional; regulamentação da questão social, relacionada ao processo produtivo; liberdade econômica, auto-organização do mercado e concorrência com possibilidade de controle estatal; propriedade privada acrescida de função social; liberdade contratual observando-se o equilíbrio efetivo entre os contratantes e a boa-fé, que são consideradas normas de ordem pública (STRECK, 2004, p. 61-72).

Assim, na concepção social de Estado, segundo Moncada, é cabível a intervenção estatal nas relações privadas (contratos) através das normas de ordem pública, para realizar valores da solidariedade, respeito à boa-fé, e elas são limites à autonomia da vontade das partes (MONCADA apud BASSOLI, 2006, p. 5).

3 A INTERVENÇÃO E A CONSTITUIÇÃO

Como visto anteriormente, durante o século XX, a atuação do Estado no campo econômico cresceu notoriamente. A figura do Estado intervencionista se supera, pois a palavra intervenção dá a idéia de transitoriedade, uma ingerência seguida de retirada. No entanto, “o Estado não mais intervém no sistema econômico. Integra-o” (NUSDEO, 2001, p. 186).

A isso se denomina sistema econômico dual ou misto. Há quatro modalidades pelas quais o Estado pode se fazer presente no sistema econômico dual: direção, absorção, participação e indução (EROS GRAU, apud NUSDEO, 2001, p. 195).

Neste trabalho, verifica-se a primeira modalidade, em que há a imposição de uma conduta obrigatória aos agentes econômicos privados, através de normas de caráter legal ou regulamentar. O dirigismo contratual é um exemplo característico de ação estatal por direção: determinações cogentes quanto a cláusulas que devem ou não constar de contratos privados de caráter civil ou comercial (NUSDEO, 2001, p. 205).

Para Salomão Filho, duas são as formas de regulação da atividade econômica: a concessão do serviço público e o exercício do poder de polícia. Observe-se que o poder de polícia resultou do Estado Moderno liberal do século XIX, por se acreditar que o Estado pode regular através de uma atuação passiva, de limitação da liberdade dos particulares (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 19).

Quando a ação estatal era fundamentada no poder de polícia, as

restrições ou limitações à liberdade tinham um caráter negativo, ou seja, impedir malefícios provocados por certas atividades.

Nusdeo, por sua vez, entende que a liberdade contratual é aceita dentro de determinados parâmetros, sofrendo restrições pela ampliação da idéia de ordem pública e pela aplicação, nas devidas proporções, do conceito de função social (NUSDEO, 2001, p. 207).

Ao se atribuir uma função social à propriedade e à liberdade contratual, a visão passou a ser positiva, ou seja, não somente deixar de criar efeitos nocivos, mas criar benefícios à sociedade, ainda que indiretos (NUSDEO, 2001, p. 207).

No entanto, o sistema dual comporta controvérsias sobre o quanto de Estado e o quanto de mercado devem coexistir e em que setores o Estado deve atuar. Não há respostas conclusivas para essas questões, pois o quanto dependerá de decisões políticas baseadas nas doutrinas econômicas de cada sociedade. Também é de cunho político a decisão sobre que setores requerem a presença do Estado.

Diante disso, as Constituições passaram a incluir direitos de caráter econômico e social e a contemplar, expressamente ou não, programas para o aperfeiçoamento do sistema econômico, além das garantias individuais e a organização do Estado.

São denominadas constituições programa (por fixarem objetivos ou metas) e levaram à superação da idéia das constituições garantia. Também são chamadas de constituições social-democratas. Os autores alemães falam em constituição econômica, que fornece as bases para a ação do Estado na vida econômica.

A finalidade desses dispositivos de caráter econômico é estabelecer a possibilidade jurídica de o Estado se fazer presente no processo econômico, dentro de limites e condições. São denominadas de normas programáticas, pois indicam objetivos a serem implementados e servem de parâmetros para outras normas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF 88) conta com dois capítulos nesse sentido: Da Ordem Econômica e Financeira (VII) e Da Ordem Social (VIII).

Os artigos 170 a 174 da CF 88 definem o sistema econômico brasileiro como dual ou misto, configurando-se as várias modalidades de ação do Estado: direção, absorção, participação, indução (NUSDEO, 2001, p. 203).

