

Privatização da Propriedade Intelectual – o caso português¹



Manuel Lopes Rocha
Advogado, Sócio da PLMJ

“[...] o Estado-Legislador retira-se da PI, o Estado retira-se do contencioso de PI, o Estado retira-se da outorga de títulos de Propriedade Industrial e mesmo aqueles direitos, ditos espontâneos, ou que não são registráveis, como o direito de autor, nem sempre escapam a este movimento”

Portugal está, sempre esteve, à deriva em sede de propriedade intelectual. Os sucessivos governos não têm uma orientação política concreta, pelo que os temas acabam por desaguar no Parlamento, quase sempre teatro de grandes indefinições que passam pelo interior dos partidos, onde se veem bem algumas divisões de opinião. Os recentes exemplos das iniciativas sobre a Cópia Privada ou o Acordo de Londres constituem uma excelente ilustração. Tudo, com a excepção óbvia do PCP, que sabe bem o que quer. A evolução do PCP registou-se, num anterior momento, em que se emancipou da sua muito antiga via de “compagnon de route” do Direito de Autor local e institucional. Contudo, há que reconhecer que os bons tempos da PI consensual já lá vão, mesmo nos países mais centrais da União Europeia. Mas, se é certo que o discurso da rua é acrisolado, as opções legislativas “punitivas” e organizativas quase nunca o são, e cada Estado faz o seu caminho, consoante a opção anterior, ao contrário do que se passa entre nós.

Daí que, paradoxalmente, ou talvez não, Portugal seja um terreno ideal de experimentação, num tema muito discutido, sobretudo na Europa, e de que dá conta a epígrafe. É um tema complexo e, diga-se, também contraditório, a expressão “privatização” pode, aqui e ali, parecer redutora. Ou seja, em meia dúzia de notas: o Estado-Legislador retira-se da PI, o Estado retira-se do contencioso de PI, o Estado retira-se da outorga de títulos de Propriedade Industrial e mesmo aqueles direitos, ditos espontâneos, ou que não são registráveis, como o direito de autor, nem sempre escapam a este movimento. As razões para este quadro que sumariamente descrevemos radicam, diz-se, na tecnologia, nos mercados e na política. Mas haverá outras, certamente. Breves exemplos destas rapidíssimas afirmações: a nenhum Estado que integra a UE é hoje permitido, praticamente, legislar sobre PI, pois o legislador bruxelense (quase) tudo consumiu. A latitude maior está, como dissemos, na opção punitiva e

organizativa. Mesmo “Bruxelas” não foge às contradições da práxis e conhece os seus falhanços, de que é exemplo, mas há mais, a impossibilidade de aprovar uma directiva impropriamente designada de “patentes de software”. No que tange à outorga de títulos de PI, veja-se o que se passa com os nomes de domínio na Internet, um sinal distintivo que foge, inteiramente, ao legislador e aos INPI internos. Os próprios direitos de autor, contaminados pela tecnologia (já nenhum escapará), louvam-se mais na protecção técnica, do que na protecção jurídica (cfr. a já longínqua Directiva 2001/29/CE, de 22 de Maio, Direito de Autor na Sociedade da Informação). Ou seja, assiste-se, no último caso, à dissolução do público num conjunto de utilizadores tecnicamente autorizados e controlados. A prazo, o legislador será completamente inútil, uma obsolescência, a última vítima da deriva “techno” em que vivemos.

Se compulsarmos, ademais, as directivas que regulam estas matérias, na UE, as directivas Comércio Electrónico, Enforcement e Direitos de Autor na SI, nelas surpreendemos apelos à retracção do legislador, o convite firme aos códigos de ética ou à autorregulamentação.

Mas, como dissemos, não é só o Estado-Legislador que bate em retirada da PI, o Estado-Julgador segue-lhe as mesmas pisadas. Veja-se o que se passa em França, o país-berço do Direito de Autor, em que, para se combater a contrafacção, não se reforçam tribunais, insiste-se em entidades administrativas, como a Hadopi, bem como na consagração das figuras da para-contrafacção, a fim de permitir que sejam estas entidades a encarregar-se do trabalho que outrora pertencia a órgãos judiciais. O facto de algumas experiências deste género falharem, aqui e ali, não significa que não permaneçam os sintomas.

