

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO**

Heloísa Gomes Medeiros

**MEDIDAS DE FRONTEIRA TRIPS-PLUS:
IMPLICAÇÕES E LIMITES À EXPANSÃO DE NORMAS DE
OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE
INTELECTUAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito – área de concentração de Relações Internacionais.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Wachowicz

Florianópolis

2011

Heloísa Gomes Medeiros

**MEDIDAS DE FRONTEIRA TRIPS-PLUS: IMPLICAÇÕES E
LIMITES À EXPANSÃO DE NORMAS DE OBSERVÂNCIA DOS
DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, área de concentração de Relações Internacionais.

Florianópolis, 11 de agosto de 2011.

Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Dr. Marcos Wachowicz (PPGD-UFSC)

Membro externo: Prof. Dr. Denis Borges Barbosa (PUC-RIO)

Membro interno: Prof. Dr. José Isaac Pilati (PPGD-UFSC)

Membro interno: Prof. Dr. Jaime Coelho (PPGRI-UFSC)

À minha família.

AGRADECIMENTOS

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito desta Universidade, e a todos seus professores e servidores que contribuíram na minha formação.

Ao meu orientador, Professor Marcos Wachowicz, pela acolhida, amizade, companheirismo e orientação. Agradeço por me fazer voar mais alto.

Ao Professor Rodrigo Bastos Raposo, por ter sido o primeiro a acreditar no meu potencial como pesquisadora, apoiando os primeiros passos neste caminho sem volta.

À Univesidade de Buenos Aires, em especial à professora Sandra Negro, que gentilmente me recebeu no Centro de Estudos Interdisciplinares de Direito Industrial e Econômico (CEIDIE) onde realizei parte da pesquisa, e ao professor Carlos Correa, pelo inestimável auxílio no projeto e na formação de ideias.

Aos companheiros do GEDAI. Guilherme Coutinho, com quem dividi os primeiros conhecimentos e angustias neste processo que geraram muito aprendizado e carinho. Amanda Madureira, pelo sorriso sempre amável, palavras doces e amizade inestimável. Alexandre Pessler, pela parceria em todos os momentos. Christiano Lacorte, Rangel Trindade, Sarah Linke, Gabriela Arenhart e Karen Manenti pelo trabalho em conjunto e por darem continuidade ao crescimento do grupo.

Aos colegas de trabalho do Departamento de Inovação Tecnológica, em especial, à Rozangela Curi Pedrosa, Irineu Frey, Rodrigo Frozin, Kelli Bittencourt e Carolina Laurindo Thomas, pela confiança, compreensão e apoio que foram fundamentais para execução deste trabalho.

À Francisco Neves da Silva, pela amizade e constante ajuda acadêmica desde períodos anteriores ao mestrado.

Aos amigos Bruna Roncato, Letícia Canut, Juliana Rocha, Fábio Maia, Carolina Bahia, André Oliveira e Michele Tranquilo que fizeram a vida ser mais doce e alegre neste período.

À Tia Socorro, que mesmo com as reviravoltas da vida, esta sempre comigo, apoiando, cuidando e amando.

À Camila Medeiros e Clarisse Medeiros, que trabalharam arduamente na revisão e formatação deste trabalho, agradeço pelo carinho e apoio que somente primas/irmãs podem oferecer.

Aos meus pais, Juarez e Maria de Jesus, pelo amor e apoio incondicionais. Ao meu irmão, Juarez, por ter sido meu principal companheiro nesta jornada. À minha irmã, Flávia, meu exemplo de dedicação. Vocês são a minha maior saudade.

Agradeço a toda minha família, base da minha existência, e a todos os meus amigos, que longe ou perto torceram pela minha vitória.

RESUMO

O objetivo geral deste trabalho consiste em analisar as novas disposições em matéria de observância dos direitos de propriedade intelectual por meio de medidas de fronteira surgidas em novos foros que discutem e regulamentam o tema. Foram utilizados o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica. Os novos foros e regras surgem do entendimento por parte dos países desenvolvidos de que é necessário aumentar os padrões internacionais de proteção dos direitos de propriedade intelectual, suscitando questionamentos sobre as implicações desta expansão no desenvolvimento e na manutenção do equilíbrio entre interesse público e privado. É necessário observar estas normas por meio dos limites e padrões máximos existentes no Acordo TRIPS para que sejam alcançadas orientações que possibilitem a criação de normas equilibradas de medidas de fronteira, avaliando custos e benefícios, preservando interesse público e privado, deixando espaço para autonomia e flexibilidades para os países se desenvolverem.

Palavras-chave: Propriedade intelectual. Medidas de fronteira. Observância. Acordo TRIPS. Equilíbrio. Desenvolvimento.

ABSTRACT

The main objective of this work is to analyze the new provisions in matter of enforcement of intellectual property rights through border measures arising in new forums that discuss and regulate the subject. Were used the deductive approach method, the monographic procedure method and the literature research technique. The new forums and rules emerge from the developed countries' understanding that it's necessary to increase the international standards of intellectual property rights protection, raising questions about the implications of this expansion in developing and maintaining the balance between public and private interests. It's necessary to observe these norms through the maximums limits and standards in TRIPS Agreement so that reach the orientations that enable the creation of balanced border measures rules, evaluating costs and benefits, preserving public and private interests, and leaving space for autonomy and flexibility for countries to develop.

Keywords: Intellectual Property. Border measures. Enforcement. TRIPS Agreement. Balance. Development.

LISTA DE SIGLAS

ABS	- <i>Access and Benefit-Sharing</i>
ACTA	- Acordo Comercial Anti-Contrafação
ADPIC	- Acordo sobre os Aspectos da Propriedade Intelectual Relativos ao Comércio
AED	- Análise Econômica do Direito
ACTA	- Anti-Counterfeiting Trade Agreement
ASEAN	- Associação de Nações do Sudeste Asiático
BIRPI	- <i>Bureaux Internationaux Reunis Pour la Protection de la Propriété Intellectuelle</i>
BASCAP	- <i>Business Coalition to Stop Counterfeiting and Piracy</i>
CE	- Comunidade Europeia
CIPIH	- <i>Commission on Intellectual Property Rights, Innovation, and Public Health</i>
CCA	- Conselho de Cooperação Aduaneira
CDB	- Convenção da Diversidade Biológica
DRM	- <i>Digital Rights Management</i>
DPIs	- Direitos de propriedade intelectual
EUA	- Estados Unidos da América
FTAs	- <i>Free Trade Agreements</i>
GATT	- General Agreement on Tariffs and Trade
IMPACT	- <i>International Medical Products Anti-Counterfeiting Taskforce</i>
ITU	- <i>International Telecommunications Union</i>
KEY	- <i>Knowledge Ecology International</i>
OMC	- Organização Mundial do Comércio
ONU	- Organização das Nações Unidas
OCDE	- Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMPI	- Organização Mundial da Propriedade Intelectual
OMS	- Organização Mundial da Saúde
OMA	- Organização Mundial das Aduanas
OCDE	- Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OCEE	- Organização para Cooperação Econômica Europeia
OECD	- <i>Organization for Economic Co-operation and Development</i>
P&D	- Pesquisa e Desenvolvimento
PI	- Propriedade intelectual
PIB	- Produto Interno Bruto

PRINCIPLES - *Principles and Elements of National Legislation against Counterfeit Medical Products*

PNB - Produto Nacional Bruto

SECURE - *Standards Employed by Customs for Uniform Rights Enforcement*

TLC - Tratados de Livre Comércio

TRIPS - *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

UPU - União Postal Universal

WCO - *World Customs Organization*

WIPO - *World Intellectual Property Organization*

WSIS - *World Summit on Information Society*

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	MEDIDAS DE FRONTEIRA EM PROPRIEDADE INTELLECTUAL	17
2.1	MEDIDAS DE FRONTEIRA	17
2.2	ASPECTOS GERAIS SOBRE PROPRIEDADE INTELLECTUAL.....	21
2.3	PERSPECTIVAS ECONÔMICAS E CONCORRENCIAIS DA PROPRIEDADE INTELLECTUAL.....	24
2.3.1	Mercado, livre concorrência e propriedade intelectual	25
2.3.2	Fundamentos da proteção da propriedade intelectual	30
2.3.3	Propriedade intelectual e concorrência	32
2.4	A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO E SEUS REFLEXOS NA PROPRIEDADE INTELLECTUAL.....	37
2.4.1	Liberdade como desenvolvimento	40
2.4.2	Desenvolvimento e propriedade intelectual	45
3	TUTELA INTERNACIONAL DAS MEDIDAS DE FRONTEIRA: O ACORDO TRIPS	49
3.1	TUTELA INTERNACIONAL DA PROPRIEDADE INTELLECTUAL.....	49
3.1.1	Estado, território, soberania e princípio da territorialidade	50
3.1.2	Princípio da territorialidade na propriedade intelectual	54
3.2	ACORDO TRIPS	55
3.2.1	Considerações iniciais	56
3.2.2	Natureza, abrangência, objetivos e princípios	58
3.3	OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELLECTUAL POR MEIO DE MEDIDAS DE FRONTEIRA NO ACORDO TRIPS.....	61
3.3.1	Obrigações gerais de observância	62
3.3.2	Medidas de fronteira no Acordo TRIPS	65
4	NOVOS FOROS INTERNACIONAIS DE DISCUSSÃO SOBRE MEDIDAS DE FRONTEIRA	77
4.1	PRIMEIRA MUDANÇA DE FORO: DA OMPI À OMC.....	77

4.2	SURGIMENTO DE NOVOS FOROS EM PROPRIEDADE INTELECTUAL	83
4.2.1	Motivações e estratégias	86
4.2.2	Complexo de regime internacional da propriedade intelectual	93
4.3	NOVOS FOROS INTERNACIONAIS SOBRE MEDIDAS DE FRONTEIRA	97
4.3.1	Tratados de Livre Comércio	97
4.3.2	Organização Mundial das Aduanas	100
4.3.3	Organização Mundial da Saúde	106
4.3.4	União Postal Universal	109
4.3.5	Acordo Comercial Anti-Contrafação	111
5	MEDIDAS DE FRONTEIRA TRIPS-PLUS E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E SOCIAIS	113
5.1	MEDIDAS DE FRONTEIRA TRIPS-PLUS E O ACORDO TRIPS	115
5.1.1	Preâmbulo, objetivos e princípios	116
5.1.2	Padrões máximos no Acordo TRIPS	125
5.2	SUSPENSÃO DE BENS EM TRÂNSITO: O CASO DA LEGISLAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA FRENTE AO COMÉRCIO LEGÍTIMO DE MEDICAMENTOS ENTRE PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO	131
5.2.1	Medidas em trânsito e o princípio da territorialidade	134
5.2.2	Liberdade de trânsito	138
5.2.3	Acordo TRIPS, saúde pública e medicamentos	141
5.3	MEDIDAS DE FRONTEIRA TRIPS-PLUS E DESENVOLVIMENTO	146
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	152
	REFERÊNCIAS	159

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, nota-se que diversos grupos econômicos e governamentais de países desenvolvidos se empenham em aumentar, internacionalmente, os níveis de proteção acerca das regras de observância dos direitos de propriedade intelectual, em especial por meio de medidas de fronteiras.

Essa disposição, contudo, sob o pretexto de intensificar a luta contra a contrafação e a pirataria, além de não contemplar a eficácia das normas já existentes, particularmente as estipuladas pelo Acordo sobre os Aspectos da Propriedade Intelectual Relativos ao Comércio - ADPIC (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* - TRIPS), deixa de lado a falta de estudos sobre estas práticas e as verdadeiras perdas advindas delas.

Outras reflexões acreditam que à propriedade intelectual cumpre outros desafios que não o mero combate a contrafação e a pirataria sem analisar as implicações que estas normas podem ocasionar aos seus destinatários (concorrentes, consumidores e população em geral).

Desta forma, no presente trabalho parte-se da ideia de que a proteção aos direitos de propriedade intelectual tem sim como objetivo final o desenvolvimento tecnológico, econômico e social dos países. Porém, a proteção da propriedade intelectual acrítica pode frustrar tais intenções, visto que nem todos os países possuem o mesmo nível de desenvolvimento tecnológico e comercial¹. Alguns países conseguem

¹ Sobre este aspecto Peter Drahos faz o seguinte questionamento e reflexão: “[...] os EUA e Ruanda são membros da OMC. Será que faz sentido obrigar tanto os EUA como Ruanda, que é um dos países menos desenvolvidos membro da OMC, a promulgar uma lei de patentes que permita o patenteamento de produtos farmacêuticos? Os EUA têm a maior empresa farmacêutica do mundo (Pfizer), uma indústria farmacêutica de pesquisa sofisticada e uma infra-estrutura de pesquisa maciça, que inclui 3.676 cientistas e engenheiros em P&D por milhão de pessoas. Ruanda não tem uma indústria farmacêutica e somente 35 cientistas e engenheiros em P&D por milhão de pessoas. Em face disso pode haver uma regra para o caso de patentes de produtos farmacêuticos nos EUA, mas certamente não em Ruanda. Ruanda adotando tal regra não é provável que provoque uma onda de inovação farmacêutica no próprio país de investimento estrangeiro de empresas farmacêuticas. Tal inovação e investimento dependem de muitos outros fatores além das regras de patentes. Mesmo se Ruanda promulgar um prazo de patente de 40 anos, por exemplo (TRIPS exige 20 anos no mínimo), suspeita-se que a Pfizer não começaria a investir pesadamente em Ruanda. Aqui temos o resultado de um caso para os estados serem autorizados a terem alguma discricionariedade para fixar o nível de proteção da propriedade intelectual no caso dos produtos farmacêuticos.” (tradução nossa). DRAHOS, Peter. Introduction. In: DRAHOS, Peter; MAYNE, Ruth (eds.). **Global intellectual property rights: knowledge, access and development**. London: Oxfam, 2002. p. 2.

tirar de um sistema de regras mais rígidas seu proveito econômico máximo, porém para outros países o custo de implementação destas pode sair bastante caro em termos não apenas de retorno econômico, mas, principalmente de déficit social.

Estes fatos deram ensejo ao problema que motivou a pesquisa ora apresentada: Em que medida a crescente regulamentação internacional em matéria de observância dos direitos de propriedade intelectual por meio de medidas de fronteira prejudica a livre circulação de bens entre países em desenvolvimento e constitui afronta ao princípio da territorialidade?

A hipótese formulada como possível resposta a questão suscitada foi a de que algumas medidas de fronteira com padrões mais elevados criam barreiras não tarifárias ao comércio legítimo de mercadorias entre países em desenvolvimento e constituem afronta ao princípio da territorialidade. Deste modo, a ampliação do rol de direitos de propriedade intelectual passíveis de suspensão de liberação pelas autoridades alfandegárias, a possibilidade de estender a suspensão para mercadorias destinadas à exportação e em trânsito e a permissão para atuação *ex officio* das autoridades aduaneiras acabam por conflitar com o preâmbulo e os artigos 41.1 e 41.2 do Acordo TRIPS.

Diante do exposto, o objetivo geral deste trabalho consiste em analisar as novas disposições em matéria de observância dos direitos de propriedade intelectual por meio de medidas de fronteira surgidas destes novos foros.

Para tanto, estabeleceu-se objetivos específicos, que refletiram nos capítulos do trabalho: a) abordar a definição de medidas de fronteira inserido-a nos marcos teóricos adotados quanto à propriedade intelectual; b) analisar as motivações, princípios e formas sobre regras de observância dos direitos de propriedade intelectual por meio de medidas de fronteira no âmbito do Acordo TRIPS; c) examinar a questão da mudança de foro e as novas disposições sobre medidas de fronteira contidas nos mesmos; d) verificar as implicações jurídicas e sociais de medidas de fronteira TRIPS-plus.

Com o intuito de proceder a esta análise foram adotadas duas concepções teóricas, uma relacionada à propriedade intelectual e outra, em complemento a primeira, sobre o conceito de desenvolvimento seguido no trabalho.

Analisou-se primeiramente a propriedade intelectual a partir da perspectiva econômica e concorrencial, que possuem, respectivamente, como expoentes da teoria utilitarista de Willian Landes e Richard

Posner, encontrada na obra *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, e da concorrencial de Tullio Ascarelli, cuja obra *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales* foi utilizada.

Parte das discussões do trabalho fundamenta-se na ideia de que os direitos de propriedade intelectual devem servir para a maximização do bem-estar social, por meio da eficiência econômica provocada pela concorrência entre agentes econômicos. Porém, observa-se que tal teoria limita-se mais à ordem econômica, sem maiores ponderações sobre o aspecto social da propriedade intelectual, que é considerado fundamental no presente trabalho, ao se referir sobre o efeito de regras mais rígidas em propriedade intelectual.

Investiga-se, também, no trabalho se a adoção das normas propostas internacionalmente sobre medidas de fronteira responsabilizam demasiadamente o poder público, e assim não deveriam ser adotadas pelos países em desenvolvimento tendo em vista tantas outras preocupações de cunho estritamente público e de necessidades básicas como a proteção dos direitos humanos, segurança pública e acesso à saúde, que garantem, neste momento, muito mais o desenvolvimento socioeconômico necessário para estes países do que regras mais rígidas de propriedade intelectual em medidas de fronteira.

Desta forma, segue-se também a linha teórica do liberalismo humanista de Amartya Sen, abordada na obra *Desenvolvimento como liberdade*, considerando o impacto da propriedade intelectual na sociedade, sendo necessário utilizar o sistema de propriedade intelectual como instrumento de políticas públicas, e conseqüentemente de desenvolvimento social.

Amartya Sen vincula o conceito de desenvolvimento ao conceito de liberdade. O indivíduo precisa ser livre, isto é, necessita ter suas necessidades básicas satisfeitas (acesso à saúde, alimentação, moradia, educação, saneamento básico) para atuar também livremente no mercado e atingir o desenvolvimento.

Em linhas introdutórias, estas são as concepções teóricas adotados para interpretar a presente pesquisa e consiste no objeto do primeiro capítulo, no qual se busca analisar as medidas de fronteira como norma de propriedade intelectual cuja finalidade deve seguir tais entendimentos.

No segundo capítulo, concentra-se a tutela internacional das medidas de fronteira estabelecida pelo Acordo TRIPS. Na primeira parte do capítulo introduz-se um dos elementos constantes no problema e na hipótese formulada: o princípio da territorialidade que caracteriza a

proteção dos direitos de propriedade intelectual. Porém, apesar do caráter territorial é necessário que haja tutela internacional destes direitos, atualmente regulada pelo Acordo TRIPS, que é tratada na segunda parte do capítulo. Por fim, analisam-se as regras do Acordo TRIPS sobre observância dos direitos de propriedade intelectual por meio de medidas de fronteira, a partir das obrigações gerais de observância e exigências especiais relativas a medidas de fronteira.

O terceiro capítulo examina os novos foros internacionais que discutem e regulam sobre medidas de fronteira. Este é um movimento que se encontra presente desde a formação da tutela internacional da propriedade intelectual, que vem se aprofundando e criando um regime complexo de tais normas com implicações preocupantes do ponto de vista teórico e prático no direito internacional. Assim, são analisados dispositivos e negociações estabelecidas nos Tratados de Livre Comércio (TLC), na Organização Mundial das Aduanas (OMA), na Organização Mundial da Saúde (OMS), na União Postal Universal (UPU), e no Acordo Comercial Anti-Contrafação (ACTA).

Por fim, no quarto capítulo, tratam-se das implicações jurídicas e sociais que a adoção de medidas de fronteira TRIPS-plus pode ocasionar tendo em vista os marcos teóricos adotados. Primeiramente, faz-se uma análise destas medidas levando em consideração o Acordo TRIPS, que estabelece limites e não apenas padrões mínimos. Segue-se com o exame sobre o caso da suspensão de bens em trânsito, especificamente quanto a medicamentos, realizados por países da União Europeia, como exemplo das conseqüências advindas da aplicação deste tipo de medida. E a última seção tratará de impactos sociais voltados ao desenvolvimento e equilíbrio entre interesse público e privado.

Quanto à metodologia foram utilizados o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica², assumindo a autora a responsabilidade pelas traduções realizadas no corpo do texto.