O art. 173 da CF 88 prevê a possibilidade da exploração direta de atividade econômica pelo Estado. Já o art. 174, *caput*, da CF 88, atribui ao Estado, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, como agente e regulador da atividade econômica.

Portanto, a intervenção no Brasil pode ocorrer pela atuação direta do Estado (art. 173, CF 88) e como agente regulador, incentivador, fiscalizador e planejador (art. 174, CF 88).

No que tange às questões relacionadas à tecnologia, os artigos 218 e 219 da CF 88 dispõem que o Estado promoverá e incentivará a pesquisa e a capacitação tecnológicas, de modo a viabilizar a autonomia tecnológica do País.

Dessa forma, a intervenção do Estado busca, além do equilíbrio entre as partes, fazer do contrato de transferência de tecnologia um instrumento útil à condução da política econômica.

4 A AUTONOMIA PRIVADA E A INTERVENÇÃO

O paradigma liberal concebia os contratos como forma de expressão do princípio da autonomia da vontade (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 69), no sentido de liberdade para criar o contrato, contratar ou não, escolher o outro contraente e estipular o conteúdo do contrato.

Betti, já com a concepção de autonomia privada, assinala que qualquer negócio serve uma função econômico-social e que essa função ou razão se qualifica como causa do negócio jurídico. Aduz que o direito não sanciona o arbítrio, o motivo transitório e irrelevante, mas apenas funções socialmente relevantes e úteis para a comunidade. Se a vontade individual fosse onipotente, não se conheceriam os múltiplos limites sociais e jurídicos da autonomia privada (BETTI, 2003, p. 82).

Os contratos de transferência de tecnologia têm, também, essa perspectiva funcional e social. Reconhecendo-se a sua influência na esfera social, admite-se a “normatização” dos contratos, através da inserção de cláusulas que o compatibilizem com um mundo em que pretendem e podem influir. Nos setores regulados, principalmente naqueles em que há dominação do mercado, o contrato não influencia somente a relação das partes, mas também consumidores e concorrentes, existentes e potenciais. A regulação deve compatibilizar a negociação privada contratual

com seus efeitos públicos (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 69).

4.1 O DIRIGISMO CONTRATUAL

O dirigismo contratual é manifestação de um fenômeno amplo, denominado “fuga do contrato”, que significa buscar a proteção de regras institucionais (*status*) e não a proteção instável de regras contratuais (situação), ou seja, a exigência social prevalece sobre a liberdade contratual (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 68).

No sentido estrito, o dirigismo contratual encontra-se na ordem pública de direção. Existem dois tipos de ordem pública contratual: a ordem pública de proteção e a ordem pública de direção. A primeira destina-se a impor cláusulas contratuais que protejam grupos socialmente desfavorecidos nas negociações contratuais. A segunda é formada por aqueles objetivos necessários da ordem concorrencial (ex: concorrência, justiça social, etc.) que devem encontrar respaldo também nos contratos. Essa segunda forma de intervenção permite a imposição da contratação e a predeterminação do conteúdo básico do contrato. As disposições regulatórias incluem-se nesta forma (R. LORENZETTI, apud SALOMÃO FILHO, 2001, p. 67).

5 OS CONTRATOS DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

Os contratos de licenciamento ou de transferência de tecnologia podem ser definidos como “acordos de transferência de conhecimentos técnicos associados a determinado Know-how, celebrados entre um agente detentor do “conhecimento” e um agente interessado na sua utilização, nomeadamente para fins industriais” (ANTUNES E MANSO, 1993, p. 41).

O Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) reconhece oito tipos de contratos: cessão e exploração de patentes, cessão e uso de marcas, fornecimento de tecnologia, franquia, assistência técnica e científica, participação nos custos de pesquisa e desenvolvimento tecnológico.

O Banco Central relaciona as sete primeiras categorias acima e aceita as demais modalidades que vierem a ser averbadas pelo INPI.

A legislação tributária referente ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) classifica os contratos em exploração ou cessão de patentes, uso ou

cessão de marcas, transferência de tecnologia (assistência técnica, científica, administrativa ou semelhantes), transferência de tecnologia (projetos ou serviços técnicos especializados).

6 A INTERVENÇÃO NA TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

Justifica-se a regulação da transferência de tecnologia diante da sua importância para a política industrial dos países modernos. Nos países industrializados, o desenvolvimento tecnológico é sinônimo de competitividade internacional. Considera-se que, por causa da tecnologia, há uma nova era do direito concorrencial, onde a competição entre empresas se transforma em competição entre países na busca da supremacia tecnológica e industrial (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 120).