Do mesmo modo, atente-se no que se vai passar na arbitragem em sede de patente europeia unificada, ou nas constantes discussões à volta da competência dos tribunais arbitrais para julgarem da valida-

¹ - A partir de um magnífico texto de Jean-Christophe Galloux, *La Privatisation de La Propriété Intellectuelle : Un exemple du retrait de l'Etat au xxi e siècle*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Lexis Nexis, Paris, 2014, págs. 307 e segs. Os temas são, em grande medida do prof. Galloux, a sua “adaptação” à realidade nacional é da nossa inteira responsabilidade

de das patentes. Ora, é precisamente aqui, "privatização" mais se acentuam. Estamos a pensar, como bom exemplo, na arbitragem obrigatória da nossa Lei nº 62/2011, de 12 de Dezembro, que consagra um regime especial de resolução de conflitos em que estão em causa patentes farmacêuticas. Cabe dizer que a Comissão Europeia já considerou que esta lei não infringe qualquer norma jus comunitária, pelo que esse último obstáculo foi ultrapassado. Esta lei e a sua prática merecem um estudo bem mais aprofundado, pois delas se extraem preciosos ensinamentos, por ser um quadro de uma conflitualidade muito interessante, em vários planos. Uma das suas primeiras ironias é o facto de coincidir com a instalação coeva de um Tribunal de Propriedade Intelectual que praticamente não conhece de processos de patentes. Os seus magistrados lidam com direito de autor, marcas e design, e pouco mais, pois são as patentes farmacêuticas o grosso do contencioso, sobretudo em países como o nosso. Nessa esteira, também o TPI mereceria um estudo autónomo, se calhar prometido pelo Ministério da Justiça e nunca feito. Alguns optimistas, sempre os há, constituem mesmo um "fan club" da sua prática, o que não deixa de ser surpreendente, atendendo a este e a outros tópicos. Por outro lado, matérias tão complexas, sobre as quais poucos, muito poucos, podem e devem opinar, são consideradas acessíveis a um grande número, por um tribunal superior local. Talvez o "remake" da velha anedota, contada por um grande jurista português, de que havia uma meia dúzia de especialistas mundiais de Inteligência Artificial e Direito, mas só no Norte de Portugal "tinhamos" trinta (!) É que, na verdade, há outras correntes que explicam, ou ampliam, esta "privatização": a efectiva especialização crescente de alguns (todos?) ramos do Direito e a mundialização. Esta matou os particularismos locais, no nosso caso algum casticismo que tentou intervir, com as ferramentas no fio, mudando a semântica ou clamando pela ilegalidade de alguma contratualidade importada e padronizada, todo um novo direito, aqui "privatizado" por natureza e relação de forças. É tempo, pois, de fazer entrar o vector "mercados". Na verdade, os activos que a PI representa são demasiadamente preciosos e estruturantes para que sejam

deixados ao sabor de uma espécie de loteria judicial, no sentido da imprevisão. Há, não tenhamos medo da realidade, desequilíbrios profundos, e até perigosos, entre especialistas que o são pela repetição invertida das matérias no seu labor, pelo contacto com as várias indústrias, e julgadores que, pela imensidão do seu escopo diário, não podem conhecer adequadamente daquelas matérias. Contudo, tal não deveria justificar que um grupo, felizmente assaz minoritário, de magistrados locais se permitira desahar certa jurisprudentia do TJUE, em sede de PI, a qual lhes cabe, tão-só, aplicar. Curiosamente, no passado, o temor era, entre nós, ao contrário, quando os magistrados já tinham uma escola formadora e os advogados, não. Estes continuam a não ter, mas aqueles que se especializam pelo seu mérito, ou pelos acasos da vida, têm obviamente vantagens sobre quem desconhece as várias "gramáticas".

Este debate é, finalmente, por natureza "de fora para dentro", a PI é um fenómeno mundial, Macondo é uma aldeia de ficção que se universalizou. Assim são os direitos das indústrias culturais e das outras. O "Royalty" é o rei. Valem aquelas empresas que derem o salto para a arena internacional. Até por isso, a retórica "ad nauseam" do empenhedorismo local esborrou-se no simbolismo, outra ironia cruel, das empresas farol agonizantes, nas áreas da tecnologia da informação e da biotecnologia. Por tudo isto, Portugal não deixa de ser um interessante caso de estudo nesta área, tanto mais que, como já Herculano e Garrett alertavam, queima sempre etapas. O Estado-legislador, retirado, entre outras, pela pressão da integração em organizações supranacionais, ou pela deriva que as sinalamos, o Estado, em geral, com ênfase nas suas funções administrativas, atrofia do pela Tecnologia, a Mundialização e os Mercados que impõem regras de "privatização". Finalmente, o Estado-julgador, que nunca teve tempo para se adestrar verdadeiramente, deinha perante a assunção de formas de resolução mais rápidas, mais especializadas, mais eficientes e, com o de- vir acelerado dos tempos, incontornáveis. Não ficaremos, pois, como aquele personagem de Balzac que não percebia por que razão uma calche que valeria dois mil francos, acabou a custar quatro mil. Explícaram-lhe, então, que as rodas "sont à patente" ...

*este texto não segue o Novo Acordo Ortográfico

"(...) não é só o Estado-legislador que bate em PI, o Estado-julgador segue-lhe as mesmas pisadas. Veja-se o que se passa em França, o país-berço do Direito de Autor, em que, para se combater a contrafeição, não se reforçam tribunais, insiste-se em entidades administrativas, como a Hadopi, bem como na consagração das figuras da para-contrafeição"