Interessante é notar a relevância desse tema na atual conjuntura político-econômica do Brasil, uma vez que este figura com destaque – assumindo grande influência em eventos econômicos internacionais tanto em âmbito regional quanto multilateral – entre os países que possuem o desafio de buscar o equilíbrio entre o interesse público e o

² LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2001.

direito dos titulares, considerando os efeitos socioeconômicos da propriedade intelectual e as prioridades de desenvolvimento nacional.

Nesse sentido, é preciso reconhecer as mudanças que ocorrem sobre direitos de propriedade intelectual para utilizá-los em favor do interesse público, na consecução dos objetivos fundamentais do país, entre os quais se destacam a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a promoção do bem de todos.

2 MEDIDAS DE FRONTEIRA EM PROPRIEDADE INTELECTUAL

O presente capítulo tem por objetivo abordar de forma específica as medidas de fronteira como instrumento relevante na observância de direitos de propriedade intelectual. Este tema encontra-se em voga em boa parte dos debates internacionais atuais, sendo considerado meio essencial para impedir a violação dos direitos de propriedade intelectual³.

2.1 MEDIDAS DE FRONTEIRA

As medidas de fronteira⁴, em propriedade intelectual, referem-se aos mecanismos que podem ser adotados por autoridades aduaneiras⁵ ou tribunais para controlar a circulação de bens que infrinjam direitos de propriedade intelectual através da fronteira do território de um país⁶.

As normas que regulam esse tipo de medida caracterizam-se por serem de direito privado, cujo objetivo principal é fornecer ao detentor de um direito de propriedade intelectual meios para fazer valer seus direitos quando há suspeitas fundadas de que um produto é pirateado ou contrafeito⁷, isto é, conferir-lhe mecanismos para atuar junto às autoridades aduaneiras impedindo a entrada em circulação destes bens.

³ CORREA, Carlos M. The push for stronger enforcement rules: implications for developing countries. In: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD). **The global debate on the enforcement of intellectual property rights and developing countries**. Programme on IPRs and Sustainable Development, Issue Paper No.22, Geneva, Switzerland, 2009a.

⁴ No Acordo TRIPS estas medidas são denominadas “exigências especiais relativas a medidas de fronteira”, presentes nos artigos 51 a 60, Seção 4, Parte III, e serão tratadas no próximo capítulo. No presente trabalho sempre que se fizer referência a expressão “medidas de fronteira”, quer se dizer as medidas de fronteira relativas à propriedade intelectual.

⁵ Alfândega ou aduana é o órgão do governo que tem como função fiscalizar a entrada e saída de mercadorias em um país, aplicando as legislações nacionais relativas às políticas de comércio exterior, garantindo segurança a economia e a população.

⁶ CORREA, 2009a.

⁷ Os conceitos de pirataria e contrafação, para os fins a que se destina este trabalho, serão abordados mais adiante.

Como forma de garantir que o objetivo das medidas de fronteira seja alcançado, concede-se ao próprio titular do direito a faculdade de acionar, através de requerimento, as autoridades aduaneiras, pois, “por conhecer melhor que ninguém os detalhes característicos dos bens legítimos, o proprietário dos direitos de propriedade intelectual exerce uma função central na obtenção de ação alfandegária na luta contra a pirataria e a contrafação”⁸.

Cabe às autoridades aduaneiras aplicar os procedimentos legais previsto nas legislações nacionais, visto que, com o fluxo comercial internacional cada vez maior, elas têm tido papel primordial no apoio aos objetivos político-econômicos dos países e nas questões relativas às infrações à propriedade intelectual. Em todo o globo, há uma pressão muito forte para que mais atributos sejam dados às aduanas na repressão a contrafação e a pirataria.

Internacionalmente, no âmbito destas repartições, existe a Organização Mundial de Aduanas (OMA)⁹, organização intergovernamental constituída para trocar informações entre as autoridades do ramo e realizar atividades de assistência técnica em operações aduaneiras. A OMA é constituída por 174 administrações aduaneiras que operam em todos os continentes e seus membros respondem por 98% do fluxo do comércio internacional. Quanto à propriedade intelectual, a OMA é responsável por desenvolver padrões internacionais com o objetivo de garantir o respeito a estes direitos.¹⁰

As medidas de fronteira podem evitar que os direitos de uso exclusivo do titular sejam usurpados e que maiores prejuízos sejam

⁸ PIMENTEL, Isabella. A observância aos direitos de propriedade intelectual nos tratados internacionais administrados pela OMPI e no Acordo TRIPS. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (Coord.). **Propriedade intelectual: estudos em homenagem à professora Maristela Basso**. Curitiba: Juruá Editora, 2005. p. 135.

⁹ O surgimento da OMA possui como precursor um grupo de estudo sobre a possibilidade de estabelecer uma ou mais uniões aduaneiras entre países europeus baseadas nos princípios do GATT, estabelecido na esfera da Organização para Cooperação Econômica Europeia (OCEE), no ano de 1947. A partir de tal grupo, foram estabelecidos dois comitês: um comitê econômico, que deu origem a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE); e um comitê aduaneiro, de onde surgiu o Conselho de Cooperação Aduaneira (CCA), em funcionamento desde 1952. Em 1994, o CCA adotou o nome de World Customs Organization (WCO) – em português, Organização Mundial de Aduanas (OMA) -, para refletir melhor a transição para uma organização intergovernamental genuinamente global.

¹⁰ WORLD CUSTOMS ORGANIZATION. Escrito e Publicado por WCO. Disponível em: <<http://www.wcoomd.org>>. 2008. Acesso em: 04 mar. 2010.

contabilizados. Sua utilização funciona, portanto, como importante meio impeditivo do comércio de mercadorias falsificadas ou contrafeitas que podem prejudicar a saúde, a segurança e diversos interesses econômicos¹¹.

Tendo em vista que as medidas de fronteira, como espécie de norma de observância, têm a função de combater infrações à propriedade intelectual, infere-se que tais medidas são instrumentos eficazes das políticas de concorrência, visto que combatem a atividade ilícita no mercado de terceiros que se beneficiam de direitos dos titulares. As medidas de fronteira, quando aplicadas de forma eficaz, servem como garantia do livre mercado, proteção dos titulares e dos consumidores, e crescimento e desenvolvimento econômico¹² dos países.

¹¹ Existem muitas dúvidas sobre as verdadeiras perdas advindas da contrafação e da pirataria. Carlos Correa, analisando a justificativa, que muitos utilizam, que é necessário aumentar as regras de combate a estas infrações em decorrência da elevada perda econômica afirma que “el fundamento empírico de este reclamo es débil y la dimensión de la pérdida, con frecuencia exagerada. Por ejemplo, la Business Coalition to Stop Counterfeiting and Piracy – BASCAP – (Coalición Comercial para Detener la Falsificación y la Piratería) estimó que las pérdidas mundiales atribuibles a la falsificación y a la piratería ascienden a 600 mil millones de dólares por año. Un estudio de la OECD sobre el impacto económico de la falsificación y la piratería estimo que el volumen de productos piratas o falsificados comercializados a escala internacional a 200 mil millones de dólares estadounidenses en el año 2005, pero reconoció que ‘hasta el momento, no se ha llevado a cabo un riguroso análisis cuantitativo para calcular la total magnitud de las actividades de piratería y falsificación... Se desconoce la medida en que los productos se están falsificando y pirateando, y no parecen existir metodologías que se puedan emplear para desarrollar un cálculo general aceptable’. Por lo general, los cálculos existentes son suministrados por grupos comerciales interesados sobre la base de hipótesis arbitrarias y metodologías defectuosas.” Argumenta-se ainda que em relação a alguns países, em especial os em desenvolvimento, os impactos socioeconômicos causados no combate a estas infrações não são compensatórios. Os maiores beneficiários de um sistema excessivamente rigoroso são os países que detêm a maior parte da tecnologia protegida, para os países desenvolvido “los costos del sistema de observancia de DPI pueden ser compensados por beneficios económicos e de otra naturaleza, incluso por mayores ingresos fiscales, para los países en desarrollo, intensificar las actividades de observancia puede implicar el uso de sus escasos recursos para proteger los intereses comerciales de empresas extranjeras. Además, las normas de observancia que no tienen en cuenta los intereses públicos de manera adecuada pueden impedir que gran parte de la población tenga acceso a los productos protegidos por DPI, necesarios para cubrir las necesidades de salud pública, educación, y de otra índole” CORREA, 2008, p. 121-123.

¹² “Crescimento econômico é o aumento da produção real de um país (PIB) que ocorre durante determinado período. Ele resulta de (1) maior quantidade de recursos naturais, recursos humanos e capital, (2) melhorias na qualidade dos recursos e (3) avanços tecnológicos que impulsionam a produtividade. [...] O desenvolvimento econômico é simplesmente o processo pelo qual uma nação melhora seu padrão de vida durante determinado período.” BRUE,

Além disso, elas estão inseridas em um âmbito mais amplo de regras de propriedade intelectual designada internacionalmente por *enforcement*. Trata-se de um termo de difícil tradução específica para o português, que pode significar efetivação, execução, aplicação, cumprimento e observância, de forma isolada ou conjuntamente. O presente trabalho alinha-se a corrente latino-americana que vem traduzindo por observância¹³ como *executar um determinado direito*.

As normas de observância, a exemplo das próprias medidas de fronteira, foram criadas com o objetivo de tornar efetivos os direitos de propriedade intelectual. Isto porque são mecanismos a serem utilizados pelos titulares de direitos de propriedade intelectual para fazerem valer seus direitos de exclusividade. Sua finalidade, destarte, é evitar ou impedir que terceiros não autorizados utilizem indevidamente o objeto destes direitos e causem danos econômicos advindos da infração ao desrespeitarem o direito de exclusividade temporária outorgada pelo Estado.

De nada adiantaria da perspectiva tanto dos titulares quanto dos governos estabelecer direitos de exclusivos temporários sem previsão de um sistema que garanta a aplicação desses direitos. Além das medidas de fronteira existem ainda como meios que visam garantir a observância dos direitos de propriedade intelectual, procedimentos e remédios civis e administrativos, medidas cautelares e procedimentos penais.

Cabe recordar também que as medidas de fronteira realçam fortemente o caráter internacional da propriedade intelectual, já que envolvem a proteção deste direito quando realizadas trocas comerciais internacionais, e o tratamento legal internacional sobre a matéria é dado pelo Acordo sobre os Aspectos da Propriedade Intelectual Relativos ao Comércio - ADPIC (em inglês, *Trade Related Aspects of Intellectual*

Stanley L. História do pensamento econômico. Tradução de Luciana Penteadó Miquelino. 6. ed. São Paulo: Thomson Learning, 2006.

¹³ Neste sentido estão as obras de Carlos M. Correa, da Universidade de Buenos Aires, um dos principais marcos teóricos deste trabalho. Na tradução realizada pelo Brasil da Ata Final da Rodada Uruguai, assinada em Maraqueche, em 12 de abril de 1994, promulgada pelo presidente por meio do Decreto 1355/1994, utiliza-se a expressão *aplicação*, que não consideramos a mais apta a designar o significado que a palavra *enforcement* possui. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1355-94.pdf. Acesso em: 15 mar. 2010.

Property Rights – TRIPS)¹⁴, realizado no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC).

O Acordo TRIPS caracteriza-se por ser o marco legislativo internacional de maior relevância para o alcance da propriedade intelectual, pois estabelece os padrões mínimos que devem ser observados pelas legislações nacionais dos países-membros signatários. As medidas de fronteiras encontram-se disciplinadas nos artigos 51 a 60 do referido acordo.

Traçadas as linhas gerais sobre medidas de fronteira, analisa-se a seguir de forma mais detalhada, primeiramente, as questões relacionadas aos marcos teóricos adotados para examinar as medidas de fronteira como norma de direito de propriedade intelectual.

2.2 ASPECTOS GERAIS SOBRE PROPRIEDADE INTELECTUAL

A propriedade intelectual compreende o direito exclusivo sobre bens imateriais, isto é, a ordem jurídica garante ao criador o direito de explorar sozinho, ou sob seu consentimento, sua criação intelectual. É um direito disposto em lei sobre os resultados da atividade desenvolvida pelo intelecto, nos campos industrial, científico, literário e artístico.¹⁵

Apesar das críticas que se fazem à nomenclatura “propriedade intelectual” que, a primeira vista, remete a ideia de propriedade sobre coisas materiais, não refletindo de forma adequada o instituto, esta será a expressão utilizada neste trabalho tendo em vista que a sua aplicação nos instrumentos jurídicos internacionais encontra-se amplamente disseminada. São estes mesmos instrumentos jurídicos que também guiam os conceitos aqui apresentados sobre a matéria.

¹⁴ Neste trabalho opta-se pela terminologia em inglês do Acordo, tendo em vista ser a mais utilizada pelos doutrinadores sobre a matéria e nos acordos internacionais que guiam a presente pesquisa.

¹⁵ A Convenção que instituiu a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) assim define a propriedade intelectual: Article 2 Definitions. For the purposes of this Convention: [...] (viii) “intellectual property” shall include the rights relating to: literary, artistic and scientific works, performances of performing artists, phonograms, and broadcasts, inventions in all fields of human endeavor, scientific discoveries, industrial designs, trademarks, service marks, and commercial names and designations, protection against unfair competition, and all other rights resulting from intellectual activity in the industrial, scientific, literary or artistic fields. WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). **Convention Establishing the World Intellectual Property Organization**. 1979. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/convention/trtdocs_wo029.html#P50_1504>. Acesso em: 25 set 2010.

Estes direitos possuem um vasto campo de atuação, abrangendo a propriedade industrial, que corresponde à atividade intelectual nos campos industrial e científico, e o direito do autor, marcado pela atividade intelectual nos campos literário e artístico.¹⁶ Esta divisão clássica da propriedade intelectual não mais satisfaz as necessidades criadas pelos novos direitos deste ramo, como o programa de computador e as cultivares, tidos como direitos *sui generis*. Porém, para os fins deste trabalho, far-se-á uso da divisão entre propriedade industrial e direito de autor.

Na propriedade industrial estão incluídas, de acordo com o artigo 1.2, da Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial¹⁷, as patentes, os modelos de utilidade, os desenhos industriais, as marcas registradas, as marcas de serviço, os nomes comerciais, as indicações de proveniência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal.¹⁸

Já o direito de autor é constituído, de acordo com o artigo 2.1, da Convenção da União de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas¹⁹, por todas as produções do domínio literário, científico e

¹⁶ Para Newton Silveira a propriedade industrial é constituída pelo campo da técnica e o direito de autor pelo campo da estética, cujo denominador comum é serem criações intelectuais. Contrapõe ainda os dois direitos como o primeiro sendo útil (utilidade) e o segundo não útil (estético), e também, respectivamente, como forma e conteúdo. SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual**: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial. Barueri/SP: Manole, 2011. p. 5

¹⁷ A Convenção da União de Paris pode ser considerada como marco inicial do tratamento internacional da propriedade intelectual, juntamente com a Convenção da União de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas. A Convenção de Paris foi firmada em 20 de março de 1883 e completada, em 1891, na cidade de Madri, através de um Protocolo Interpretativo. Desde 1883 foram realizadas seis revisões e uma emenda: Revisão de Bruxelas – 14 de dezembro de 1900; Revisão de Washington – 2 de junho de 1911; Revisão de Haia – 6 de novembro de 1925; Revisão de Londres – 2 de junho de 1934; Revisão de Lisboa – 31 de outubro 1958; Revisão de Estocolmo – 14 de julho de 1967; e Emenda de 2 de outubro de 1979. Na Convenção de Paris não houve precipuamente o objetivo de unificar as leis e de resolver os conflitos destas. Trouxe melhor forma e conteúdo ao direito material dos Estados-Membros e estabeleceu os princípios de tratamento nacional e do tratamento unionista. BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a.

¹⁸ PARIS CONVENTION FOR THE PROTECTION OF INDUSTRIAL PROPERTY. 1979. Disponível em: <<http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/>>. Acesso em: 25 set 2010.

¹⁹ A Convenção da União de Berna data de 9 de Setembro de 1886. Novas reuniões foram realizadas em Paris a 4 de Maio de 1896, em Berlim a 13 de Novembro de 1908, em Berna a 20 de Março de 1914, em Roma a 2 de Junho de 1928, Bruxelas a 26 de Junho de 1948,

artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão. Abrange uma gama de bens intelectuais, dos quais se destacam, exemplificativamente, os livros, as obras dramáticas, as obras coreográficas, as composições musicais, as obras cinematográficas, os desenhos, as pinturas, as esculturas, as obras fotográficas.²⁰

Além de proteger bens distintos, estas duas modalidades possuem diferenças quanto à forma de aquisição, podendo ser constitutiva (a partir da expedição de certificado conferido por ato administrativo) ou declaratória (a proteção surge no momento da criação da obra); e quanto à duração, uma vez que, por exemplo, o Acordo TRIPS estabelece o mínimo de cinquenta anos depois da sua morte do autor, no caso do direito autoral, de sete anos renováveis para marcas e vinte anos para patentes; e quanto às sanções aplicáveis à sua violação.²¹

Ressalta-se, no entanto, que a propriedade intelectual, sob todas as suas formas, não está vinculada somente à questão da proteção de um direito tendo em vista seu criador. A propriedade intelectual é imbuída de uma relação exterior a esta ligação, que se traduz no estímulo à concorrência²² e, conseqüentemente, na criação de novas obras.

Os bens intelectuais são formados basicamente pela informação²³, que, a seu turno, caracteriza-se por ser um bem público ou ubíquo, ou seja, as informações não são diretamente apropriáveis²⁴. Para que a

Estocolmo a 14 de Julho de 1967 e em Paris a 24 de Julho de 1971; e emendada em 28 de setembro de 1979.

²⁰ BERNE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS. 1979. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs_wo001.html>. Acesso em: 25 set 2010

²¹ VICENTE, Dário Moura. **A tutela internacional da propriedade intelectual**. Coimbra: Almedina, 2008.

²² ASCARELLI, Tullio. **Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales**. Tradução de E. Verdera e L. Suárez-Llanos. Barcelona: Ed. Bosch, 1970.

²³ “A informação pode significar tanto o conteúdo da comunicação, quanto o ato de comunicação. Quando se refere ao conteúdo, trata-se, neste contexto da idéia. Este é sem dúvida, o primeiro aspecto que deve ser abordado, pois a criação intelectual é indissociável de uma concepção inicial, ou seja, de uma idéia que é suporte para a obra intelectual. Nessa linha de raciocínio é inevitável equiparar essa idéia a uma informação”. BARBOSA, Cláudio R. **Propriedade intelectual**: introdução a propriedade intelectual como informação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 68. No entanto, deve-se considerar que a ideia em si não é passível de proteção pelo instituto da propriedade intelectual, e sim a sua forma exteriorizada.

²⁴ Por isto que se diz que “A informação é livre. É um princípio fundamental. Desde que a adquiri licitamente, posso utilizá-la como desejar. Mas também esta zona de liberdade é alvo das maiores cobiças. De vários modos, procura-se obter a propriedade da informação.”

informação seja objeto da propriedade intelectual é necessário, primeiramente, que ela seja exteriorizada²⁵ e que alcance os requisitos estabelecidos para as formas protegidas.²⁶ Somente a informação que possui distintividade pode ser passível de ser exclusiva, o que demonstra a natureza pró-competitiva da propriedade intelectual.²⁷

A proteção dada pelo direito, por meio da propriedade intelectual, à informação, tornando privado o que outrora era público, é que lhe garante a característica de bem econômico, que, uma vez no mercado, garante ao titular retorno financeiro, “como um efeito *mediato* do reconhecimento da proteção”, visto que o imediato é fomentar a concorrência.²⁸

Como visto, a propriedade intelectual é indissociável das relações econômicas, e justamente por ser alvo desta atividade deve ser analisada por meio de sua eficiência e dos custos sociais a ela inerentes. Este será o tema objeto da primeira análise que segue.

2.3 PERSPECTIVAS ECONÔMICAS E CONCORRENCIAIS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

O objetivo de abordar a perspectiva econômica da propriedade intelectual neste capítulo consiste em discutir um dos marcos teóricos que fundamenta a presente pesquisa, que é a análise econômica e concorrencial.