Para os países em desenvolvimento, há um agravante: a ausência de verbas públicas para o financiamento da pesquisa, o que reforça a dependência tecnológica e econômica dos países desenvolvidos.

Ressalte-se que muitas legislações antitrustes contêm disposições favoráveis a contratos de cooperação ou concentração empresarial, se forem benéficos ao desenvolvimento tecnológico, como o art. 54 da Lei Brasileira, desde que não haja eliminação de parte substancial da concorrência e haja repartição dos benefícios com os consumidores (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 120 e 122).

Diante da desigualdade entre as partes de um contrato internacional de transferência de tecnologia, verifica-se, como consequência, a possibilidade da existência de cláusulas restritivas e práticas abusivas à concorrência e que favorecem a dependência tecnológica dos países em desenvolvimento.

São exemplos de práticas restritivas: exclusividade de transações, retrocessão, fixação de preços, restrição e exportação (cláusulas de restrições territoriais), restrição e publicidade, restrição às adaptações, restrições após a expiração do acordo, cláusulas de não contestação.

Os abusos surgem em restrições sobre o montante a ser pago, prazo do contrato, limitações territoriais, preço, práticas concertadas (venda casada), abuso de posição dominante (CORRÊA, 2005, p. 105, 131 a 136).

Diante disso, surge a necessidade de regulação tanto da negociação compulsória quanto da predação (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 75).

Há que se considerar neste tópico a perspectiva que o TRIPs (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*) trouxe ao assunto.

No art. 40.1, do TRIPs, os Membros concordam que certas práticas ou condições de licenciamento referentes “a direitos de propriedade intelectual que restringem a concorrência podem afetar adversamente o comércio e impedir a transferência e disseminação de tecnologia”.

Predominou neste artigo a posição dos países desenvolvidos de que são reprováveis as cláusulas que lesam regras concorrenciais.

Todavia, o art. 8 do TRIPs possibilita aos Membros formular ou emendar suas leis, para promover o interesse público, visando ao desenvolvimento sócio-econômico, e tomar “medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia”.

Em ambos os casos, não serão permitidas cláusulas e práticas que abusem do direito de propriedade intelectual. “O abuso é essencial para a proibição” (BARBOSA, 2003, p. 1102). No caso do art. 40.2, o abuso é verificado sob a ótica da tutela da concorrência no mercado relevante.

Diante disso, a legislação nacional dos países membros pode reprimir essas práticas e condições de licenciamento (art. 40.2). Há uma permissão e não uma obrigação de rejeitar as referidas cláusulas, tendo em vista que somente as disposições de direito público externo referentes a consultas entre Estados têm aplicação imediata e direta (BARBOSA, 2003, p. 1099).

O art. 40.2 do TRIPs traz três exemplos de práticas abusivas (BARBOSA, 2003, p. 1105), mas que dependerão da “regra da razão”, ou seja, não são proibições absolutas, mas que precisarão ser analisadas nas situações concretas dentro do contexto vigente:

a) cláusulas de retrocessão exclusiva, ou seja, que obrigam ao licenciado transferir exclusivamente ao titular da patente as melhoras feitas na tecnologia licenciada;

b) cláusulas que impeçam o licenciado impugnar a validade do direito licenciado;

c) obrigação de o licenciado adquirir do licenciante outras tecnologias ou materiais que não necessita ou deseja.

Além dessas três hipóteses, não há uma lista formal de cláusulas ilícitas. O TRIPs instaurou o parâmetro da legalidade para identificá-las. Por exemplo, conhecendo-se o conteúdo e os limites da patente, o que for excesso de poderes ou desvio de finalidade, será abusivo (BARBOSA, 2003, p. 1117). Primeiramente, verifica-se o abuso diante do direito da propriedade intelectual e, depois, se esse abuso prejudica a concorrência.

7 OS LIMITES

Os limites jurídicos impostos à autonomia das partes de ordem interna são motivados por razões políticas, econômicas e de proteção ao particular nacional.

O Estado do transferente justifica, politicamente, o controle sobre o fluxo de tecnologia com o argumento de que “a riqueza nacional deve observar, necessariamente, os objetivos do Estado, em suas relações internacionais” (PRADO, 1997, p. 61). Além disso, preocupa-se com a não disseminação de conhecimento estratégico militar. O Estado do receptor também controla o ingresso de tecnologia por causa da defesa nacional e para evitar a dependência tecnológica.

No âmbito econômico, o Estado procura organizar as atividades de produção e distribuição de bens e serviços. Regulamenta os contratos de transferência de tecnologia, pois são fatores de desenvolvimento. Já o Estado receptor preocupa-se com as remessas de recursos para o exterior, o equilíbrio da balança de pagamentos, controle do fluxo monetário, investimento estrangeiro e dependência econômica.

A defesa do particular nacional, considerado hipossuficiente diante de empresas transnacionais, é a terceira justificativa para a intervenção do Estado.

Na ordem internacional, o interesse estatal nas relações comerciais privadas é óbvio diante das quantias envolvidas nesses contratos. Isso se reflete nos acordos e aparecimento de organizações que buscam relações comerciais internacionais mais estáveis (FLORES, 2003, p. 45).

Também não há como ignorar o fato de que Estados intervêm para defender os interesses das transnacionais e das economias mais desenvolvidas.

A dependência tecnológica é um dos efeitos da tecnologia que deve

ser considerado e surge como resultado da desigualdade entre os países em desenvolvimento (adquirentes) e os desenvolvidos (produtores).

Outro aspecto que desperta o interesse estatal é a transferência de tecnologia de dupla finalidade, civil e militar. Por isso, há o controle para que alguns países não obtenham conhecimento para produzir armas ou equipamentos com finalidade militar. Esses países usam de expedientes para driblar o monitoramento, como adquirir tecnologia fracionada de diversos lugares.

Outras razões são indicadas, ainda, para a regulação dos contratos de transferência de tecnologia (CORRÊA, 2005, p. 109 a 155): humanismo; adequação à realidade; proteção do meio ambiente; liberdade de concorrência; eficiência.

7.1 INTERNACIONAIS

Os limites estabelecidos pela ordem internacional surgem em tratados e convenções internacionais, que visam a harmonizar e reforçar as legislações dos países sobre propriedade industrial e regular a livre concorrência na esfera dos mecanismos de integração regional (PRADO, 1997, p. 72).

7.2 INTERNOS

Internamente, o Estado interfere especialmente através de normas cogentes reguladoras do conteúdo do contrato e de ordem pública, controlando a sua formação e execução, bem como a remessa de remuneração para o exterior (PRADO, 1997, p. 64).

O Brasil é, predominantemente, um país importador de tecnologia, o que explica a grande interferência do Estado e a regulação sobre o conteúdo dos contratos.

Historicamente, distinguem-se quatro fases na regulação das transferências de tecnologia: 1) até 1958, a responsabilidade era só dos contratantes; 2) de 1958 a 1970, o Estado intervinha para controlar as remessas para o exterior; 3) de 1970, principalmente de 75, até 1988, cresce o controle da negociação; 4) a partir de 1988, com a CF e as Leis 8.884/94 (Concorrência) e 9.279/96 (Propriedade Industrial), houve mudança no perfil da regulação (BERKEMEIER, apud CORRÊA, 2005, p. 158).

Na terceira fase, em que a intervenção foi mais contundente,

justificava-se que era necessária para a assimilação de tecnologia indispensável para o desenvolvimento econômico do país, contrapondo-se à dependência tecnológica.

A Lei n.º 5.648, de 11/12/70, instituiu o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) como o órgão regulador e lhe outorgou poderes para tanto. A ingerência chegou ao ápice em 1975, com o Ato Normativo n.º15, onde eram enumeradas cláusulas obrigatórias e proibidas nos contratos de transferência de tecnologia.

Para que uma contratação tecnológica surta determinados efeitos econômicos, o contrato deve ser avaliado e averbado pelo INPI.

Por disposição da Lei da Propriedade Industrial (LPI) - Lei nº 9.279, de 14/5/96, devem ser averbados/registrados pelo INPI todos os contratos que impliquem transferência de tecnologia, sejam entre empresas nacionais, ou entre empresas nacionais e sediadas ou domiciliadas no exterior (www.inpi.org.br).

Na seqüência, no Banco Central (BACEN), para possibilitar a remessa de pagamento ao exterior.