ASCENSÃO, José de Oliveria. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. **Revista Esmafe:** Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 3, p. 125-145, mar. 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27320>>. Acesso em: 11 jan 2010.

²⁵ Como nota Tullio Ascarelli dois aspectos são encontrados nas criações intelectuais: ela não pode ser percebida senão através de sua exteriorização material em uma coisa ou energia, e ela nunca se identifica com nenhuma de suas exteriorizações, pois sempre as transcende. ASCARELLI, op. cit., p. 265.

²⁶ Ibid; BARBOSA, 2009.

²⁷ Neste sentido, Nuno Pires de Carvalho afirma que: “O que justifica a proteção é a capacidade de diferenciação. [...] Em resumo, a propriedade intelectual, em todas as suas modalidades, permite às empresas capturar aqueles ativos intangíveis que detêm e que servem para distingui-las de seus concorrentes”. CARVALHO, Nuno Pires. **A estrutura dos sistemas de patentes e marcas:** passado, presente e futuro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p. 15-16.

²⁸ GRAU-KUNTZ, Karin. **O que é direito de propriedade intelectual e qual a importância de seu estudo?** [20--].Disponível em: <<http://www.ibpibrasil.org/44072.html>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

2.3.1 Mercado, livre concorrência e propriedade intelectual

Discorrer sobre propriedade intelectual é falar, também, de economia moderna, pois este direito consiste em instrumento de organização econômica dos bens intelectuais.²⁹ Assim, considera-se primeiramente nesta análise que a ordem econômica global é regida pelo capitalismo e caracteriza-se, essencialmente, pela economia de mercado, isto é, os agentes econômicos atuam de forma livre. Porém, esta livre concorrência é abalada pela natureza complexa do próprio mercado e dos que nele atuam, exigindo uma intervenção do Estado em aspectos da economia para que sejam mantidas as próprias liberdades econômicas. Como salienta Frederico do Valle Magalhães Marques:

A idéia de regulação do Poder Econômico, no mercado, tem origem numa premissa sócio-econômica fundamental: todo agrupamento social, por mais simples que seja, organizado ou não sob a forma do Estado, que queira ter como fundamento básico da organização econômica a economia de mercado deve contar com um corpo de regras mínimas que garantam ao menos o funcionamento desse mercado, ou seja, que garantam um nível mínimo de controle das relações econômicas.³⁰

Neste sentido, Eros Roberto Grau afirma que o mercado é uma instituição jurídica, fundado num conjunto de normas jurídicas³¹. Acrescenta dizendo que pela própria natureza da economia, que ao buscar o maior lucro possível se torna perversa incidindo muitas vezes

²⁹ GRAU-KUNTZ, Karin. Ainda sobre a questão das peças de reposição. **Revista eletrônica do IBPI**. São Paulo, Edição especial: Sobre a questão das peças de reposição *must-match*, p. 71-82, jan. 2010. Disponível em: <<http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/b1f03417495d4142ffff831aac144220.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2011.

³⁰ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito internacional da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 4.

³¹ No mesmo sentido: ASCARELLI, op cit.

em abuso do poder econômico, deve também sofrer intervencionismo estatal. Neste cenário, o direito traz ao mercado calculabilidade e previsibilidade, elementos essenciais para existência deste:

Dizendo-o de modo mais preciso: *os mercados são instituições jurídicas*. [...] A exposição de Natalino Irti é incisiva: o mercado não é uma instituição espontânea, natural - não é um *locus naturalis* - mas uma instituição que nasce graças a determinadas reformas institucionais, operando com fundamento em normas jurídicas que o regulam, o limitam, o conformam; é um *locus artificialis*. O fato é que, a deixarmos a economia de mercado desenvolver-se de acordo com as suas próprias leis, ela criaria grandes e permanentes males. “Por mais paradoxal que pareça - dizia Karl Polanyi - não eram apenas os seres humanos e os recursos naturais que tinham que ser protegidos contra os efeitos devastadores de um mercado auto-regulável, mas também a própria organização da produção capitalista”. O mercado, anota ainda Irti, é uma *ordem*, no sentido de *regularidade* e *previsibilidade de comportamentos*, cujo funcionamento pressupõe a obediência, pelos agentes que nele atuam, de determinadas condutas. Essa uniformidade de condutas permite a cada um desses agentes desenvolver cálculos que irão informar as decisões a serem assumidas, de parte deles, no dinamismo do mercado.³²

Para o desenvolvimento das atividades mercantis a livre iniciativa e a livre concorrência são pressupostas, e a preservação do livre fluxo

³² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 29-30. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei n. 7.844/92, do Estado de São Paulo. Meia entrada assegurada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino. Ingresso em casas de diversão, esporte, cultura e lazer. Competência concorrente entre a União, Estados-membros e o Distrito Federal para legislar sobre direito econômico. Constitucionalidade. Livre iniciativa e ordem econômica. Mercado. Intervenção do Estado na economia. Artigos 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição do Brasil. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.1.950/SP. Confederação Nacional do Comércio – CNC, Governador do Estado de São Paulo e Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator; Eros Grau. DJ, 2 jun. 2006.

deve ser garantida com atuação do Estado, que, no entanto, deve ser mínima.³³ A livre concorrência permite a competição entre aqueles que desenvolvem atividades econômicas (bens e serviços), garantindo benefícios aos consumidores, que se beneficiam de melhores preços. Além de tutelar o consumidor, a livre concorrência do ponto de vista político é “garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder” e, do ponto de vista social, “deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada”.³⁴

É nesta estrutura de mercado que se encontra a propriedade intelectual, como um direito de exclusivo outorgado pelo Estado com vistas à concorrência³⁵. A exclusividade, como salienta Denis Borges Barbosa, incide no momento em que o bem imaterial adentra o mercado, tornando-se um “bem-de-mercado”.³⁶

Porém, os bens imateriais, diferentemente dos bens materiais, são bens públicos e caracterizados pela não-rivalidade de consumo e não-exclusividade de benefícios³⁷, cuja consequência da sua entrada no mercado é a perda do valor econômico.³⁸ Uma vez no mercado estes

³³ GRAU, op. cit.. Como afirma Denis Borges Barbosa: “Exercidos de forma razoável e compatível com a expectativa dos que ingressam e praticam a atividade econômica, não haverá intervenção do Estado, repressiva, modificativa ou de incentivo: um espaço menos de direito, que de liberdade”. BARBOSA, 2010a, p. 450.

³⁴ FERRAZ JÚNIOR apud GRAU, 2006, p. 210.

³⁵ “Há concorrência quando distintos agentes econômicos disputam a entrada, manutenção ou predomínio num mercado, definido por serviços ou produtos que sejam iguais ou – do ponto de vista do consumidor – substituíveis entre si; definido ainda pela efetividade dessa disputa num espaço geográfico e temporal determinado”. BARBOSA, 2010a, p. 453.

³⁶ Ibid., p. 58.

³⁷ Explica Josef Drexel que: “In economic theory, public goods as distinguished from private goods are characterized by their non-rivalry in consumption and non-excludability of benefits. Non-rivalry means that consumption of a given commodity by an additional person does not add any costs to its provision. [...] At the same time, public goods are non-exclusive: once provided, nobody can be excluded from their benefits.” DREXEL, Josef. The critical role of competition law in preserving public goods in conflict with intellectual property rights. In: MASKUS, Keith E., REICHMAN, Jerome H. **International public goods and transfer of technology under a globalized intellectual property regime**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2005. p. 711.

³⁸ “Nesse passo começa a ganhar contorno a idéia por trás do reconhecimento de um direito de propriedade sobre informações: o que se quer é, através do exclusivo, emprestar a elas um valor econômico. Em outras palavras, o que se quer é transformar aquilo que circulava livremente e, portanto, aquilo que não tinha um valor econômico, em *mercadoria*. *Mercadoria*,

bens são facilmente reproduzíveis e suscetíveis de fruição simultânea por vários indivíduos, surgindo a necessidade de criar um instrumento capaz de suprir esta falha de mercado (*market failure*). Tal falha de mercado é corrigida “através de um mecanismo jurídico que crie uma segunda falha de mercado, que vem a ser a restrição de direitos”, que dá origem a propriedade intelectual³⁹.

Assim, a propriedade intelectual surge como uma exceção a livre concorrência, princípio base da economia de mercado. O Estado intervém no mercado provocando uma escassez artificial dos bens imateriais, que conseqüentemente gera concorrência ao estimular a criação de novas tecnologias, que, por sua vez, garantem o bem-estar social⁴⁰. No entanto, como preleciona Tullio Ascarelli:

[...] as criações intelectuais [...] são suscetíveis de fruição simultânea e plural e sua distribuição (fruto recente do desenvolvimento jurídico)

por sua vez, como bem diz a própria expressão, pressupõe a existência de um mercado. Propriedade intelectual não faz sentido onde não há mercado.” GRAU-KUNTZ, 2010, p. 74

³⁹ BARBOSA, op. cit., p. 191. O autor destaca ainda dois outros tipos de falha de mercado: “quando o novo plano de concorrência, corrigido pelas normas da propriedade intelectual, se mostrasse incapaz de reconduzir à situação ideal do equilíbrio das forças de mercado, objetivo dessa análise econômica de feito neoclássico. Tal impotência do sistema de propriedade intelectual justificaria, por exemplo, os casos de *fair usage*, ou uso autorizado, das patentes e do direito autoral. [...] Outra forma de *market failure*, finalmente, ocorreria quando a proteção legal da propriedade intelectual levasse, por sua vez, a uma situação de monopólio imitigado, ou uma posição de poder jurídico excessivo, não correspondente à necessidade de superar a primeira modalidade de falha de mercado (a da livre cópia por todos).” *Ibid.*, p. 194.

⁴⁰ Este pensamento aproxima-se da Escola de Chicago. “A visão dessa escola fundamentou-se em critérios econômicos de avaliação dos resultados dos movimentos de mercado e do controle antitruste para concluir que o principal objetivo da política antitruste deve ser a busca da eficiência econômica, que leva necessariamente ao bem-estar social (*social welfare*). Essa busca da eficiência econômica, aumentando o bem-estar da sociedade, ocorre por meio da concorrência entre os agentes econômicos. Assim, a política antitruste inclui tanto um resultado final (bem-estar), como também o meio pelo qual ela é alcançada (rivalidade entre agentes). Se a conseqüência almejada é o bem-estar social, cabe ao consumidor receber uma parte considerável desse bem-estar.” BRANCHER, Paulo. **Direito da concorrência e propriedade intelectual**: da inovação tecnológica ao abuso de poder econômico. São Paulo: Singular, 2010, p. 65. No mesmo sentido a teoria utilitarista de Willian Landes e Richard Posner⁴⁰, fundamentado na ideia de que os direitos de propriedade intelectual devem servir para a maximização do bem-estar social. POSNER, Richard A.; LANDES, William M. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Massachusetts: Belknap, 2003. Assim, pode-se concluir que tanto a propriedade intelectual como o direito da concorrência, de acordo com estas teorias, e cada uma na sua esfera de atuação, visam a maximização do bem-estar social, a partir do desenvolvimento tecnológico e econômico.

constitui uma limitação, juridicamente estabelecida, a possibilidade natural de desfrute simultâneo das mesmas por parte de um número indefinido de sujeitos e por isso precisamente necessita de uma peculiar justificação e unicamente pode ser disposta nos limites da consideração que a justifica.⁴¹

Observa-se que deve haver uma justificativa⁴² à indisponibilidade de uso por todos da criação intelectual, e que esta apropriação deve ser concedida nos limites desta razão⁴³.

⁴¹ ASCARELLI, op. cit., p. 266, tradução nossa. ([...] las creaciones intelectuales [...] son susceptibles de simultáneo y plural goce y su reparto (fruto reciente del desarrollo jurídico) constituye una limitación, jurídicamente establecida, a la posibilidad natural de disfrute simultáneo de las mismas por parte de un número indefinido de sujetos y por eso precisamente necesita de una peculiar justificación y únicamente puede ser dispuesta en los límites de la consideración que la justifica.)

⁴² “[...] o legislador não pode simplesmente tirar de sua manga uma lei que transforme a realidade livre das informações. Ele deve necessariamente justificar as razões que o levam a tomar essa decisão. E isso não em razão de uma obrigação calcada em valores morais (pode até ser que ele aja por essa razão, mas ela não é determinante aqui), mas sim porque direito é consenso positivo, ou seja, medidas injustificadas geralmente não serão aceitas e acatadas pelos destinatários e acabam por não produzirem efeitos. Então cabe perguntar qual é a justificativa da propriedade intelectual, ou ainda, como justificar a intervenção do legislador na natureza das coisas, fazendo exclusivo aquilo que em seu estado natural nem ao menos é passível de apropriação”. GRAU-KUNTZ, 2010, p. 74-75.

⁴³ Sobre a questão da apropriação privada e o domínio público interessante o que expõe José de Oliveira Ascensão: “Mas não é mau começar por observar que os bens intelectuais estiveram no domínio público ao longo de quase toda a história da humanidade, sem suscitar a menor questão. A criação de exclusivos sobre bens intelectuais só surge com a Idade Moderna. Não obstante tudo estar no domínio público, realizaram-se durante milênios criações intelectuais e inventos espantosos. O que por si demonstra que os exclusivos sobre bens intelectuais não são afinal indispensáveis para o progresso das ciências e das artes. Todavia, de certas justificações dos direitos intelectuais antes pareceria inferir-se o contrário. Do lado econômico desenvolveu-se o que se chamou a *teoria dos baldios*. Se os bens intelectuais estivessem desapropriados não seriam cuidados devidamente; como se afirma que o não são as terras de propriedade coletiva dos habitantes dum lugar que constituem terrenos baldios. Os direitos exclusivos potenciarão a valia dos bens intelectuais. Também a chamada Análise Econômica do Direito incidiu sobre esta matéria. Na Europa foi acolhida nomeadamente por Michael Lehmann, em relação aos programas de computador, que enalteceu os grandes benefícios que resultariam da apropriação destes programas. Não pretendo entrar na discussão econômica da matéria, mas não posso deixar de fazer uma observação muito simples: se houvesse essas vantagens todas, então a consequência lógica seria a da perpetuidade dos direitos intelectuais! Nunca deveriam cair no domínio público.[...] A apropriação exclusiva valoriza a obra intelectual? A experiência portuguesa permite dar uma resposta positiva. Mas, infelizmente, essa valorização não foi para a cultura, para o público ou sequer para o autor: reverteu para os empresários.” ASCENSÃO, José de Oliveria. A questão do domínio público. In: WACHOWICZ, Marcos; SANTOS,

2.3.2 Fundamentos da proteção da propriedade intelectual

De acordo com Ascarelli o que justifica os direitos exclusivos da utilização de criações intelectuais é o interesse em promover o progresso cultural ou técnico ou assegurar na concorrência o direito de escolha do consumidor. Para ele, a justificativa última da tutela reside no interesse público⁴⁴ ⁴⁵ ⁴⁶ Estas justificativas também podem ser encontradas no próprio Acordo TRIPS, que no artigo 7º, dentre os objetivos que cabe à propriedade intelectual preceitua que a proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.⁴⁷ Além do direito a exploração exclusiva da criação intelectual juridicamente tutelada é necessário que o odernamento também atribua mecanismos

Manoel J. Pereira. Estudos de direito de autor e interesse público. **Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Florianópolis: Boiteux, 2008. Disponível em: <http://www.direitoautor.ufsc.br/congresso_ii/arquivos/anais_na_integra.pdf>. Acesso em: 17 jan 2011.

⁴⁴ ASCARELLI, op. cit.

⁴⁵ Diversas legislações nacionais trazem estes objetivos em seu bojo, à exemplo, a Constituição Federal Brasileira que assim dispõe: Art. 5º., XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País; BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 jan. 2011.

⁴⁶ Neste sentido João Paulo Remédio Marques explica que “A questão da prossecução de interesses públicos não se coloca quando, como acontece na concorrência desleal, há lesão dos interesses dos concorrentes, pois há aí apenas uma ténue prossecução de interesses gerais, a qual é como que absorvida pela essencial prossecução de interesses privados dos concorrentes. Mas já se coloca em matéria de previsão e sanção das práticas restritivas da concorrência, enquanto expediente que visa proteger as estruturas de mercado.” MARQUES, J. P. Remédio. Propriedade intelectual, exclusivos e interesse público. In: ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE DIREITO INTELECTUAL. **Direito industrial**. Coimbra: Almedina, 2005. vol. IV, p. 212.

⁴⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). **Agreement on Trade Related Intellectual Property Rights - TRIPS**. Marraqueche, 15 de abril de 1994. Disponível em <www.wto.org>. Acesso em: 22 jan. 2011.

que visem garantir a manutenção dos limites a estes direitos para que tais justificativas sejam alcançadas.

Para alcançar os objetivos de desenvolvimento tecnológico e econômico, e conseqüentemente, de bem-estar social, a propriedade intelectual é colocada, de acordo com William Landes e Richard Posner⁴⁸, sobre a perspectiva da eficiência econômica. Tal eficiência ocorre sobre a forma estática, num primeiro momento, quando há exclusividade de exploração nas mãos de um concorrente eventualmente ocasionando redução de oferta, aumento de preços e limitação da concorrência (custos sociais); e, posteriormente, dinâmica, na geração de inovações e no alcance das finalidades a que se destina tal proteção (benefícios sociais)⁴⁹.⁵⁰

A propriedade intelectual, como recorda Nuno Pires de Carvalho, “é um conjunto de normas jurídicas, e como tal, cumpre a mesma função de todo o sistema normativo em geral: a alocação de rendas e de custos.”⁵¹ Há um interesse social em proteger as criações intelectuais em um sistema que lhe garanta valor no mercado para dele colher os benefícios econômicos e sociais de novas tecnologias. Porém, com a propriedade intelectual espera-se reduzir ao máximo os custos de transação, que podem causar severos prejuízos do ponto de vista social.⁵²

Landes e Posner, ao traçarem uma comparação dos custos de transação entre os direitos de propriedade e da propriedade intelectual apontam a tendência destes serem maiores no segundo caso. Os custos,

⁴⁸ POSNER; LANDES, op. cit.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ “A economia do bem-estar examina o papel dos direitos de propriedade intelectual em termos do impacto sobre a eficiência econômica. Há dois tipos de eficiência: a) A eficiência estática é alcançada quando há uma utilização ótima dos recursos existentes, ao menos custo possível. Pode subdividir-se em: eficiência de produção, que inclui eficiências de operação técnica e não-técnica, justamente com o custo de transação e economias de eficiência-X; eficiência distributiva é a distribuição de produtos pelo sistema de preços, de maneira ótima requerida para satisfazer a demanda do consumidor. b) A eficiência dinâmica é a apresentação ótima de produtos novos ou de qualidade superior, processos e organização de produção mais eficientes, e (finalmente) preços mais baixos no decorrer do tempo.” CORREIA, Carlos M. Aperfeiçoamento e eficiência econômica e a equidade pela criação de leis de propriedade intelectual. In: VARELLA, Marcelo Dias. **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. São Paulo: Aduaneiras, 2005a. p. 39.

⁵¹ CARVALHO, 2009. p. 27.

⁵² POSNER; LANDES, op. cit.

para estes autores, envolvem, primeiramente, a característica da imaterialidade do bem, que causa questionamentos sobre sua localização e transferência de direitos. Em segundo, encontra-se o que os economistas denominam por “rent seeking”, que consiste na busca por renda (maximização de lucros). No caso, a proteção legal que é dada à propriedade intelectual dá origem a problemas desse tipo já que o bem ainda será inventado, de modo que o excesso sobre o investimento ótimo para criar novas tecnologias pode ser maior que o benefício social. E o terceiro custo relaciona-se aos custos da proteção, que em alguns casos também tendem a exceder os benefícios, pelo fato da propriedade intelectual ser um bem não-rival e não-exclusivo, sendo muito difícil detectar usos não-autorizados.⁵³

Ao analisar os custos relatados acima, Landes e Posner verificam ainda algumas implicações que guiam as análises realizadas em sua obra. Primeiramente, como exposto, as legislações de propriedade intelectual devem preocupar-se com a eficiência econômica, com o objetivo de reduzir os custos. Além disso, estas leis farão isso a partir da previsão de limitações à propriedade intelectual, e observam que deverão ir além das relacionadas à propriedade física. E, por último, os elevados custos sociais dos direitos de propriedade intelectual criam incertezas quanto ao equilíbrio entre custo-benefício para a sociedade de forma geral.⁵⁴

2.3.3 Propriedade intelectual e concorrência

O direito exclusivo conferido pela propriedade intelectual consiste em qualquer forma de utilização por quem é titular, desde a usar e fruir à comercializar, excluindo terceiros, que não possuem autorização, das atividades econômicas em que o bem intelectual encontra-se presente. Porém, se estruturalmente os direitos de propriedade intelectual assemelham-se ao instituto da propriedade, garantindo direito ao uso e disposição do bem, funcionalmente tais direitos enquadram-se no âmbito da disciplina da concorrência⁵⁵, que regula o uso do bem no mercado para que este mantenha-se de forma competitiva.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ ASCARELLI, op. cit.

Paulo Brancher observa que, no entanto, as matérias concernentes à propriedade intelectual e à concorrência não são dependentes ou complementares entre si na tentativa de alcançar os objetivos propostos pelas políticas regulatórias do Estado. “As matérias tuteladas são distintas, assim como a razão de sua existência”^{56, 57}. Há os que entendem, no entanto, que há sim uma complementaridade entre os dois direitos no sentido de que ambos visam a promoção da inovação.⁵⁸ O que deve ser levado em conta na intersecção destes direitos é em quais situações o titular de um direito de propriedade intelectual age de forma a causar prejuízos a concorrência⁵⁹, como no caso de abuso de poder⁶⁰

⁵⁶ BRANCHER, op. cit., p. 61.

⁵⁷ Cabe recordar que o direito da concorrência contemporaneamente possui como marco relevante o *Sherman Act*, dos Estados Unidos, que entrou em vigor em 1890; e na Europa este direito teve surgimento nos idos de 1920. O que ressalta que o tratamento do direito da concorrência é até mesmo posterior ao da propriedade intelectual.

⁵⁸ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Competition, Committee. Competition, patents and innovation II**. Paris, 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/26/33/45019987.pdf>>. Acesso em 20 jan 2011. Neste sentido ver também: DREXL, 2005, acrescenta que ambos também induzem a criatividade e o investimento. VICENTE, 2008, p. 14: “As normas que disciplinam a concorrência desleal acham-se todavia funcionalmente conexas com as que tutelam a propriedade intelectual, na medida em que ambos os institutos visam estabelecer uma ordenação das relações de concorrência que tem por objetivo último o regular funcionamento do mercado”.

⁵⁹ “Esses concorrentes não se confundem com os que procuram alcançar o mesmo nível de informação por meio do ‘freeriding’ e competir de maneira desleal, ou seja, em desrespeito ao monopólio legal concedido pelo Estado, posto que, para isso, há uma tutela específica do próprio direito que protege a propriedade intelectual (instituto da concorrência desleal). Falamos dos concorrentes que fabricam produtos novos a partir de novas tecnologias diferentes ou complementares àquelas protegidas e, em assim sendo, não afetam o direito de propriedade do inovador. Porém, em decorrência do poder de mercado desenvolvido pelo inovador, não conseguem ter acesso a esse mercado”. BRANCHER, 2010a, p. 62. Salienta-se ainda que a concorrência desleal também não pode ser confundida com alguns atos de concorrência ilícita, sobre o assunto ver em: ASCARELLI, op. cit., p. 166. Denis Borges Barbosa faz, neste contexto, uma divisão ente direito público e direito privado da concorrência: “Assim, a tutela jurídica da concorrência tem sua dimensão de direito privado, que vem sendo historicamente o objeto do segmento da Propriedade Intelectual denominado *concorrência desleal* e, na proteção do *fundo de comércio* ou do *aviamento*, pelo Direito Comercial. E tem sua parcela de direito público, seja na regulação do próprio Estado, seja na tutela geral do espaço concorrencial, esta objeto do chamado Direito de Defesa da Concorrência, ou Direito Antitruste.” BARBOSA, op. cit., p. 464.

⁶⁰ Denis Borges Barbosa coloca que no excesso de poderes, distinguem-se quatro modalidades principais de intersecção entre a propriedade intelectual e o direito concorrencial: práticas relativas à aquisição dos direitos, como no exemplo em que “o detentor utilize o poder obtido no segmento patentado para estendê-lo para outras áreas (*patent leveraging*), ou some títulos com o fito de bloquear a entrada de competidores”; práticas concertadas relativas aos direitos,

ou quando há fraude no procedimento de registro de um direito de propriedade intelectual⁶¹.

Num primeiro momento, propriedade intelectual e concorrência podem ser consideradas como direitos colidentes, já que a primeira visa garantir direitos de exclusividade para um concorrente em detrimento dos outros e as políticas de concorrência objetivam o controle da concentração de mercados. Porém, as duas, a partir dos seus mecanismos próprios, têm em comum o objetivo de maximização do bem-estar social, lembrando apenas que:

No primeiro caso (propriedade intelectual), o interesse tutelado é de natureza privada, pois o dano decorrente de uma atividade ilícita atinge o detentor da inovação ou seu concorrente. No segundo caso (antitruste), o interesse tutelado é de natureza pública, pois a atividade ilícita ou a alta concentração pode gerar efeitos no mercado e, por conseqüência, no próprio consumidor, sendo necessária a atuação do Estado por meio dos órgãos de defesa da concorrência ou mediante ações judiciais que versem sobre interesses individuais homogêneos.⁶²

Do exposto, entende-se que ao mesmo tempo em que a propriedade intelectual e o direito concorrencial se completam, este funciona como uma forma de limite àquela, visto que nenhum direito é absoluto e, na prática, a não observância dos princípios concorrenciais na propriedade intelectual pode causar sérios prejuízos à sociedade. Estes prejuízos deverão ser aferidos nos casos concretos e dependem da

quando há “conjugação entre agentes econômicos com o fito ou com o resultado de restringir a competição”; práticas unilaterais baseadas nos direitos, como no caso da negativa de licenciar de titular com poder de mercado, que não use a exclusividade, ou se o bem tutelado constituir um bem ou serviço essencial a comunidade (*essential facility*); e práticas relativas a contratos de propriedade intelectual. BARBOSA, op. cit., p. 939-961.

⁶¹ Vários exemplos destas duas modalidades podem ser encontrados no documento da OECD: Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). **Competition, Committee. Competition, patents and innovation II**. Paris, 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/26/33/45019987.pdf>>. Acesso em 20 jan 2011.

⁶² BRANCHER, op. cit., p. 73.

análise de inúmeros elementos de fato, como por exemplo, o espaço geográfico e temporal⁶³.

Carsten Fink aponta que, sob uma perspectiva econômica, o papel do direito da concorrência, na presença dos direitos de propriedade intelectual, pode ser geralmente visto como a luta contra o abuso de direitos exclusivos para além do objetivo pelo qual estes direitos almejam.⁶⁴ No mesmo sentido, Josef Drexl afirma que direito da concorrência trabalha contra a proteção excessiva dos direitos de propriedade intelectual e, portanto, pode promover o interesse social no acesso à matéria protegida como um bem público global.⁶⁵

Os argumentos apresentados até aqui sobre a exclusividade de exploração de um bem intelectual consistem na fundamentação econômica, de base utilitarista, dos direitos de propriedade intelectual. Desta forma, a justificativa de maximização do bem-estar social por meio do desenvolvimento econômico e tecnológico é contemplada por diversos ordenamentos jurídicos, faz parte do objeto de políticas industriais e encontra-se legitimada por economistas e juristas que a defendem. A complexidade do tema não está em aceitar tais premissas.

Deve-se considerar que as políticas de propriedade intelectual e concorrencial são apenas mais um elemento estatal para o alcance do bem-estar social. Como destaca João Paulo Remédio Marques, “nem sempre a criação de direitos de exclusivo é uma resposta social e economicamente eficiente (para além de não ser, por vezes, a resposta mais justa)”⁶⁶. A teoria econômica pura pode cometer o erro de excluir as questões sociais e políticas em que o direito também se fundamenta⁶⁷,

⁶³ “[...] para que haja concorrência entre agentes econômicos é preciso que exista efetivamente concorrência, e se verifiquem três identidades: que os agentes econômicos desempenhem suas atividades ao mesmo tempo; que as atividades se voltem para o mesmo produto ou serviço; que as trocas entre produtos e serviços, de um lado, e a moeda, de outro, ocorram num mesmo mercado geográfico.” BARBOSA, op. cit., p. 457.

⁶⁴ FINK, Carsten. Promoting checks and balances. In: MELÉNDEZ-ORTIZ, Ricardo; ROFFE, Pedro. **Intellectual property and sustainable development: development agendas in changing world**. Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2009a. p. 363-369.

⁶⁵ DREXL, op. cit.

⁶⁶ MARQUES, op. cit., p. 204.

⁶⁷ Neste sentido Paula Forgioni assevera que “É evidente que a eficiência paretiana não pode ser simplesmente transposta para o mundo jurídico, porque o direito abarca outros valores, transformados em premissas implícitas do ordenamento. Como se vê, o afastamento da lógica puramente econômica não é uma questão de ojeriza ou preconceito, mas uma imposição a ser

além disso, “a ‘economização’ do direito procedida a todo e qualquer custo tem como vítima a noção de justiça distributiva”⁶⁸ ⁶⁹.

Assim, é necessário discutir-se a propriedade intelectual sobre outros aspectos para que o equilíbrio entre custo e benefício analisados acima seja favorável tanto aos investidores bem como, principalmente, à sociedade, destinatário final das políticas de propriedade intelectual.⁷⁰ Analisar a propriedade intelectual somente pelo prisma do comércio e da economia oferece apenas uma visão incompleta dos impactos que estas medidas possuem.

No âmbito internacional surge ainda a problemática de não haver padrões internacionais de tutela da concorrência, o que não ocorre no caso da propriedade intelectual, cujo tema encontra-se bastante consolidado juridicamente nesta esfera⁷¹. Assim, os limites impostos à

atendida tendo em vista o funcionamento do ordenamento, desde seu fundamento jurídico, visando ao dinamismo do mercado de acordo com uma lógica também jurídica (e não apenas econômica). A sociedade civil não se resume ao mercado. FORGIONI, Paula A. *Análise Econômica do Direito (AED): Paranóia ou mistificação?* **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, jul/set de 2005, p. 255.

⁶⁸ GRAU-KUNTZ, Karin. **O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis – Uma análise crítica a recente decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE)**. 2008. Disponível em: <<http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/58f41a63eeb4cae8ffff8030ffffff1.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2011. p. 29.

⁶⁹ Análise baseada na justiça distributiva é realizada por Peter Drahos na sua Teoria Instrumentalista-Humanitária da propriedade intelectual: DRAHOS, Peter. **A Philosophy of Intellectual Property**. Burlington: Ashgate Publishing, 1996.

⁷⁰ Como salienta Karin Grau-Kuntz: “Patentes existem porque trazem investimentos necessários à sociedade, e seu uso é lícito enquanto existir um equilíbrio de vantagens entre a sociedade e o investidor. 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.” GRAU-KUNTZ, Karin. **O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis – Uma análise crítica a recente decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE)**. 2008. Disponível em: <<http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/58f41a63eeb4cae8ffff8030ffffff1.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2011. p. 56.

⁷¹ Prova da internacionalidade desse direito materializa-se no diversos organismos internacionais que tratam da matéria como a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) e a OMC. Pode-se dizer que a internacionalização da propriedade intelectual é mesmo própria de sua natureza visto que esta “[...] não conhece barreiras, já que os limites não foram feitos para as criações da inteligência (criações imateriais). Essas, pela sua própria natureza, não se submetem a contenções e têm uma tendência irresistível a cruzar fronteiras. [...] a propriedade intelectual, ontem como hoje, não se limita ao âmbito dos direito internos.” BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 23.

propriedade intelectual por meio do direito da concorrência possuem tratamento basicamente nacional, porém o abuso de poder econômico pode ocorrer no contexto internacional. O problema agrava-se no fato de que em muitos países em desenvolvimento não existe este tipo de legislação, abrindo portas para que práticas anticoncorrencias sejam cometidas.

Observa-se também que a teoria econômica é algo que se aplica bem aos mercados internos dos países. Porém, a propriedade intelectual não pode ser vista somente por este ângulo, uma vez que possui abrangência internacional. E este contraste é ainda mais evidente quando se analisa as diversidades de níveis de desenvolvimento econômico e tecnológico encontrado em países desenvolvidos e em países em desenvolvimento.

A seguir, abordar-se-á a relação entre desenvolvimento e propriedade intelectual, em complemento a teoria econômica que envolve este direito, tendo como base a teoria do desenvolvimento como liberdade, de Amartya Sen.

2.4 A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO E SEUS REFLEXOS NA PROPRIEDADE INTELECTUAL

O desenvolvimento é objetivo de todos os países que buscam prosperar e é um dos principais itens de discussão da agenda internacional. Porém, o significado do que constitui a palavra desenvolvimento é relativa, e varia de acordo com o parâmetro que se estabelece:

Numa cidade sem rede de esgoto, desenvolvimento é a superação das carências de saneamento. Para regiões sem serviço médico, a instalação de um posto de saúde. Para os contratantes de planos de saúde é poder marcar uma consulta médica pelo telefone. Para os que buscam o hospital especializado e o acesso aos maquinários de última geração na realização dos exames que facilitarão a formulação do diagnóstico. Vários são os pontos de partida para

aferição do significado da palavra desenvolvimento.⁷²

A questão relativa ao desenvolvimento e sua acepção variante encontra reflexo também no tratamento que é dado à propriedade intelectual. Esta justifica-se pelo desenvolvimento econômico e tecnológico, e conseqüentemente, pelo bem-estar que proporciona. Porém, existem outros aspectos do desenvolvimento que não podem ser deixados de fora das discussões sobre o tema. Não se pode ignorar o fato de que existem diferenças econômicas e tecnológicas entre as nações que fazem com que a perspectiva simplesmente econômica da propriedade intelectual sofra questionamentos.

Neste cenário, os países desenvolvidos apresentam-se como os exportadores de tecnologia e os países em desenvolvimento os importadores desta mesma tecnologia. Assim, proteger uma criação intelectual nem sempre consistirá na melhor opção política para um país. É também necessário para o desenvolvimento econômico e tecnológico que haja espaço para a difusão da informação, imitação das criações e aperfeiçoamentos. Paulo Brancher explica bem a situação das diferenças que há entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos:

Pelo lado dos países menos desenvolvidos, o caminho da inovação estaria exatamente numa posição de maior flexibilidade em relação aos direitos de propriedade intelectual, que permitiria sua disseminação por meio de outros canais, diferentes dos *marketing channels* tradicionais (venda, licenciamento ou investimento direto). [...] Ademais, um sistema mais rígido de proteção resultaria apenas e tão somente numa forma mais eficiente de os países desenvolvidos aumentarem a transferência de renda. Em outras palavras, direitos mais rígidos implicariam mais riqueza sendo transferida para o exterior e menos possibilidade de desenvolvimento econômico do país receptor. Por outro lado, não se nega que

⁷² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Premissas para o desenvolvimento: reflexões a partir da obra de Amartya Sen. In: WACHOWICZ, Marcos; DOS SANTOS, Manoel J. Pereira. **Estudos de direito de autor e interesse público: anais do II congresso de direito de autor e interesse público**. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2008. p.134. Disponível em: <http://www.direitoautoral.ufsc.br/congresso_ii/arquivos/anais_na_integra.pdf>. Acesso em: 30 jan 2011.

mais flexibilidade na proteção aos direitos de propriedade intelectual pode igualmente representar uma barreira ao comércio internacional, pois funciona como um inibidor em relação às empresas que temem ser vitimadas pela apropriação indevida de seu conhecimento tecnológico.⁷³

Outro aspecto relevante consiste no desequilíbrio nos custos de transação que um sistema rígido de propriedade intelectual pode causar, tendo em vista que estes direitos, às vezes, esbarram em alguns setores econômicos sensíveis a problemas enfrentados de forma diferente por diversas regiões do globo, como em relação aos alimentos, à saúde, à educação, e ao meio ambiente, com grande possibilidade de perda social e que estão vinculados também, como será visto neste tópico, à noção de desenvolvimento.

As preocupações acerca do desenvolvimento de forma geral levaram diversas instituições intergovernamentais a trazer o tema para seu âmbito de atuação. Destacam-se as iniciativas da Organização das Nações Unidas (ONU), com as chamadas “Metas de Desenvolvimento do Milênio”; da Organização Mundial do Comércio (OMC), que lançou em 2001 a Rodada Doha de Desenvolvimento; e, a mais próxima dos direitos de propriedade intelectual está sendo discutida na Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), com a Agenda de Desenvolvimento⁷⁴.

Particularmente, a Agenda de Desenvolvimento, adotada em 2007, traz para o tema da propriedade intelectual diversas considerações sobre desenvolvimento antes não consideradas pela OMPI que, desde a sua origem em 1967, preocupava-se apenas com uma abordagem maximalista. Há uma mudança sobre o ponto de vista do organismo, passando a dar lugar aos interesses de países em desenvolvimento,

⁷³ BRANCHER, op. cit, p. 203. Neste sentido ver também: PRONER, Carol. **Propriedade intelectual e direitos humanos**: sistema internacional de patentes e direito ao desenvolvimento. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

⁷⁴ O lançamento da Agenda de Desenvolvimento da OMPI teve grande participação do Brasil e da Argentina. E como afirma Denis Borges Barbosa: “A chave da agenda são os dois princípios da nota argentina-brasileira: a proteção da propriedade intelectual não pode ser vista como um fim em si mesmo, nem pode a harmonização de leis da propriedade intelectual levar a padrões de proteção mais elevados em todos os países, sem levar em conta seus níveis do desenvolvimento”. BARBOSA, 2010a, p. 899.

valorizando questões como domínio público, flexibilidades para os países no implemento de normas de propriedade intelectual, acesso ao conhecimento, reconhecimento da importância de normas concorrenciais, e equilíbrio dos custos e benefícios da proteção da propriedade intelectual.⁷⁵

Neste sentido, percebe-se que há um alargamento das concepções sobre o desenvolvimento que não entendem o crescimento econômico como o único fator a ser considerado. Neste sentido, encontra-se o trabalho de Amartya Sen⁷⁶, Prêmio Nobel de Economia de 1998, no qual vincula o conceito de desenvolvimento ao de liberdade, que será objeto das considerações a seguir.

2.4.1 Liberdade como desenvolvimento

O autor, na sua obra “Desenvolvimento como liberdade”, explica como conceber o desenvolvimento por meio do processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. A partir deste entendimento o desenvolvimento tem seu enfoque voltado para as pessoas e na forma como elas vivem ao invés do simples crescimento econômico, que pode ser considerado pelo “crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas pessoais, avanço tecnológico ou modernização social”.⁷⁷

Nesta perspectiva, o crescimento econômico não deve ser desconsiderado na aferição do que se tem por desenvolvimento, pois consiste em um meio importante na expansão das liberdades. Porém, as liberdades não se limitam à liberdade promovida pelo crescimento econômico. Como salienta Amartya Sen, “ver o desenvolvimento como expansão de liberdades substantivas dirige a atenção para os fins que o tornam importante, em vez de restringi-la a alguns dos meios que, *inter alia*, desempenham um papel relevante no processo”.⁷⁸

⁷⁵ NETANEL, Neil Weinstock. The WIPO development agenda and its development policy context. In: NETANEL, Neil Weinstock (Ed.). **The development agenda: global intellectual property and developing countries**. New York: Oxford university Press, 2009.

⁷⁶ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução; Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 16.

⁷⁸ *Ibid.*, loc. cit.