No caso das patentes e marcas, os procedimentos são de averbação ou anotação no INPI, uma vez que são feitos à margem do ato de concessão do direito. Nos demais casos, existirá o registro, de acordo com o art. 211, da LPI².

Conforme o disposto nos artigos 60, 62, 137, 140 e 211, da Lei 9.279/96, o contrato tem eficácia entre as partes sem a averbação das licenças e cessões. Todavia, são indispensáveis para que haja eficácia relativa ou oponibilidade a terceiros.

Para o INPI, a averbação do contrato legitima pagamentos para o exterior; permite, quando for o caso, a dedutibilidade fiscal para a empresa cessionária dos pagamentos contratuais efetuados; e produz efeitos perante terceiros. Ademais, gera bancos de dados; estabelece níveis de pesquisa aplicadas; gerencia desenvolvimento tecnológico; e possibilita formulação de política de transferência de tecnologia (www.inpi.org.br).

Há autores que entendem que, de acordo com a Lei 9.279/96, o INPI não teria mais o poder de intervenção nos contratos quanto à sua conveniência e oportunidade, já que a referida lei eliminou - dentre suas atribuições - a de regular a

² Art. 211 - O INPI fará o registro dos contratos que impliquem transferência de tecnologia, contratos de franquia e similares para produzirem efeitos em relação a terceiros.

transferência de tecnologia e afirmar a política industrial vigente, como o fazia a Lei 5.648/70, em seu artigo 2º, parágrafo único (LEONARDOS, apud BARBOSA, 2003, p. 983). Entendem que o seu papel passou a ser mais restrito: de agente de intervenção a órgão registral (BARBOSA, 2003, p. 1131).

Todavia, as competências do INPI de assessor da Receita Federal e do Banco Central, na análise de questões a eles relacionadas, continuam, de acordo com a legislação tributária e cambial.

Compete-lhe, ainda, a análise de legalidade intrínseca e provocar a necessidade de pronunciamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) quando o contrato possa violar as normas de concorrência em vigor. Entende-se que o INPI não tem competência para a repressão da concorrência desleal, tendo em vista que para a sua apuração é necessário um processo judicial com o devido processo legal. Tampouco seria competente para rejeitar cláusulas abusivas ao Direito do Consumidor (BARBOSA, 2003, p. 983 e 1128).

Então, se um contrato for encaminhado ao INPI para registro, e este entender que há abuso em alguma cláusula, deveria propor à parte alterá-la ou submetê-la ao CADE.

No entanto, o Ato Normativo 137/97, do INPI, que teve como escopo normalizar os procedimentos de averbação ou registro de contratos de transferência de tecnologia e de franquia, fundamenta a sua intervenção na LPI e na seguinte legislação complementar:

- Lei do Capital Estrangeiro (Lei n.º 4131, de 3 de setembro de 1962);
- Normas regulamentares sobre o imposto de renda (Lei n.º 4506, de 30 de novembro de 1964 e Lei n.º 8383, de 31 de dezembro de 1991);
- Lei de Programa de Computador (Lei n.º 7646, de 18 de dezembro de 1987, substituída pela Lei 9.609/98);
- Lei Antitruste (Lei n.º 8884, de 11 de junho de 1994);
- Lei do Franchising (Lei n.º 8955, de 15 de dezembro de 1994);
- Normas do TRIPS e Decreto Legislativo n.º 30, de 30 de dezembro de 1994, combinado com o Decreto Presidencial n.º 1355, da mesma data.

Constata-se que, a despeito da previsão da LPI de que a função do registro e averbação do contrato no INPI é a oponibilidade a terceiros, o órgão faz uma

análise substantiva do contrato e pode fazer exigências e indeferir a pretensão de registro ou averbação.

Esse entendimento é corroborado pelo art. 2º da Resolução do INPI nº 94/2003, uma vez que caso haja exigência, essa deverá ser atendida pelo usuário em sessenta (60) dias a contar da data da ciência, sob pena do cancelamento do pedido.

Ademais, há um “entendimento do INPI”, que são regras não escritas e resultantes do pensamento dos examinadores sobre determinada matéria (DANNEMANN, 2001, p. 445).

Embora os Atos Normativos 15/75 e 120/93 tenham sido expressamente revogados, continuam sendo a base para as decisões dos examinadores.

8 A REGULAÇÃO E O DIREITO ANTITRUSTE

O Ato Normativo nº 15/75 do INPI listava as cláusulas restritivas. Embora não mais em vigência, as disposições que não eram mera intervenção na economia pela regulação discricionária de importação de tecnologia, podem ainda ser vedadas. Destaque-se, mais uma vez, que o “entendimento do INPI” também se baseia nesse regulamento.

Diante do disposto no art. 40.2 do TRIPs, a legislação nacional dos países membros pode reprimir práticas e condições de licenciamento. Ressalte-se, novamente, que há uma permissão e não uma obrigação de rejeitar as referidas cláusulas.

Dessa forma, o acordo não concede nenhum poder legal ao INPI, CADE ou Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE) para avaliar e vetar contratos (BARBOSA, 2003, p. 1099).

Mas, até com embasamento nesse acordo, há a análise, no INPI, se há abuso diante do direito de propriedade intelectual e, depois, se esse abuso prejudica a concorrência.

Há autores que criticam a atuação do INPI quanto aos pronunciamentos da sua Diretoria de Tecnologia sobre direito antitruste e do consumidor, pois entendem que causam insegurança nas partes e que o INPI não tem legitimidade para isso (BARBOSA, 2003, p. 983, 1128-1132).

Nesse ponto, é importante observar que há diferença entre direito

antitruste e regulação, exatamente pela forma de atuação, sendo que, naquele, a atuação é passiva, controla a formação de estruturas e sanciona condutas e, nesta, a atuação é ativa, criando a utilidade pública e um sistema de concorrência. A regulação concorrencial ativa é uma das principais formas de atuação do Estado na economia (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 31).

Verifica-se, no entanto, que na atuação do INPI essa distinção não é muito clara.

9 CRÍTICAS

Há críticas tanto à regulação quanto à não regulação.

No caso dos contratos internacionais de transferência de tecnologia, constatou-se que, no Brasil, houve uma diminuição da intervenção nas últimas duas décadas. O alerta é de que isso pode gerar um aumento da dependência tecnológica dos países em desenvolvimento.

Segundo dados do INPI, entre 1990 e 2001, a espécie contratual predominante foi a de serviços de assistência técnica. E, na década de 90, o preço da tecnologia aumentou de forma exorbitante, aproximadamente dez (10) vezes.

Portanto, o crescimento do número de averbações de contratos de assistência técnica e do dinheiro remetido ao exterior são indicativos de que não está havendo assimilação de tecnologia pelas empresas nacionais, ou seja, efetiva transferência de tecnologia (CORRÊA, 2005, p. 162).

Essa constatação vem de encontro à utilização do conceito de regulação no campo econômico, que é a correspondência de dois fenômenos: a redução da intervenção direta do Estado na economia e o crescimento do movimento de concentração econômica (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 15).

Assim, a crítica que se faz à ausência de regulação efetiva interna é que ela satisfaz os interesses dos países desenvolvidos, pois favorece a manutenção do subdesenvolvimento e a dominação: “em regime de liberdade absoluta, como pretendem os países industrializados, ninguém ignora quem dita as regras do jogo” (VAZ, apud CORRÊA, 2005, p. 163).

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma característica que distingue os Contratos de Transferência de Tecnologia é a intervenção estatal, sobrepondo os interesses coletivos aos interesses individuais das partes, de acordo com a sua política econômica. Nesse sentido, coube uma reflexão sobre o papel do Estado, delineado na Constituição Federal e sob a ótica do Direito Econômico.

Verificou-se que uma das modalidades pelas quais o Estado pode se fazer presente no sistema econômico dual é a direção, cujo exemplo característico é o dirigismo contratual: determinações cogentes quanto a cláusulas que devem ou não constar dos contratos privados. Há restrições pela ampliação da idéia de ordem pública e pela aplicação, nas devidas proporções, do conceito de função social.

Observou-se, entretanto, controvérsias sobre o quanto o Estado deve intervir e em que setores deve atuar. Isso dependerá de decisões políticas baseadas nas doutrinas econômicas de cada sociedade.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 contempla a possibilidade jurídica de o Estado se fazer presente no processo econômico em dois capítulos: Da Ordem Econômica e Financeira (VII) e Da Ordem Social (VIII).