As liberdades substantivas de que trata o autor correspondem a direitos e oportunidades que ajudam a promover a capacidade geral de uma pessoa. São capacidades elementares, fazendo parte destas liberdades as considerações econômicas, sociais e políticas. Assim, estão incluídos neste rol, por exemplo, as liberdades políticas e civis, as facilidades econômicas, as questões relacionadas à saúde, educação, moradia, serviços públicos, liberdade de expressão, assistência social.⁷⁹ Tais liberdades substantivas são responsáveis pela “expansão das ‘capacidades’ [*capabilities*] das pessoas de levar o tipo de vida que elas valorizam”.⁸⁰

Amartya Sen, tecendo sobre a ideia do desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam, destaca que tal expansão é considerada tanto o fim primordial (papel constitutivo) como o principal meio do desenvolvimento (papel instrumental). Do ponto de vista constitutivo o desenvolvimento relaciona-se com a questão da própria expansão das liberdades expostas acima, já a importância da perspectiva instrumental reside na inter-relação que existe entre os vários tipos de liberdade.⁸¹

Dentre as liberdades instrumentais o autor enfatiza cinco cujas quais busca trabalhar em sua obra: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantia de transparência. E recorda que estas são liberdades que “tendem a contribuir para a capacidade geral de a pessoa viver mais livremente, mas também têm o efeito de completar umas às outras”.⁸² Assim, existe um sentido de inter-relacionamento e complementaridade entre tais liberdades que deve ser considerado na formação das políticas de desenvolvimento. Exemplifica o autor:

O fato de que o direito às transações econômicas tende a ser um grande motor do crescimento econômico tem sido amplamente aceito. Mas muitas outras relações permanecem pouco

⁷⁹ Neste sentido Amartya Sen coloca que: “O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas.” *Ibid.*, p. 18.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 33.

⁸¹ *Ibid.*, p. 55-57.

⁸² *Ibid.*, p. 58.

reconhecidas, e precisam ser mais plenamente compreendidas na análise das políticas. O crescimento econômico pode ajudar não só elevando rendas privadas, mas também possibilitando ao Estado financiar a seguridade social e a intervenção governamental ativa. Portanto, a contribuição do crescimento econômico tem de ser julgada não apenas pelo aumento das rendas privadas, mas também pela expansão de serviços sociais (incluindo, em muitos casos, redes de segurança social) que o crescimento econômico pode possibilitar.

Analogamente, a criação de oportunidades sociais por meio de serviços como educação básica, serviços de saúde e desenvolvimento de uma imprensa livre e ativa pode contribuir para o desenvolvimento econômico e para uma redução significativa das taxas de mortalidade, por sua vez, pode ajudar a reduzir as taxas de natalidade, reforçando a influência da educação básica – em especial da alfabetização e escolaridade das mulheres – sobre o comportamento das taxas de fecundidade.⁸³

Amartya Sen delinea também em seu livro aspectos sobre bases informacionais para juízos avaliativos, analisando principalmente tais bases nas teorias do utilitarismo, do liberalismo e na teoria da justiça de Rawls. Argumenta o autor que, apesar da importância de cada uma delas, existem falhas graves em suas bases informacionais em relação às liberdades substantivas. Tendo em vista as considerações realizadas no tópico acima deste trabalho acerca da teoria utilitarista, segue abaixo as visões do autor apenas quanto a esta.

A teoria utilitarista, em sua forma clássica, define a utilidade como prazer, felicidade ou satisfação, e, em sua forma moderna, como a satisfação de um desejo ou algum tipo de representação do comportamento de escolha de uma pessoa, que reflete no bem-estar de cada um. A avaliação utilitarista é composta por três elementos: o “consequencialismo”, “segundo o qual todas as escolhas devem ser julgadas por suas consequências, ou seja, pelos resultados que geram”; o

⁸³ Ibid., p. 61.

“welfarismo”, “que restringe os juízos sobre os estados de coisas às utilidades nos respectivos estados”; e o “ranking pela soma”, “pelo qual se requer que as utilidades de diferentes pessoas sejam simplesmente somadas conjuntamente para se ter mérito agregado, sem atentar para distribuição desse total pelos indivíduos”.⁸⁴

Esta teoria possui limitações principalmente quanto a sua concepção de justiça. Dentre as deficiências de uma abordagem utilitarista plena o autor destaca: a indiferença distributiva, que diz respeito à desigualdade na distribuição da felicidade, já que o que vale é a soma total (ranking pela soma); o descaso com os direitos, liberdades e outras considerações desvinculadas da utilidade; e a adaptação e condicionamento mental, tendo em vista que o que se tem por bem-estar individual não ser sólida.⁸⁵

Assim, o maior problema apresentado nesta teoria, que pode ser percebido na prática, consiste em basear o bem-estar pela renda real sem levar em conta a diversidade dos seres humanos, tanto em nível pessoal, como de diversidades ambiental, de clima social, de perspectivas relativas e de distribuição na família. Como afirma Amartya Sen:

Diferenças de idade, sexo, talentos especiais, incapacidade, propensão a doenças etc. podem fazer com que duas pessoas tenham oportunidades de qualidade de vida muito divergentes *mesmo quando* ambas compartilham exatamente o mesmo pacote de mercadorias. A diversidade humana figura entre as dificuldades que limitam a serventia das comparações de renda real para julgar as vantagens respectivas de pessoas diferentes.⁸⁶

Nesta perspectiva, é que Amartya Sen propõe as liberdades substantivas como finalidade avaliativa do desenvolvimento, visando que o indivíduo possa ter oportunidades reais de escolher o que quer para si. Na visão da liberdade como desenvolvimento a possibilidade de ter escolhas entre alternativas substanciais é algo valioso. “Jejuar não é a

⁸⁴ Ibid., p. 84-85.

⁸⁵ Ibid., p. 88-89.

⁸⁶ Ibid., p. 98.

mesma coisa que ser forçado a passar fome. Ter a opção de comer faz com que jejuar seja o que é: escolher não comer quando poderia ter comido”.⁸⁷

Outro fator importante analisado por Sen diz respeito ao livre mercado, isto é, à liberdade para efetuar transações que se torna uma questão importante para o desenvolvimento. Amartya Sen acredita que a “negação de oportunidades de transação por meio de controles arbitrários, pode ser, em sim, uma fonte de privação de liberdade”.⁸⁸ Para isso, o autor, confronta novamente a teoria utilitarista e a eficiência econômica paretiana de que “uma situação na qual a utilidade (ou bem-estar) de qualquer pessoa não pode ser aumentada sem reduzir a utilidade (ou bem-estar) de alguma outra”.⁸⁹

O foco do mercado passa a ser a liberdade e não um meio de expandir rendas e riquezas. Destaca-se que o mérito do sistema de mercado não reside apenas em sua capacidade de gerar resultados de culminância eficiente, e sim computar a eficiência na equidade e nas liberdades individuais, e estas, por sua vez, relacionam-se a oferta aos indivíduos de oportunidades adequadas dentre as quais eles podem escolher.⁹⁰

Isto tudo pode requerer uma suplementação do mecanismo de mercado com outras atividades institucionais, e disposições políticas e sociais, com a criação de oportunidades sociais básicas para a equidade e a justiça social. “Assim, considerações sobre a eficiência suplementam o argumento em favor da equidade quando se defende a assistência pública na provisão de educação básica, serviços de saúde e outros bens públicos (ou semipúblicos)”.⁹¹

Deve-se atentar somente para a existência de grupos de pessoas, como os monopolistas, cujos interesses prejudicam outros grupos que se beneficiam do mercado desimpedido. Desta forma, vêem-se na concorrência, bem como no livre mercado, fatores relevantes para o desenvolvimento.⁹² Porém, também é importante criar algumas

⁸⁷ Ibid., p. 106.

⁸⁸ Ibid., p. 42.

⁸⁹ Ibid., p. 157.

⁹⁰ Ibid., p. 157-158.

⁹¹ Ibid., 172-190.

⁹² Ibid., 161-165.

restrições ao mercado para evitar no que o autor coloca, baseado-se no pensamento de Adam Smith, como a possibilidade de perda social na busca do ganho privado.⁹³ Neste cenário, o autor enfatiza a importância da condição de agente do indivíduo ao invés de pacientes inertes a quem o processo de desenvolvimento concederá benefícios.

2.4.2 Desenvolvimento e propriedade intelectual

A partir das premissas apresentadas do desenvolvimento como o processo de expansão das liberdades substantivas das pessoas este assume perspectivas econômicas, sociais e políticas. Isto requer um grande comprometimento de políticas sociais, das quais faz parte também a propriedade intelectual.

A proteção que é dada a propriedade intelectual tem reflexos não apenas no desenvolvimento econômico. Existem considerações políticas e, principalmente, sociais a serem levadas em conta, e isto influencia na visão de desenvolvimento. Algumas normas de propriedade intelectual quando aplicadas de forma a manter as desigualdades entre pessoas e países podem ser consideradas empecilhos às liberdades substantivas e, conseqüentemente, ao desenvolvimento.

Direitos de propriedade intelectual não devem interferir de forma a anular as liberdades reais das pessoas, como a liberdade de expressão, liberdade de mercado, acesso à saúde, alimentação, moradia, educação, saneamento básico. Sem estas liberdades não há como se falar em desenvolvimento.

O tipo de proteção da propriedade intelectual é uma opção política, na qual o Estado utiliza seus recursos para alocar direitos e obrigações. Como observam José Augusto Fontoura Costa e Fernanda Sola:

[...] esta escolha tem efeitos sobre o próprio desenvolvimento, podendo ter efeitos negativos, seja no que se refere a sua concepção estruturalista ou dependentista, seja a sua modalidade qualificada em termos de qualidade de vida e desenvolvimento humano. A crítica e a discussão dos modelos e formas de proteção e incentivo a produção artística, cultural, científica e tecnológica, portanto, não pode cessar, uma vez

⁹³ Ibid., p. 167.

que seus efeitos para a atividade econômica e, sobretudo, para a vida são importantes demais para serem relegadas a condição de mera opção técnica.⁹⁴

As investidas de diversos países em aumentar o nível de proteção dos direitos de propriedade intelectual remetem os países em desenvolvimento a tecer diversas preocupações sobre a questão do desenvolvimento. Muitas vezes não se atenta que alguns padrões elevados de propriedade intelectual tendem a somente manter as assimetrias entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, visto que são os primeiros que detêm a maior parte da tecnologia, cobrando *royalties* pelo uso e com capacidade de gerar novas tecnologias com seus recursos para pesquisa e desenvolvimento.

A relação entre propriedade intelectual e desenvolvimento é complexa, apesar de muitos países expressarem a ideia simplória de que mais proteção significa maior desenvolvimento, como resultado de maiores fluxos de investimento estrangeiros diretos, transferência de tecnologia e maiores incentivos a inovação local. Porém, como aponta Carlos Correa, estas afirmações não possuem base teórica nem empírica suficiente, pelo contrário:

A história econômica e tecnológica dos séculos XIX e XX demonstra, por outro lado, que os países desenvolvidos de hoje - incluindo os Estados Unidos - avançaram em seu processo de industrialização e de sofisticação tecnológica, num quadro flexível de propriedade intelectual, que gradualmente se transformou na medida que os países avançavam neste processo. O regime de propriedade intelectual permitia a cada país conceber seu sistema de propriedade intelectual de

⁹⁴ COSTA, José Augusto Fontoura; SOLA, Fernanda. Desenvolvimento e direito de autor. In: WACHOWICZ, Marcos; DOS SANTOS, Manoel J. Pereira. **Estudos de direito de autor e interesse público**: anais do II congresso de direito de autor e interesse público. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2008. p.134. Disponível em: <http://www.direitoautoral.ufsc.br/congresso_ii/arquivos/anais_na_integra.pdf>. Acesso em: 30 jan 2011.

acordo com seus pontos fortes, debilidades e seus objetivos de desenvolvimento.⁹⁵

Um exemplo da incongruência que há da relação direta entre normas mais rígidas de propriedade intelectual e investimento é o brasileiro, que “tem batido recordes e mais recordes de investimentos estrangeiros nos últimos anos, mas nenhuma linha sequer atribui tal fato a um ambiente de propriedade intelectual mais rígido”. Este crescimento no Brasil é fruto de outras razões, como a estabilidade monetária, manutenção de superávit primário e baixo risco do país.⁹⁶

Para que liberdades substanciais sejam alcançadas reconhece-se ainda a necessidade de custeio público, que também é considerado nas observações de Amartya Sen⁹⁷. Em países em desenvolvimento, que

⁹⁵ CORREA, Carlos. Nota de dirección. In: COMISIÓN SOBRE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL. **Temas de derecho industrial y de la competencia: propiedad intelectual e políticas de desarrollo**. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2005b. tradução nossa. (La historia económica y tecnológica de los siglos XIX y XX demuestra, por otra parte, que los países hoy desarrollados - incluyendo los Estados Unidos - avanzaron en sus procesos de industrialización y sofisticación tecnológica en un marco de propiedad intelectual flexible, el que fue cambiando gradualmente a medida que los países avanzaban en ese proceso. El régimen de propiedad intelectual permitía a cada país diseñar su sistema de propiedad intelectual conforme a sus fortalezas, sus debilidades y sus objetivos de desarrollo.)

⁹⁶ BRANCHER, op. cit., p. 211. No mesmo sentido afirma Daniel Gervais: “However, in a recent analysis of the FDI component and its relation to IP, Professor Maskus concluded that many other factors influence FDI and technology transfer decisions, including market liberalization and deregulation, technology development policies and competitive regimes, and low level of corruption”. GERVAIS, Daniel J. TRIPS and development. In: GERVAIS, Daniel (ed.). **Intellectual property, trade and development: strategies to optimize economic development in a TRIPS-plus era**. New York: Oxford University Press, 2007. p. 30.

⁹⁷ “A possibilidade de financiar processos conduzidos pelo custeio público em países pobres pode muito bem causar surpresa, pois seguramente são necessários recursos para expandir os serviços públicos, como os da área da saúde e educação. Com efeito, a necessidade de recursos com frequência é apresentada como argumento para *postergar* investimentos socialmente importantes até que um país esteja mais rico. Onde é (diz a célebre questão retórica) que os países pobres encontrarão os meios para “custear” esses serviços? Essa é uma boa pergunta, e ela tem uma boa resposta, baseada em grande medida na economia de custos relativos. A viabilidade desse processo conduzido pelo custeio público depende do fato de que os serviços sociais relevantes (como os serviços de saúde e a educação básica são altamente *trabalho-intensivos* e, portanto, relativamente baratos nas economias pobres – onde os salários são baixos. Uma economia pobre pode *ter* menos dinheiro para despendir em serviços de saúde e educação, mas também *precisa* gastar menos dinheiro para fornecer os mesmos serviços, que nos países mais ricos custariam muito mais. Preços e custos relativos são parâmetros importantes na determinação do quanto um país pode gastar. Dado um comprometimento apropriado com o social, a necessidade de levar em conta a variabilidade dos custos relativos é

possuem pouco dinheiro até para custear as necessidades básicas das pessoas é difícil conceber um direito de propriedade intelectual que onere de forma desmedida os cofres públicos, como no caso das medidas de fronteira aplicada *ex officio*, que será objeto de considerações posteriores neste trabalho.

Neste cenário, o mercado não deve ser renegado em detrimento das demais liberdades. Pelo contrário, a liberdade de mercado deve ser garantida para evitar que a falta deste, bem como da concorrência, afetem os indivíduos como sujeitos beneficiários das trocas mercantis. A concorrência constitui assim uma forma de garantir a liberdade de mercado, que cada vez mais se internacionaliza. No próximo tópico a propriedade intelectual será analisada por pelo seu tratamento internacional.

3 TUTELA INTERNACIONAL DAS MEDIDAS DE FRONTEIRA: O ACORDO TRIPS

Constitui ainda característica marcante da propriedade intelectual a sua necessidade de tutela internacional, fato que justifica inclusive a existência de medidas de fronteira. Desta forma, este capítulo visa abordar a necessidade da proteção internacional da propriedade intelectual assim como algumas características e dispositivos do Acordo TRIPS relevantes para a análise das medidas de fronteira.

3.1 TUTELA INTERNACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

A imaterialidade e intangibilidade da propriedade intelectual bem como a dificuldade em sua localização, em relação à noção de ocupação de espaço como os bens materiais⁹⁸, e tendência à transnacionalidade⁹⁹ levam ao entendimento de que para proteção efetiva da propriedade intelectual é necessário a tutela internacional destes direitos. Somado a isto, do ponto de vista econômico:

O país que concede um monopólio de exploração ao titular de um invento está em desvantagem em relação aos que não o outorgam: seus consumidores sofreriam um preço monopolista,

⁹⁸ BARROS, Carla Eugenia Caldas. **Manual de direito da propriedade intelectual**. Aracaju: Evocati, 2007; BASSO, 2000; CASTELLI, Thais. **Propriedade Intelectual: o princípio da territorialidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

⁹⁹ “[...] a propriedade intelectual não conhece barreiras, já que os limites não foram feitos para as criações da inteligência (criações imateriais). Essas, pela sua própria natureza, não se submetem a contenções e têm uma tendência irresistível a cruzar fronteiras. [...] a propriedade intelectual, ontem como hoje, não se limita ao âmbito dos direito internos.” BASSO, op. cit., p.23.

enquanto os demais teriam o benefício da concorrência, além de não necessitarem alocar recursos para a pesquisa e desenvolvimento.

De outro lado, a internacionalização da propriedade da tecnologia tem a vantagem de racionalizar a distribuição física dos centros produtores. Se em determinado país a nova tecnologia pode ser melhor explorada com a qualidade da mão-de-obra local, com o acesso mais fácil ao capital financeiro e à matéria-prima, para produzir bens que serão vendidos, com exclusividade, em todo mundo, o preço e a qualidade serão os melhores possíveis.¹⁰⁰

Pode-se dizer ainda que a proteção na esfera internacional deve-se ao fato da economia apresentar-se globalizada, na qual as mercadorias objeto de proteção por meio da propriedade intelectual são exploradas além das fronteiras dos países.¹⁰¹

No entanto, reconhecer e dar tratamento internacional à propriedade intelectual não se quer dizer que a esta é conferida eficácia universal, pois possui sim caráter territorial, isto é a proteção é limitada ao território do Estado que a concedeu.¹⁰² Este entendimento decorre do princípio da territorialidade das leis, que por sua vez tem fundamento na soberania dos Estados, do qual se infere que cada país é competente para estipular e aplicar suas próprias leis.¹⁰³

3.1.1 Estado, território, soberania e princípio da territorialidade

As acepções do que é Estado são diversas, e, de acordo com Paulo Bonavides podem ter cunho filosófico, jurídico ou sociológico, porém, o melhor conceito de Estado é aquele que revela seus elementos constitutivos.¹⁰⁴ O Estado é constituído por três elementos: população,

¹⁰⁰ BARBOSA, 2010a, p. 587-588.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² VICENTE, 2008.

¹⁰³ CASTELLI, op. cit.

¹⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. O autor adota o formulado por Jellinek: “é a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando”. Assim, de acordo com este autor, são elementos do

território e governo.¹⁰⁵ Quanto à propriedade intelectual e às medidas de fronteira interessam o território e o governo, este último por meio da soberania considerada a expressão máxima do poder do Estado¹⁰⁶.

O território constitui primeiramente um limite ao poder do Estado (teoria do território-limite) e ao mesmo tempo um título jurídico que outorga ao Estado sua competência (teoria território-título de competência). As duas teorias são paralelas “porque, se o território confere ao Estado um direito de agir, é então necessário limitar o seu poder de governar o seu próprio território”.¹⁰⁷

A unicidade marca o território do Estado¹⁰⁸, porém fazem parte do mesmo o território terrestre, o território marítimo e o território aéreo¹⁰⁹. Correspondem aos espaços marítimos as águas interiores e o mar territorial e ao espaço aéreo a camada atmosférica sobrejacente ao território terrestre e marítimo do Estado.¹¹⁰

Caracteriza ainda o território sua delimitação¹¹¹, que ocorre por meio de tratados ou costume, para estabelecer seus limites. No entanto, como explica Marcelo Varella, limite não se confunde com fronteira: “Limite é um ponto que determina com certa precisão até onde vai o território do Estado. Fronteira é uma região em torno do limite territorial, sobre a qual o Estado tem interesse de zelar para garantir sua

Estado a população, o território e o poder do Estado, que é maximamente encontrado na soberania. *Ibid.*, p. 67.

¹⁰⁵ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional publico**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003.

¹⁰⁶ BONAVIDES, op. cit.

¹⁰⁷ DINH; DAILLIER; PELLET, op. cit., p. 424. Celso Albuquerque de Mello destaca como teorias que procuram explicar a posição jurídica do território em relação ao Estado, além das apresentadas acima, a território-objeto, território-sujeito e soberania territorial. Ver em: MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional**. 15. ed. (rev. amp.) vol II. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

¹⁰⁸ MELLO, op. cit.

¹⁰⁹ DINH; DAILLIER; PELLET, op. cit.; *Ibid.*

¹¹⁰ DINH; DAILLIER; PELLET, op. cit.

¹¹¹ “A delimitação tem uma tríplice importância na vida internacional: a) é um ‘fator de paz’ (em regra geral está regulada nos tratados de paz); b) ‘sinal de independência’; c) ‘elemento de segurança’ (Rousseau).” MELLO, op. cit., p. 1121.

segurança nacional”¹¹². No entanto, não há necessidade que o território seja completamente definido, como no caso das populações nômades do deserto saariano¹¹³, nem que ele seja contínuo, permitindo Estados sem unidade geográfica vinculadas normalmente a circunstâncias históricas¹¹⁴.

O território é também onde o Estado exerce a sua soberania¹¹⁵, e esta delimitação dá início à concepção do Princípio da Territorialidade das Leis, ao passo que o Estado por meio de sua soberania desempenha exclusivamente em determinado território atividades legislativas e jurisdicionais.¹¹⁶

Assim, a soberania é o poder do Estado de exercer sua autoridade de forma independente em seu território¹¹⁷, porém esta possui limites. Na sociedade internacional contemporânea a soberania é marcada por ser interestatal, isto é, “a soberania de cada Estado colide com as dos outros Estados, concorrentes e iguais”, e nestas encontra sua limitação¹¹⁸.

O Estado pode exercer a soberania de forma externa ou interna¹¹⁹, que podem ser vistas, respectivamente, como capacidades e

¹¹² VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 190. De acordo com Celso Albuquerque de Mello: “O limite é a linha que separa o território entre dois Estados. A fronteira é a região ao redor do limite.” *Ibid.*, p. 1117.

¹¹³ VARELLA, op. cit..

¹¹⁴ “[...] o ‘corredor’ polaco em território alemão, tendo em vista uma comunicação livre entre a Polônia e Danzigue, entre as duas guerras mundiais; a Índia entre as duas partes do Paquistão, antes da criação de Bangladesh em 1972; o território de Kaliningrado (Koenigsberg) separado da Rússia pela Lituânia após a independência deste Estado em 1990.” DINH; DAILLIER; PELLET, op. cit., p. 425.

¹¹⁵ MELLO, op. cit. VARELLA, op. cit.

¹¹⁶ CASTELLI, op. cit.

¹¹⁷ VARELLA, op. cit. “A soberania permanece de fato como o atributo fundamental do Estado” DINH; DAILLIER; PELLET, op. cit., p. 434.

¹¹⁸ “Portanto, contrariamente ao que escrevem os autores voluntaristas, a limitação da soberania não deriva da vontade do Estado mas da necessidade de coexistência dos sujeitos de direito internacional”. *Ibid.*, p. 434.

¹¹⁹ “[...] a soberania estatal atua em duas vertentes: uma interna, pela qual seleciona os comportamentos desejáveis e os indesejáveis pela edição das leis, e as faz executar e aplicar, tornando-as efetivas, o que implica um sentido positivo de obediência, no sentido de generalização congruente das expectativas, normativas (contrafática), e a sanção, como sentido negativo. No plano internacional, apresenta um sentido negativo, ou seja, uma não-sujeição a outros centro normativos”. CASTELLI, op. cit., p. 50.

competências. Destaca-se dentre as capacidades: produzir normas jurídicas internacionais, ser sujeito ativo de ilícitos internacionais, pedir indenizações por danos ilícitos cometidos por outros Estados, ter acesso aos sistemas internacionais de soluções de controvérsias, tornar-se membro e participar plenamente da vida das Organizações Internacionais, estabelecer relações diplomáticas e consulares com outros Estados; e dentre as competências: exercer o domínio sobre seu território independentemente da vontade de qualquer outra de poder, criar normas internas e julgar os atos cometidos em seu território, atribuir a nacionalidade de seu Estado, e determinar o direito sobre as pessoas físicas e jurídicas.¹²⁰

Por seu turno, o Estado soberano exerce domínio sob seu território por meio da ação normativa, isto é, a emanção de leis. Pode-se dizer que as normas jurídicas “na essência traduzem a ordem interna dita pelo estado”, ela “nada mais é que a própria expressão da personalidade Estatal”.¹²¹ Decorre da exclusividade da ação normativa do Estado, ou do que se pode chamar caráter territorial das leis, a exclusão da aplicação neste mesmo território de ordenamentos normativos de outros Estados.¹²²

Porém, existem alguns casos em que leis de Estados soberanos defrontam-se com situação transnacionais que passam pelo reconhecimento e aplicação de leis de outros Estados. Porém, a extraterritorialidade é da mesma forma permitida por leis deste Estado, utilizando regras de Direito Internacional Privado¹²³, ramo do direito cuja finalidade é regular a aplicação de leis nos casos em que esta envolvida uma relação privada internacional¹²⁴.

Conclui-se que o Direito Internacional Privado deriva da soberania interna dos Estados. Por outro lado, a soberania externa do Estado é exercida nas relações com outros Estados e ocorre precipuamente por meio dos tratados¹²⁵.

¹²⁰ VARELLA, op. cit., p. 238-239.

¹²¹ CASTELLI, op. cit., p. 61.

¹²² Ibid.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ ARAÚJO, Nadia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹²⁵ Tratado, no sentido do artigo 2.1 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, é um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional.

Por fim, no âmbito do Direito Internacional Privado, é necessário distinguir o que constitui para este ramo o Princípio da Territorialidade em relação ao Princípio da Territorialidade das Leis já citado anteriormente:

[...] enquanto o da Territorialidade das Leis preconiza a aplicação local e exclusiva da lei local, o da Territorialidade relativo as normas de Direito Internacional Privado funciona como uma norma de estrutura capaz de ampliar o âmbito das normas locais e dar ensejo à extraterritorialidade das leis, dotando-as de ultratividade espacial específica, especial e restrita a casos específicos.¹²⁶

O Princípio da Territorialidade das leis advêm da soberania estatal e o Princípio da Territorialidade como surge do Direito Internacional Privado é aplicado nos casos que dizem respeito a regra jurídica aplicável, no sentido de localização de um bem ou de realização de um ato, que implica na aplicação de uma lei estrangeira.¹²⁷

3.1.2 Princípio da territorialidade na propriedade intelectual

A propriedade intelectual caracteriza-se pelo princípio da territorialidade, que consiste na regulamentação nacional de cada país para proteção dos direitos de propriedade intelectual, isto é, a validade e o exercício de um direito de propriedade intelectual são regulados pela legislação nacional do país em que se deseja proteger.

O princípio da territorialidade na propriedade intelectual trata-se de norma do Direito Internacional Privado, visto que as normas sobre estes direitos são normas estruturantes e visam determinar qual o regime jurídico aplicável, que determina a existência de um bem intelectual protegível, e sua validade, objeto e exercício do direito. De forma mais clara é dizer que o princípio da territorialidade na propriedade intelectual é vinculado a regra de conflito de leis no espaço, assunto que pertence ao Direito Internacional Privado.¹²⁸

¹²⁶ CASTELLI, op. cit, p. 117.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Ibid.

Porém, quando se tem a relação de conexão entre “registro e uso local” a territorialidade da propriedade industrial confunde-se com o Princípio da Territorialidade das Leis. Nestes casos os dois princípios são aplicáveis, mas a norma ainda é caracterizada como de Direito Internacional Privado. A relação entre Princípio da Territorialidade das Leis e Princípio da Territorialidade do Direito Internacional Privado pode ser explicada da seguinte forma:

Assim, toda norma de Direito Internacional Privado decorre do Princípio da Territorialidade das leis, pois a norma de Direito Internacional Privado, como visto, apesar do nome, é de ordem pública e de direito interno, que quando propicie a extraterritorialidade, quer quando defina a própria lei interna como lei única e exclusivamente aplicável ao caso, hipótese esta que se refere ao mesmo território delimitado (como ocorre em marcas e patentes), razão pela qual os efeitos práticos da aplicação de ambos princípios coincidem.¹²⁹

Caracterizando o princípio da territorialidade na propriedade intelectual como de Direito Internacional Privado está-se a dizer que qualquer caso que ocorra no território que decidiu pela proteção jurídica do bem intelectual será a lei deste Estado a ser aplicada. No entanto, o problema da aplicação deste princípio nas relações internacionais se encontra em casos que é difícil estabelecer fatores de conexão territorial, como é o caso que será apresentado no último capítulo deste trabalho.

Apesar do efeito decorrente do princípio da territorialidade na propriedade intelectual que faz com que cada país tenha sua própria legislação para regular a matéria, os Estados buscaram por meio de acordos internacionais estabelecerem patamares mínimos de proteção. O principal acordo neste sentido é o Acordo TRIPS que será analisado a seguir.

3.2 ACORDO TRIPS

¹²⁹ Ibid., p. 140.

A tutela internacional da propriedade intelectual é regulado pelo Acordo TRIPS, ratificado em 1994, é o Anexo 1-C do Acordo Constitutivo da OMC e estabelece normas mínimas sobre propriedade intelectual aos Estados-Membros desta organização, que devem implementá-las em suas legislações nacionais¹³⁰. Caracteriza-se por abranger uma extensa gama de direitos sobre a matéria, porém sem harmonizá-las.

O Acordo TRIPS representou um novo paradigma, principalmente, para os países em desenvolvimento, que passaram por diversas reformas legislativas para adaptaram-se a nova ordem jurídica internacional.

3.2.1 Considerações iniciais

O Acordo TRIPS representa um marco importante da propriedade intelectual, apresentando e incorporando em seu corpo normativo disposições encontradas nos tratados clássicos sobre a matéria, reunindo tanto países desenvolvidos como países em desenvolvimento. É caracterizado ainda por ter tratado a matéria fora da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)¹³¹, que até então a

¹³⁰ Como explica Salvador Bergel: “No se trata de un acuerdo autoejecutorio, ni crea derechos para los particulares, en tanto no se recepen esos mandatos en las respectivas legislaciones internas. En este sentido, cabe señalar que la Unión Europea al ratificar los acuerdos emergentes de la Ronda Uruguay, destacó que ‘por su naturaleza’ ellos no pueden ser invocados directamente por los particulares (Reg. 94/800/E.C., en OJL336-1)”. BERGEL, Salvador D. Disposiciones generales y principios básicos del acuerdo TRIPs del GATT. In: **Temas de derecho industrial y de la competencia: propiedad intelectual en el GATT**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000. p.52.

¹³¹ Para Maristela Basso duas razões levaram a inclusão do Acordo TRIPS no GATT: “o interesse de completar as deficiências do sistema de proteção da propriedade intelectual da OMPI, e a segunda, a necessidade de vincular, definitivamente, o tema ao comércio internacional”. BASSO, 2000. p. 159. Para Luiz Otávio Pimentel “A inclusão da propriedade intelectual no GATT foi devida basicamente a dois conjuntos de acontecimento, efeitos de política econômica exterior. Primeiro, ao fracasso das medidas unilaterais e do bilateralismo, protagonizadas pelos Estados Unidos e pela União Europeia. [...] Em segundo lugar, deveu-se a insatisfação gerada nos países ricos pela incapacidade e lentidão para conseguir a ampliação da proteção da propriedade intelectual no seio da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), órgão especializado da ONU.” PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito Industrial: as funções do direito de patentes**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.169. No GATT, desde 1986, não se discutia acerca da propriedade intelectual propriamente dita, e sim da extensão que ela passou a ter no comércio internacional. A OMPI e a OMC possuem um estreito relacionamento, tendo a OMPI contribuído nas atividades da OMC, consubstanciado no Acordo entre a Organização Mundial de Propriedade Intelectual e a Organização Mundial

administrava de forma exclusiva, por vinculá-la definitivamente ao comércio internacional e, devido a estrutura da OMC, apresenta formas de sancionar comercialmente, a exemplo da retaliação cruzada, os países que não cumprem com os dispositivos do Acordo.¹³²

Porém, a legitimidade que caracteriza o Acordo TRIPS entre os diversos países passa por três fases. A primeira é marcada pelo início da criação do documento, com forte participação dos Estados Unidos, Comissão Europeia e Japão, fazendo a conexão entre propriedade intelectual e comércio, e com a campanha de que a proteção da propriedade intelectual conduziria todos os países ao desenvolvimento. E segue por mais alguns anos com a apreensão dos países em desenvolvimento sob o escopo dos compromissos assumidos.¹³³

Próximo ao ano 2000 observa-se o surgimento de uma segunda fase, caracterizada por uma análise altamente crítica do processo de negociação do Acordo TRIPS, visto que os países em desenvolvimento começam a perceber que estas foram baseadas em coerção, ignorância e/ou barganha. Muitos começaram a refletir sobre a falta de dados empíricos para justificar as disposições adotadas. Chega-se, neste período, até mesmo a se recomendar a resistência ao Acordo e se afirma a ideia de que novas normas deveriam ser desenvolvidas. Ficou, portanto, extremamente difícil para os países desenvolvidos conseguirem níveis de proteção mais elevados em âmbito multilateral (OMC, OMPI), o que faz surgir o movimento dos países em desenvolvimento para terem seus interesses ouvidos, como foi o caso da Declaração de Doha e Saúde Pública e da Agenda para o Desenvolvimento.¹³⁴

Mesmo com essa contra-ofensiva dos países em desenvolvimento, os países desenvolvidos não desistiram de tentar implementar padrões mais elevados de propriedade intelectual, principalmente pela via bilateral, culminando na terceira fase na qual o Acordo se encontra hodiernamente. O Acordo TRIPS não é mais o vilão da história, nem inimigo dos países em desenvolvimento, e diversos

do Comércio (*Agreement Between the World Intellectual Property Organization and the World Trade Organization*), de 22 de dezembro de 1995.

¹³² ROFFE, Pedro. **América Latina y la nueva arquitectura internacional de la propiedad intelectual**. Buenos Aires: La Ley, 2007.

¹³³ GERVAIS, 2007.

¹³⁴ *Ibid.*

elementos são constatados: (a) o reconhecimento de que cada país em desenvolvimento é bem diferente um do outro, e que conseqüentemente, a forma de implementar o Acordo TRIPS em cada país é diferente; (b) reconhecimento de que a introdução de níveis de proteção mais elevados para a propriedade intelectual nem sempre vai gerar impactos positivos para todos os países; (c) reconhecimento de que a propriedade intelectual é, sim, positiva para desenvolver mais inovação e investimentos estrangeiros, com conseqüente transferência de tecnologia, mas tais regras por si mesmas são insuficientes para alcançar tais objetivos; (d) para implementar o Acordo TRIPS é necessário uma iniciativa estratégica ampla; (e) reconhecimento de que a introdução repentina de níveis mais altos de proteção e observância possuem diversas conseqüências sob o bem-estar que precisam ser gerenciadas.¹³⁵

3.2.2 Natureza, abrangência, objetivos e princípios

Levando em consideração as premissas expostas acima, expõem-se algumas disposições do Acordo TRIPS que se julga importante para a compreensão de seu funcionamento. Particularmente ao trabalho apresentado, importa os princípios encontrados no preâmbulo, artigo 1º. (natureza e abrangência das obrigações), artigo 3º. (tratamento nacional), artigo 4º. (tratamento da nação mais favorecida) artigo 7º. (objetivos) e artigo 8º (princípios).

Já no preâmbulo do Acordo TRIPS é possível identificar relevantes aspectos para interpretação do mesmo e de conflitos que possam existir em decorrência de sua aplicação. Nele estão presentes intenções das Partes ao negociarem o Acordo que devem ser levados em consideração pelas legislações dos países ao elaborarem suas leis, visto que o Acordo TRIPS deixa bastante espaço para que cada país implemente sua legislação sobre propriedade intelectual.

Os Estados-Membros expressam o desejo principal de reduzir distorções e obstáculos ao comércio internacional, levando em consideração a necessidade de promover uma proteção eficaz e adequada dos direitos de propriedade intelectual. Assim, esclarece-se que o principal objetivo do Acordo é “reduzir distorções e obstáculos ao comércio internacional”, que deve ser alcançado levando em consideração a proteção dos direitos de propriedade intelectual.

¹³⁵ Ibid.

Reconhece-se também que as medidas e procedimentos destinados a proteção dos direitos de propriedade intelectual não podem constituir obstáculos ao comércio legítimo.

Além disso, reconhece-se a necessidade de novas regras e disciplinas relativas a meios eficazes e apropriados para a observância dos direitos de propriedade intelectual. Assim, o Acordo TRIPS adotou uma série de dispositivos para tal finalidade. Porém, as medidas de observância devem levar em consideração as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos nacionais. Esta ressalva reconhece a necessidade de manter flexibilidades também nas questões de observância e o direito de cada país determinar suas próprias regras¹³⁶.

Legitima-se ainda a existência das regras de observância, pois reconhece a necessidade de um arcabouço de princípios, regras e disciplinas multilaterais sobre o comércio internacional de bens contrafeitos.

O artigo 1.1, após ratificar a efetividade do Acordo TRIPS entre seus Membros, estabelece que estes poderão, mas não estarão obrigados a prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida neste Acordo, desde que tal proteção não contrarie as disposições do mesmo. Isto é, o Acordo TRIPS constitui um padrão mínimo de proteção, garantindo liberdade para os países elaborarem suas legislações desde que respeitados estes padrões.

Tal característica não é exclusiva do Acordo TRIPS, as Convenções de Paris e de Berna, por exemplo, já a possuíam. O que os diferencia é a implementação através do Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio¹³⁷. Relevante destacar que o Acordo TRIPS não proíbe que os países adotem padrões mais elevados, situação em que se encontram atualmente diversos países que assinam acordos bilaterais com os Estados Unidos e União Europeia. No entanto, alguns dispositivos de TRIPS estabelecem padrões máximos e não mínimos. Neste sentido explica Josef Drexler:

Não obstante, as normas TRIPS existentes podem entrar em conflito com as normas TRIPS-plus em

¹³⁶ UNCTAD. **Resource Book on TRIPS and development**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 11.

¹³⁷ BARBOSA, Denis Borges. Minimum Standards vs. Harmonization in the TRIPS Context. In: CORREA, Carlos M. (Editor). **Research Handbook on Intellectual Property Law and the WTO**. Edgar Elgar, agosto de 2010b

acordos bilaterais nos casos em que o primeiro não apenas definir requisitos mínimos, mas também máximos. Embora pareça, de acordo com o Art. 1.1 TRIPS, que os requisitos máximos são inerentemente estranhos ao conceito de TRIPS, o Acordo, no entanto, proíbe a “proteção mais intensa” em suas disposições sobre a aplicação da Parte III até o ponto em que corrige as disposições gerais de procedimento para o benefício de qualquer das partes em um litígio envolvendo propriedade intelectual.¹³⁸

Assim, o problema não está em conceder direitos mais amplos aos titulares de direito nas regras de observância, mas na incompatibilidade com o Acordo TRIPS quanto às medidas que garantam também o direito do réu. Deve-se preservar o equilíbrio que as normas de observância prevêm entre direito do titular e direito do réu, princípio intrínseco ao Acordo¹³⁹.

Outro limite importante do Acordo TRIPS encontra-se nos artigos 7º. e 8º., que tratam respectivamente dos seus objetivos e princípios. Tais artigos buscam prover o Acordo de uma noção de equilíbrio sobre os direitos e obrigações.

Os objetivos do Acordo TRIPS consistem em proteger e aplicar as normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, contribuindo para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações (art. 7º).