Os artigos 170 a 174 da CF 88 definem o sistema econômico brasileiro como dual ou misto, configurando-se as várias modalidades de ação do Estado: direção, absorção, participação, indução. E, de acordo com os artigos 218 e 219 da CF 88, a tecnologia é fundamental para a realização dos objetivos traçados para o Estado. Por conseguinte, este busca fazer do contrato de transferência de tecnologia um instrumento útil à condução da política econômica.

Complementando esse raciocínio, foram abordados princípios para a regulação e razões para os limites impostos pelos Estados, em seu âmbito interno, e pela ordem internacional, a saber: políticas (conhecimento estratégico militar, defesa nacional e dependência tecnológica); econômicas (tecnologia como fator de desenvolvimento, remessas de recursos para o exterior, equilíbrio da balança de pagamentos, controle do fluxo monetário, investimento estrangeiro e dependência econômica) e de proteção ao particular nacional (considerado hipossuficiente diante de empresas transnacionais). Outros fundamentos são indicados, ainda, para a regulação dos contratos de transferência de tecnologia: humanismo, adequação à realidade,

proteção do meio ambiente, liberdade de concorrência, eficiência.

Delimitou-se as três hipóteses previstas no TRIPs como cláusulas abusivas, uma vez que o mesmo instaurou o parâmetro da legalidade para determiná-las: primeiramente, verifica-se o abuso diante do direito de propriedade industrial e, depois, se esse abuso prejudica a concorrência.

Constatou-se a possibilidade de existência de práticas abusivas e cláusulas restritivas nos contratos internacionais de transferência de tecnologia. Verificou-se que o controle no Brasil ocorre principalmente através do registro ou averbação do contrato no INPI, previsto na Lei da Propriedade Industrial (LPI) - Lei nº 9.279/96.

Atualmente não há mais uma norma que liste cláusulas abusivas, como fazia o Ato Normativo n.º 15. No entanto, deduz-se que existe um “entendimento do INPI”, que são regras não escritas e resultantes do pensamento dos examinadores sobre determinada matéria, baseadas principalmente nos Atos Normativos 15/75 e 120/93, que, embora já revogados, continuam sendo a base para as decisões.

Conclui-se que, embora a LPI diga que a função do registro e averbação do contrato no INPI é a oponibilidade a terceiros, o órgão faz uma análise substantiva do contrato e pode fazer exigências e indeferir a pretensão de registro ou averbação.

Mesmo assim, houve uma diminuição da intervenção e da esfera de atuação do INPI, o que pode causar um aumento da dependência tecnológica do Brasil. O crescimento do número de averbações de contratos de assistência técnica e do dinheiro remetido ao exterior é indicativo de que não está havendo assimilação de tecnologia pelas empresas nacionais, ou seja, efetiva transferência de tecnologia.

11 REFERÊNCIAS

ANTUNES, José Manuel Oliveira Antunes. *Relações Internacionais e Transferência de Tecnologia*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BASSOLI, Marlene Kempfer. *Programa da Disciplina Intervenção do Estado na Ordem Econômica*, ministrada no Mestrado em Direito Negocial, da Universidade Estadual de Londrina, 2006.

BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo I. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRASIL, Ato Normativo n.º 15, do INPI.

_____, Constituição Federal de 1988.

_____, *Lei n.º 9279/96 - Lei da Propriedade Industrial*.

CORRÊA, Daniel Rocha. *Contratos de Transferência de Tecnologia: Controle de Práticas Abusivas e Cláusulas Restritivas*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2005.

DANNEMANN, Siemsen, Bigler & Ipanema Moreira. *Comentários à Lei de Propriedade Industrial e Correlatos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 3º volume, 23ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FILHO, Calixto Salomão. *Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)*, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001.

FLORES, César. *Contratos de Transferência de Tecnologia: Influência Econômica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

HANSEN, Gilvan Luiz. *Facticidade e Validade da Desobediência Civil no Estado Democrático de Direito*. Tese de Doutorado, UFRJ, 2004.

_____. *Disciplina Intervenção do Estado na Ordem Econômica*, ministrada no Mestrado em Direito Negocial, da Universidade Estadual de Londrina, 2006.

INPI, *website* (www.inpi.org.br), acesso em 3/5/06.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito Industrial: Noções Introdutórias*. Chapecó: UNOESC, 1994.

PRADO, Mauricio Curvelo de Almeida. *Contrato Internacional de Transferência de Tecnologia, Patente e Know-How*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.