¹³⁸ DREXL, Joseph. The evolution of TRIPS: toward flexible multilateralism. In: KORS, J ; REMICHE, B. **ADPIC, première décennie: droits d’auteur et accès à l’information. Perspective latino-américaine. L’Accord ADPIC: dix ans après.** Belgica: LARCIER, 2007, p. 13-45, tradução nossa: (Nevertheless, existing TRIPS standards may conflict with TRIPS-plus standards in bilateral agreements in cases in which the former do not only define minimum, but also maximum standards. Although it seems, according to Art. 1.1 TRIPS, that such maximum standards are inherently foreign to the concept of the TRIPS, the Agreement nevertheless prohibits “more intensive protection” in its provisions on enforcement of Part III to the extent that it fixes general procedural provisions to the benefit of any party to an IP litigation.)

¹³⁹ Ibid.

E, dentre seus princípios norteadores, está a possibilidade dos Estados-Membros adotarem medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento socioeconômico e tecnológico, ao formularem ou emendarem suas leis e regulamentos, desde que tais emendas sejam compatíveis com o disposto no Acordo TRIPS. Assim, como também poderão ser necessárias 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 (art. 8°).

O estabelecimento do princípio do tratamento nacional e do tratamento da nação mais favorecida entre as normas do Acordo também são valiosas. O primeiro (artigo 3.1) estabelece que cada Membro concederá aos nacionais dos demais Membros tratamento não menos favorável que o outorgado a seus próprios nacionais com relação à proteção da propriedade intelectual. Entende-se assim, que os estrangeiros terão o mesmo tratamento que os nacionais, podendo desfrutar o exercício do seu direito, inclusive possuindo meios para coibir e garantir que isso ocorra.

O princípio do tratamento da nação mais favorecida (artigo 4), por sua vez, significa que em relação à proteção da propriedade intelectual, toda vantagem, favorecimento, privilégio ou imunidade que um Membro conceda aos nacionais de qualquer outro país será outorgada imediata e incondicionalmente aos nacionais de todos os demais Membros.

Outro propósito desejado pelos países desenvolvidos com a implementação do Acordo TRIPS relaciona-se ao combate à contrafação e à pirataria, adotando-se assim uma série de medidas de observância. Pedro Roffe aponta que “um dos motivos para mudar o rumo da propriedade intelectual e de estruturá-la dentro do sistema de comércio internacional foi a necessidade de revisão radical do sistema de observância destes direitos”.¹⁴⁰

¹⁴⁰ ROFFE, op. cit. p. 68, tradução nossa. (Una de las razones para cambiar el rumbo de la propiedad intelectual y de estructurarla dentro del sistema comercial internacional, fue la necesidad de revisar radicalmente el sistema de observancia de esos derechos.)

3.3 OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL POR MEIO DE MEDIDAS DE FRONTEIRA NO ACORDO TRIPS

A observância dos direitos de propriedade intelectual constitui tema central dos quadros jurídicos nacionais e internacionais, com vistas a fazer valer os direitos de exclusivo dos titulares. O objetivo principal destas medidas é o combate à contrafação e à pirataria, cujos prejuízos são contabilizados em vultosas cifras, o que serve de justificativa para a campanha internacional dos países desenvolvidos em reforçar as regras já existentes.

As regras de observância, pela importância que possuem no cenário do comércio internacional, também foram acolhidas pelo Acordo TRIPS. Assim, a primeira parte deste tópico dedicar-se-á a análise destas regras no referido Acordo.

O Acordo TRIPS estabelece diversos mecanismos para observância dos direitos de propriedade intelectual, como procedimentos civis, administrativos, penais, medidas cautelares e medidas de fronteira. Localizam-se na Parte III, dos artigos 41 ao 62, possuindo 5 seções: obrigações gerais (artigo 41); procedimentos e remédios civis e administrativos (artigos 42 a 49); medidas cautelares (artigo 50); exigências especiais relativas a medidas de fronteira (artigos 51 a 60); e procedimentos penais (artigo 61).

Constata-se que a previsão deste conjunto de regras era um dos propósitos à época das negociações do Acordo TRIPS e tido como uma de suas maiores inovações, visto que nas Convenções de Paris e de Berna não existiam regras deste tipo, apenas concebiam direitos.¹⁴¹ Os Estados Unidos e a União Europeia lideravam as discussões sobre a matéria, que refletia o ponto de vista dos conglomerados empresariais destes países.¹⁴²

3.3.1 Obrigações gerais de observância

Todas as regras de observância estão sujeitas às obrigações gerais (artigo 41), que estabelecem princípios e diretrizes gerais. O artigo 41

¹⁴¹ SOUTH CENTRE. **The TRIPS Agreement a guide for the south:** the Uruguay round Agreement on Trade-related Intellectual Property Rights. Geneva, 1997.

¹⁴² UNCTAD, op. cit., p. 578.

instituí, primeiramente, que os Membros assegurarão que suas legislações nacionais disponham de procedimentos para a aplicação de normas de proteção de forma a permitir uma ação eficaz contra qualquer infração dos direitos de propriedade intelectual (artigo 41.1, primeira parte).

O termo “ação eficaz” permite uma série de interpretações, a previsão dos instrumentos regulados no Acordo TRIPS pelas legislações nacionais pode ser considerado preenchido o requisito de eficácia. Neste contexto, cada país possui a liberdade de escolher os instrumentos que considerada mais eficazes no combate a infração dos direitos de propriedade intelectual, desde que respeitados os padrões mínimos da Parte III. Os países também possuem a liberdade de determinar o que constitui infração aos direitos de propriedade intelectual.¹⁴³

O artigo prevê ainda a existência de remédios expedidos destinados tanto a prevenir infrações como remédios que constituam um meio de dissuasão contra infrações ulteriores. No sentido de prevenir infrações, a Parte III do Acordo estabelece medidas cautelares (artigo 50) e medidas de fronteira (artigo 51) e como medidas de dissuasão contra infração existem, por exemplo, ordens judiciais (artigo 44) e indenizações (artigo 45).

Além disso, estes procedimentos serão aplicados de maneira a evitar a criação de obstáculos ao comércio legítimo e a prover salvaguardas contra seu uso abusivo (artigo 41.1, segunda parte). Busca-se com esta redação um equilíbrio entre titular de direitos, alegado infrator e interesse público, em consonância com os princípios estabelecidos do artigo 8º, do qual destaca-se que poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou a recorrência de práticas que limitem de maneira injustificável o comércio¹⁴⁴.

Já o artigo 41.2 expressa que estes procedimentos serão justos e equitativos, não serão desnecessariamente complicados ou onerosos, nem comportarão prazos não razoáveis ou atrasos indevidos. Estes critérios deverão ser atendidos tanto em relação aos titulares de direitos

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ UNCTAD, op. cit., p. 581. Neste livro é relatado o caso abusivo de algumas grandes empresas que se utilizam de "litigância estratégica" (muitas vezes baseadas em títulos fracos ou nulos) contra pequenas e médias empresas que não podem suportar os custos elevados e a morosidade dos procedimentos envolvidos no litígio de direitos de propriedade intelectual.

quanto aos acusados de infringi-los, o que garante ainda direito ao devido processo legal, defesa, verdade processual.

O que constitui procedimentos “desnecessariamente complicados ou onerosos”, “prazos não razoáveis ou atrasos indevidos” é extremamente relativo, devendo ser analisado no caso concreto, no contexto em que se encontra, e interpretados à luz dos princípios e objetivos do Acordo TRIPS, encontrados em seu preâmbulo, artigos 7º. e 8º., e outros como os encontrados no artigo 41.

Preferencialmente, as decisões sobre o mérito dos casos serão escritas e fundamentadas, e deverão estar à disposição, pelo menos das partes do processo, sem atraso indevido (artigo 41.3, primeira parte). Estão presentes nesta parte princípios como transparência, publicidade do processo e motivação das decisões.

A segunda parte do artigo 41.2 estabelece que as decisões sobre o mérito de um caso serão tomadas apenas com base em provas sobre as quais as Partes tenham tido oportunidade de se manifestar, garantindo o direito de defesa das partes no curso do processo. Ressalta-se que essa previsão é obrigatória apenas no caso de decisão que envolva mérito, sendo facultativa a aplicação da regra nos casos de decisões provisórias.

As Partes de um processo terão ainda a oportunidade de que uma autoridade judicial reveja as decisões administrativas finais e pelo menos os aspectos legais das decisões judiciais iniciais sobre o mérito do pedido, sem prejuízo das disposições jurisdicionais da legislação de um Membro relativa à importância do caso (artigo 41.4, primeira parte). Porém, não haverá obrigação de prover uma oportunidade para revisão de absolvições em casos criminais (artigo 41.4, parte final).

As regras de observância dispostas na Parte III também não criam qualquer obrigação de estabelecer um sistema jurídico para tal fim distinto do já existente para aplicação da legislação em geral (artigo 41.5, primeira parte), bem como nenhuma das disposições desta Parte cria qualquer obrigação com relação à distribuição de recursos entre a aplicação de normas destinadas à proteção dos direitos de propriedade intelectual e a aplicação da legislação em geral (artigo 41.5, segunda parte).

Nas obrigações gerais previstas do artigo 41 estão diluídos os princípios da garantia do direito de defesa das partes no curso do processo, do devido processo, da publicidade do processo, da verdade processual, da motivação das decisões, da impugnação. Esta parte do Acordo TRIPS limita-se a indicar algumas características que os procedimentos devem ter, reconhecendo que os direitos de propriedade

intelectual são direitos privados, mas impondo aos Membros obrigações quanto à eficácia dos trâmites, que não devem ser desnecessários ou onerosos, nem dificultem a reivindicação de direitos das partes envolvidas¹⁴⁵.

Os aspectos gerais apresentados acima são os padrões mínimos estabelecidos por TRIPS sobre a matéria de observância. Assim, na prática, as legislações dos Estados-Membros podem conter outros dispositivos não contemplados pelo Acordo.

Enquanto os países em desenvolvimento possuem dificuldade de aplicar tais regras, os países desenvolvidos acreditam que estas não são suficientes para regular os direitos de observância e buscam alcançar padrões internacionais maiores tanto pelo âmbito bilateral como multilateral. Porém, o tema não é simples e merece análise mais detida.

3.3.2 Medidas de fronteira no Acordo TRIPS

Como já exposto, as medidas de fronteira consistem em regras de observância dos direitos de propriedade intelectual com vistas a fazer valer o direito dos titulares na fronteira dos países.¹⁴⁶ O tratamento internacional sobre a matéria é dado pelo Acordo TRIPS, nos artigos 51 a 60, denominadas de “exigências especiais relativas a medidas de fronteira”.

Desta forma, este tópico busca primeiramente tratar de forma breve os antecedentes legais internacionais das medidas de fronteira, para posteriormente examinar os preceitos estabelecidos pelo Acordo TRIPS, de forma a aclarar no que consiste o compromisso internacional dos Estados-Membros da OMC e servir de base pra as futuras considerações que se pretende realizar neste trabalho.

A) Antecedentes legais internacionais: das Convenções de Paris e de Berna ao Acordo TRIPS

¹⁴⁵ MOLINA, Edith Flores de. Las medidas de observancia de los derechos de propiedad intelectual en el Acuerdo sobre los ADPIC. La protección en el ámbito administrativo y las medidas en frontera. In: LÓPEZ, Marco Antonio Palacios; HERNÁNDEZ, Ricardo Alberto Antequera. **Propiedad Intelectual: temas relevantes en el escenario internacional**. Guatemala, SIECA/USAID, 2000, p. 375-376. Ver também: REICHMAN, Jerome H. Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection. In: CORREA, Carlos M.; YUSUF, Abdulqawi (ed.). **Intellectual property and international trade: the TRIPS Agreement**. Netherlands: Kluwer Law International, 2008.

¹⁴⁶ Ver o capítulo primeiro deste trabalho.

O tratamento legal internacional das medidas de fronteira remontam ainda as Convenções de Paris e de Berna, reconhecidos como os marcos legislativos iniciais do tratamento internacional da propriedade intelectual.

Os artigos 9 e 10, da Convenção de Paris, criam medidas para combater o uso indevido de marcas de fábrica ou de comércio e falsa indicação de procedência do produto ou à identidade do produtor, fabricante ou comerciante. Desde o referido acordo é prevista a possibilidade de apreensão destes bens quando importados entre os países da União, desde que haja proteção legal; e a necessidade de um requerimento do Ministério Público, de qualquer outra autoridade competente ou de qualquer interessado, pessoa física ou jurídica, de acordo com a lei interna de cada país. Consta também a não obrigação de efetuar apreensão de mercadorias em trânsito.

Porém, tais artigos permitem que, no caso da legislação de um país não possuir medidas similares às mesmas situações apresentadas, estas serão substituídas pelas ações e meios que a lei desse país assegurar em tais casos aos nacionais. Permite-se assim que as medidas dos artigos 9 e 10 não sejam adotadas, e que, inclusive, medidas mais fracas possam ser previstas. Por esta razão Daniel Gervais as caracteriza como de fraca normatividade¹⁴⁷.

Na Convenção de Berna, o artigo 16, prevê apreensão de cópias de obras que infringam direitos de autor em qualquer país da União onde a obra original tem direito à proteção legal. A apreensão também é aplicável às reproduções provenientes de um país onde a obra não é protegida ou deixou de sê-la. Destaca-se, da Convenção de Berna, que a apreensão deve ser realizada de acordo com as leis de cada país, aplicando-se a noção de *lex loci delicti* do direito internacional privado, isto é, a lei do país em que se produz a cópia não autorizada.¹⁴⁸

¹⁴⁷ GERVAIS, J. Daniel. The international legal framework of border measures in the fight against counterfeiting and piracy. In: VRINS, Oliver; SCHNEIDER, Marius. **Enforcement of intellectual property rights through border measures**. New York: Oxford University Press, 2006. p. 39.

¹⁴⁸ BASSO (2000) aponta a *lex fori*, isto é, a lei do tribunal em que a ação é proposta, é aplicada para realizar-se a apreensão. Fato é que neste caso as duas, tanto *lex loci delicti* quanto a *ex fori*, acaba sendo a mesma coisa. Neste mesmo sentido ver: GERVAIS, J. Daniel, op cit. p. 40.

O artigo 13(3), da Convenção de Berna, assinala que as gravações de que trata os parágrafos anteriores do mesmo artigo quando importadas também são suscetíveis de apreensão.

Outro antecedente histórico das medidas de fronteira é encontrado nos artigos IX e XX, do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (General Agreement on Tariffs and Trade - GATT)¹⁴⁹, de 1947, que previam meios de refrear a contrafação e a pirataria de marcas e indicações de procedência regional e geográfica por meio das aduanas.

Desde os idos de 1982, os Estados Unidos, juntamente com outros membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁵⁰, pretendiam criar um acordo que implementasse tais artigos. De acordo com Barbosa:

O projeto de acordo visava uniformizar o tratamento alfandegário dos produtos contrafeitos, obrigando-se os Estados a efetuar o arresto ou seqüestro dos bens pertinentes, ou de outra maneira negar o benefício econômico da operação com bens contrafeitos ao contrafator.¹⁵¹

Foram estes artigos que serviram de base para atrelar definitivamente o tema da propriedade intelectual ao comércio internacional à época das negociações da Rodada Uruguai, iniciada em 20 de setembro de 1986, e cuja ata final de 1994, consubstanciada no Acordo de Marraqueche, deu origem a Organização Mundial do Comércio (OMC), que possuía entre seus resultados a garantia dos direitos de propriedade intelectual através do Acordo TRIPS.

B) Exigências especiais relativas a medidas de fronteira

¹⁴⁹ O GATT é “um conjunto de normas direcionadas inicialmente para a redução das tarifas alfandegárias no comércio internacional. Sem que se houvesse constituído uma organização internacional, o GATT servia como um amplo foro de negociações, cujos pilares eram a cláusula da nação mais favorecida e o princípio do tratamento nacional”. BARRAL, Welber (Org.). **O Brasil e a OMC**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 13.

¹⁵⁰ A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), foi criada em 30 de setembro de 1961, possui sua sede em Paris, na França. É uma organização formada pelos países desenvolvidos com o objetivo de defesa da democracia representativa, do liberalismo econômico e do desenvolvimento social.

¹⁵¹ BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p.195.

Nos artigos 51 a 60, do Acordo TRIPS, estão disciplinadas as exigências especiais relativas a medidas de fronteira. Não estão sujeitos às mesmas regras os Estados-Membros que derrubarem substancialmente todos os controles sobre os movimentos de mercadorias através da sua fronteira com outro Estado-Membro com o qual forma uma união aduaneira (nota 12, artigo 51, Acordo TRIPS).

Daniel Gervais atenta para o fato de quão detalhado são estes dispositivos, constituindo um grande avanço para as regras de observância dos direitos de propriedade intelectual, tendo em vista todos os outros acordos anteriores ao Acordo TRIPS sobre a matéria¹⁵².

O artigo 51, denominado suspensão de liberação pelas autoridades alfandegárias, estabelece os fundamentos básicos sobre medidas de fronteira, determinando que:

Os Membros deverão, em conformidade com as disposições a seguir enunciadas, adotar os procedimentos para permitir que um titular, que tenha motivos válidos para suspeitar que a **importação de bens com marca contrafeita ou pirateados** possa ocorrer, apresente um requerimento por escrito **junto às autoridades competentes, administrativa ou judicial**, para a suspensão pelas autoridades aduaneiras da liberação para livre circulação dessas mercadorias. Os Membros **podem permitir que tal pedido seja feito em relação a mercadorias que envolvam outras infrações a direitos de propriedade intelectual**, desde que os requisitos da presente seção estejam preenchidos. Os Membros também **podem prever processos correspondentes relativos à suspensão pelas autoridades aduaneiras da liberação de bens que violem direitos de propriedade intelectual destinados à exportação dos seus territórios.** (grifos nosso)

De acordo com este artigo a suspensão de liberação pelas autoridades aduaneiras é exigido apenas nos casos de importação de bens, facultando a cada Estado-membro estabelecer regras desta

¹⁵² GERVAIS, op. cit. p. 48.

natureza em relação aos bens destinados à exportação. Porém, neste último caso, “estas seriam requisitos TRIPS-plus que não são obrigatórios para os membros da OMC”¹⁵³. O próprio Acordo, na nota 13, do artigo 51, explicita que não há obrigação de aplicar estes procedimentos a importação de bens colocados no mercado de um terceiro país pelo titular do direito ou com o seu consentimento, assunto relativo à importação paralela, nem a bens em trânsito.

Destaca-se que à autoridade aduaneira compete apenas a execução de medidas cautelares decididas por “autoridades competentes, administrativa ou judicial” quanto a questão de uma mercadoria ser contrafeita ou pirateada. Apesar de em alguns países as autoridades administrativas coincidirem com as próprias autoridades aduaneiras esta não é uma disposição do Acordo TRIPS, possibilitando que seja competência exclusiva do judiciário ou de outra autoridade administrativa¹⁵⁴.

Além disso, estas medidas são aplicadas somente no caso de infrações de bens com marca contrafeita ou bens pirateados. Para os efeitos do Acordo TRIPS, entende-se por “bens de marca contrafeita” quaisquer bens que usem sem autorização uma marca que seja idêntica à marca registrada relativa a tais bens ou que não pode ser distinguida da marca genuína, e por “bens pirateados” entende-se por quaisquer bens que constituam cópias efetuadas sem o consentimento do titular, infringindo direitos de autor.

Correa observa que na contrafação de marcas não está incluído casos de marcas que possam encontrar confusão com outras marcas protegidas, e quanto a bens pirateados esta expressão não abrange os casos de plágio, quando, por exemplo, passagens escritas de um trabalho são copiadas sem consentimento¹⁵⁵.

Justifica-se que estas medidas sejam apenas para bens que visivelmente infrinjam direitos, isto é, que apenas com inspeção visual se possa detectar a infração, pois as autoridades aduaneiras podem não ser devidamente preparadas para identificar outros tipos de infração, como por exemplo, no caso de uma patente ou uma topografia de

¹⁵³ CORREA, 2009a, p. 48.

¹⁵⁴ UNCTAD, op. cit.

¹⁵⁵ CORREA, op. cit..

circuito integrado, que exigem exame técnico mais apurado e sua infração não são facilmente perceptíveis¹⁵⁶.

Outros aspectos relevantes do artigo 51 do Acordo TRIPS são que, em regra, esta disposição não se aplica a outros direitos de propriedade intelectual, como patentes¹⁵⁷; e não existe disposição que obrigue as autoridades aduaneiras adotarem medidas cautelares *ex officio*, sendo necessário um requerimento específico do detentor do direito para a autoridade aduaneira agir.

O objetivo de suspender a entrada de mercadorias que se suspeite infratora é:

[...] dar ao titular dos direitos um prazo razoavelmente extenso para que se inicie os procedimentos judiciais contra que presume que seja o autor da infração, sem correr o risco de que a mercadoria que ele suspeita que esteja infringindo seus direitos desapareça no mercado após ter sido autorizada a sua entrada pelas autoridades aduaneiras.¹⁵⁸

Observa-se que as medidas de fronteira são procedimentos privados à disposição dos titulares de propriedade intelectual para fazerem valer seus direitos. Aos Estados, em respeito ao estabelecido no Acordo TRIPS, compete apenas prever tais mecanismos, não devendo assumir custos e responsabilidades pela sua execução¹⁵⁹, como se pode extrair da leitura do artigo 41.1, do referido Acordo:

Os Membros assegurarão que suas legislações nacionais disponham de procedimentos para a aplicação de normas de proteção como especificadas nesta Parte, de forma a permitir

¹⁵⁶ GERVAIS, op. cit. p. 49. No mesmo sentido: UNCTAD, op. cit..

¹⁵⁷ Este fato é de extrema relevância, pois, em bens com marca contrafeita ou bens pirateados é mais fácil realizar inspeção visual para identificar violação a estes direitos do que no caso de, por exemplo, uma patente de produto ou de processo, que necessita de um exame técnico e jurídico mais apropriado e de provas mais contundentes. CORREA, op. cit.

¹⁵⁸ PIMENTEL, 2005, p. 135.

¹⁵⁹ CORREA, Carlos M. **Derechos de propiedad intelectual, competencia y protección del interés público**: la nueva ofensiva en materia de observancia de los derechos de propiedad intelectual y los intereses de los países en desarrollo. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de F, 2009b.

uma ação eficaz contra qualquer infração dos direitos de propriedade intelectual previstos neste Acordo, inclusive remédios expeditos destinados a prevenir infrações e remédios que constituam um meio de dissuasão contra infrações ulteriores. Estes procedimentos serão aplicados de maneira a evitar a criação de obstáculos ao comércio legítimo e a prover salvaguardas contra seu uso abusivo. (grifos nosso)

De maneira geral, o Acordo TRIPS, quanto às medidas de fronteira, segue o padrão de estabelecer regras de patamar mínimo da mesma forma que o restante do Acordo, deixando aos Estados-membros espaço considerável para estabelecer suas regras de controle sobre infrações contra a propriedade intelectual neste âmbito.

O artigo 51 estabelece basicamente que: a) cabe ao titular requerer a suspensão da liberação de bens pela autoridade aduaneira; b) deve haver motivos válidos para suspeitar a infração; c) a suspeita diz respeito ao caso de importação; d) os direitos de propriedade protegidos são relacionadas a infração de marca contrafeita ou bens pirateados; e) o requerimento é feito por escrito e encaminhado às autoridades competentes (administrativa ou judicial).

De acordo com o artigo 52, o titular que queira ter a suspensão de liberação de que trata o artigo 51, deverá “fornecer provas adequadas para satisfazer as autoridades competentes, de acordo com a legislação do país de importação, que existe *prima facie*, uma violação do direito de propriedade intelectual”, por meio de uma “descrição suficientemente detalhada dos bens, de forma a que sejam facilmente reconhecidos pelas autoridades alfandegárias” (artigo 52, primeira parte).

O primeiro requisito a ser satisfeito exige que as provas apresentadas possam identificar à primeira vista, sem maiores dilações, que o bem importado infringe o direito do requerente. A infração de que trata este artigo deve referir-se à legislação do país de importação.

A exigência de suficiência na descrição dos bens objetiva facilitar o reconhecimento da infração pelas autoridades alfandegárias e deve ser analisada caso-a-caso. Como salienta Daniel Gervais, mais informações podem tornar a suspensão de liberalização um processo mais rápido e eficiente¹⁶⁰.

¹⁶⁰ GERVAIS, op. cit. p. 50.

Preenchidos os requisitos acima, estando o requerimento devidamente instruído, “as autoridades competentes informarão ao requerente, dentro de um prazo de tempo razoável, se aceitaram o requerimento e, quando determinado pelas autoridades competentes, o prazo em que agirão as autoridades alfandegárias” (artigo 52, segunda parte).

O prazo de tempo razoável para as autoridades informarem ao requerente sobre a aceitação do requerimento deve ser determinado pelas leis nacionais de cada país¹⁶¹, e, quando as autoridades competentes estabelecerem um período para que a entrada dos bens se mantenha suspensa pelas autoridades alfandegárias, a notificação deve incluir tal informação.

Com o objetivo de proteger o requerido e evitar abusos, o artigo 53.1 prevê poder às autoridades competentes de exigir depósito de caução ou garantia equivalente pelo requerente, que não deverá deter despropositadamente o recurso aos procedimentos de medidas de fronteira.

Trata-se de uma discricionariedade da autoridade competente, que deve ser exigida principalmente nos casos em que haja alguma dúvida sobre a veracidade das provas apresentadas de que o bem importado infringe direitos de propriedade intelectual. E deve ser encarada como “elemento dissuador de práticas anticoncorrenciais”¹⁶².

Como ressalta a parte final do artigo 53.1 a caução ou garantia não deverá deter despropositadamente o recurso a esses procedimentos, isto significa que o valor exigido não pode ser elevado ao ponto de fazer com que os titulares de direitos não utilizem medidas de fronteira para fazer valer seus direitos.¹⁶³

Já o artigo 52.2¹⁶⁴ prevê a possibilidade do proprietário, importador ou consignatário, conseguir a liberação de mercadorias suspensas desde que: a liberação de bens envolva desenhos industriais, patentes, topografias de circuito integrado ou informações

¹⁶¹ UNCTAD, op. cit. , p. 612.

¹⁶² Ibid, p. 613.

¹⁶³ Ibid., loc cit.

¹⁶⁴ Ver nota 31.

confidenciais¹⁶⁵; tal suspensão tiver sido realizada pelas autoridades alfandegárias, com base numa decisão que não tenha sido tomada por uma autoridade judicial ou por outra autoridade independente; que o prazo estipulado no art.55 (10 dias úteis) tenha expirado sem a concessão de alívio provisório pelas autoridades devidamente capacitadas; tenha sido realizado depósito de caução suficiente para proteger o titular do direito de qualquer violação; que todas as outras condições de importação tenham sido cumpridas.

O pagamento da caução para liberação das mercadorias de que trata o artigo 52.2 não restringe o direito a outros remédios disponíveis para o titular do direito. Caso este desista de litigar dentro de um prazo razoável, a ser determinado por cada país, a caução será liberada.

É previsto no artigo 54 que o importador e o requerente serão prontamente notificados quando houver uma suspensão da liberação dos bens nos termos do artigo 51. Pelo termo “prontamente” presume-se que tal notificação deve ser realizada assim que possível, pois a demora injustificada deste procedimento poderá acarretar em sérios prejuízos econômicos às partes.

O artigo 55 estabelece que tanto no caso de importação como de exportação, cumpridos seus demais requisitos, os bens serão liberados após no máximo 10 dias úteis¹⁶⁶, depois da notificação ao requerente da suspensão da liberalização (artigo 54), desde que as autoridades alfandegárias não tenham sido informadas de que: (a) um processo tendente a uma decisão sobre o mérito do pedido tenha sido iniciado por outra parte que não o réu; (b) ou que a autoridade devidamente capacitada tenha adotado medidas cautelares prolongando a suspensão da liberação dos bens.

Em relação à primeira condição, se o referido procedimento for realizado pelo próprio requerente, os bens devem ser liberados sob a perspectiva de que uma decisão de mérito já tenha sido requerida para a mesma autoridade que aprovou a medida provisória.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Esta é uma disposição bastante incomum, tendo em vista que o artigo 51 prevê que são obrigatórias medidas a bens que tenham marca contrafeita ou sejam bens pirateados. Neste sentido ver: UNCTAD, op. cit., p. 614.

¹⁶⁶ Este é o primeiro prazo estipulado pelo Acordo TRIPS no que diz respeito a medidas de fronteira. Em todos os outros artigos existe uma liberdade para cada país regular o que consideram como “sem atraso”, “prontamente”, “imediatamente” etc.

¹⁶⁷ UNCTAD, op. cit., p. 615.

Em casos apropriados, a serem estabelecidos por cada legislação nacional ou caso-a-caso, esse limite de tempo pode ser estendido por 10 dias úteis adicionais pela autoridade que ordenou a primeira suspensão.

Tal artigo prevê ainda que se o processo tendente a uma decisão sobre o mérito do pedido tiver sido iniciado, haverá, quando solicitada pelo réu, uma revisão, inclusive o direito de ser ouvido, a fim de se decidir, dentro de um prazo razoável, se essas medidas serão modificadas, revogadas ou confirmadas. No entanto, quando a suspensão da liberação dos bens for efetuada ou mantida de acordo com uma medida judicial cautelar, serão aplicadas as disposições do artigo 50.6, isto significa que o prazo não será superior a 20 dias úteis ou a 31 dias corridos, o que for maior.

O pagamento de uma compensação adequada, a ser determinada pelas autoridades pertinentes (aduanas, administrativa ou judicial), por qualquer dano causado ao importador, ao consignatário e ao proprietário dos bens que ocorra em detrimento de retenção injusta dos bens ou pela retenção de bens liberados de acordo com o art.55, é previsto no artigo 56.

Mais uma vez o Acordo utiliza termos como “compensação adequada” que permite que cada país legisle sobre o que venha a ser tal expressão ou que se decida de acordo com as especificações de cada caso.

Ainda faz referência a “qualquer dano causado” às três partes que podem ter prejuízos pela retenção injusta de mercadorias, sem especificar se diz respeito a danos econômicos, se cobre custa de advogados e taxas administrativas ou judiciais. Correa atenta para o fato de que se trata de uma responsabilidade objetiva, já que não depende da comprovação de má-fé ou de intenção maliciosa do requerente¹⁶⁸.

De acordo com o artigo 57, sem prejuízo da proteção de informações confidenciais, as autoridades competentes terão o poder de conceder, ao titular do direito e ao importador, oportunidade suficiente para que quaisquer bens detidos pelas autoridades alfandegárias sejam inspecionados. Nisto consiste o direito de inspeção, cujo objetivo é fundamentar as pretensões do titular do direito.

Outro direito protegido por este artigo é o direito à informação, que consiste na possibilidade dos Membros de prover às autoridades

¹⁶⁸ CORREA, Carlos M. **Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: a commentary on TRIPS Agreement**. New York: Oxford, 2007. p. 446.

competentes o poder de informar ao titular do direito os nomes e endereços do consignador, do importador e do consignatário e da quantidade de bens em questão. Este direito só pode ser exercido quando a decisão de mérito for pela procedência do pedido e sem prejuízo da proteção de informações confidenciais.

Tanto o direito a inspeção como o direito a informação auxiliam o titular do direito a ingressar com a ação ao fornecer dados sobre os bens infringidos e sobre os infratores.

O Acordo TRIPS não impõe a obrigação de que os Membros atuem *ex officio*, porém quando existir esta previsão na legislação de algum destes países, atuando as autoridades competentes por conta própria, deverão proceder de acordo com o artigo 58.

Assim, quando houver suspensão de liberação de ofício de bens em relação aos quais tenham obtido elementos de prova *prima facie* de que um direito de propriedade intelectual esteja sendo violado: (a) as autoridades competentes podem buscar obter, a qualquer momento, do titular do direito qualquer informação que possa assisti-las a exercer esse poder; (b) o importador e o titular do direito serão prontamente notificados da suspensão.

Quando o importador tiver apresentado uma medida contra a suspensão junto às autoridades competentes, a suspensão estará sujeita, *mutatis mutandis*, às condições estabelecidas no art.55 (prazo de até 10 dias úteis); (c) os Membros só poderão isentar autoridades e servidores públicos de estarem sujeitos a medidas apropriadas de reparação quando os atos tiverem sido praticados ou pretendidos de boa-fé.

O artigo 59 prevê que as autoridades competentes terão o poder de determinar a destruição ou a alienação de bens que violem direitos de propriedade intelectual, de acordo com os princípios estabelecidos no artigo 46. A aplicação de tais medidas não prejudicará os demais direitos de ação a que faz jus o titular do direito e ao direito do réu de buscar uma revisão por uma autoridade judicial.

O artigo 46 diz respeito à retirada de circulação comercial dos bens que infrinjam direitos de propriedade intelectual e seus princípios são: a inexistência de qualquer forma de compensação; de forma a evitar qualquer prejuízo ao titular do direito; ou, quando esse procedimento for contrário a requisitos constitucionais em vigor, que esses bens sejam destruídos.

Com relação a bens com marca contrafeita, as autoridades não permitirão sua reexportação sem que sejam alterados nem os submeterão a procedimento alfandegário distinto, a não ser em circunstâncias

excepcionais. Esta redação permite o entendimento de que se houver alteração ou retirada da marca contrafeita é possível exportar o bem objeto da suspensão.

A importação de minimis estabelecida pelo artigo 60 refere-se a possibilidade dos Membros poderem deixar de aplicar as disposições relacionadas a medidas de fronteira no caso de pequenas quantidades de bens, de natureza não comercial, contidos na bagagem pessoal de viajantes ou enviados em pequenas consignações.

Correa aponta duas razões para a existência desta provisão: a dificuldade das autoridades aduaneiras controlarem a importação de pequenas quantidades e o fato de que os titulares de direito normalmente não terão interesse suportar os custos dos procedimentos de execução nesses casos¹⁶⁹.

O surgimento de novas tecnologias tem feito alguns países repensarem sobre estas questões, visto que é possível armazenar em computadores cópias não autorizadas de diversas músicas, textos e obras audiovisuais, que poderão ser compartilhadas com outras pessoas e causar danos para os detentores destes direitos.¹⁷⁰

¹⁶⁹ CORREA, 2007, p. 448.

¹⁷⁰ Neste sentido ver: GERVAISI, 2006. p. 50.

4 NOVOS FOROS INTERNACIONAIS DE DISCUSSÃO SOBRE MEDIDAS DE FRONTEIRA

Apesar de estabelecidos os *standards* mínimos no Acordo TRIPS, surge no cenário internacional a tentativa de implementação de padrões cada vez mais elevados de direitos de propriedade intelectual por meio de acordos realizados em âmbito bilateral, regional e multilateral. Desde o início de sua regulamentação observa-se a mudança de foro como uma característica constante nas discussões destes direitos, fenômeno que se repete como instrumento de manobra dos países desenvolvidos.

4.1 PRIMEIRA MUDANÇA DE FORO: DA OMPI À OMC

A OMPI, que surgiu em 1967 da junção da Convenção da União de Paris com a Convenção da União de Berna, cujas secretarias internacionais em 1892 já haviam se unido para constituir o *Bureaux Internationaux Reunis Pour la Protection de la Propriété Intellectuelle* – BIRPI¹⁷¹, foi o primeiro foro em que se observou este movimento.¹⁷² Desde sua constituição, a OMPI caracterizou-se como principal foro multilateral para negociações sobre direitos de propriedade intelectual, cujas regras foram estabelecidas pelos países desenvolvidos e contou

¹⁷¹ O *Bureaux Internationaux* durou até o fim da Segunda Guerra Mundial, quando as Uniões passaram a não mais satisfazer a proteção da propriedade intelectual, em razão de suas estruturas ultrapassadas para aquele momento e do surgimento das organizações internacionais, existindo a necessidade de equiparação das Uniões ao modelo das organizações. No contexto pós-guerra surgiu a OMPI, em 14 de julho de 1967, na Convenção de Estocolmo, não substituindo as Uniões. Ingressou no sistema das Nações Unidas em 1974, quando concluiu acordo com a ONU. Os objetivos da OMPI resumem-se em favorecer a assinatura de acordos de proteção da propriedade intelectual; tomar medidas para a melhoria dos serviços prestados pelas Uniões de Paris e Berna; oferecer assistência técnica aos Estados que solicitarem; e promover estudos e publicações sobre a proteção da propriedade intelectual. Ainda incrementa a cooperação administrativa entre os Estados na área de proteção de marcas comerciais, patentes, desenvolvimento industrial, obras artísticas e literárias e nas modernas produções atinentes a comunicação. SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das organizações internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p 169.

¹⁷² RAUSTIALA, Kal. **Density & Conflict in International Intellectual Property Law**. University of California at Davis Law Review, Forthcoming; University of California, Los Angeles School of Law Research. Paper No. 06-31. 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=914606>>. Acesso em: 30 mar 2011.

com participação crescente dos países em desenvolvimento, principalmente a partir de meados de 1980¹⁷³.¹⁷⁴

No mesmo período em que os países em desenvolvimento passaram a se consolidar na OMPI¹⁷⁵, iniciaram-se ações dos países desenvolvidos com o propósito de revisar os acordos e tratados existentes em relação à matéria, sob a justificativa de que faltavam instrumentos capazes de manter a proteção aos direitos da propriedade intelectual. Os países desenvolvidos almejavam padrões mais elevados de proteção com mecanismos que garantissem a observância desses direitos, levando as negociações para um foro diferente da OMPI que lhes garantisse resultados mais favoráveis.¹⁷⁶

Assim, as negociações sobre novos padrões internacionais foram mais uma vez realizadas de acordo com as necessidades das indústrias dos países desenvolvidos que haviam alcançado maior capacidade industrial e tecnológica. Surgiam nesses países novas indústrias, mais poderosas e competitivas, a exemplo da farmacêutica, da de programas de computador, da de semicondutores e de biotecnologia. Concomitantemente, o comércio internacional alcançava patamares elevados de competitividade, resultantes do aumento nos investimentos

¹⁷³ Em consequência da participação mais ativa dos países em desenvolvimento neste período ficou mais difícil revisar as Convenções administradas pela OMPI. Como relata Abdulqawi Yusuf: “The seventh revision of the Paris Convention, which began in 1980, failed to achieve any results, due to the chasm separating the developing countries (who were seeking to ensure a greater use of industrial property rights granted in their territories) from the developed ones bent upon the strict safeguard of the patent-holders’ rights”. YUSUF, Abdulqawi A. **TRIPS: background, principles and general provisions**. In: CORREA, Carlos M.; YUSUF, Abdulqawi (ed.). **Intellectual property and international trade: the TRIPS Agreement**. Netherlands: Kluwer Law International, 2008. p. 5.

¹⁷⁴ TELLEZ, Viviana Muñoz. The changing global governance of intellectual property enforcement: a new challenge for developing countries. In: LI, Xuan; CORREA, Carlos M. **Intellectual Property Enforcement: international perspective**. Cheltenham, UK ; Northampton, MA : Edward Elgar, 2009

¹⁷⁵ Para Sisule Musungu e Graham Dutfield “A fourth factor that influenced the strategic shift to the GATT framework was the increasing strength of developing countries at WIPO which had resulted in developed countries proposals being defeated and/or their agenda being frustrated. MUSUNGU, Sisule F; DUTFIELD, Graham. **Multilateral agreements and a TRIPS-plus world: The World Intellectual Property Organisation (WIPO)**. Geneva: QUNO; Ottawa: QLAP, 2005. p. 10.

¹⁷⁶ TELLEZ, op. cit.

em pesquisa e desenvolvimento (P&D) e visava que a apropriação exclusiva dos resultados tivesse reflexo internacional.¹⁷⁷

Carlos Correa aponta, ainda, que durante a década de 1980 os Estados Unidos, cujos lobbies industriais tiveram grande influência neste processo¹⁷⁸, começa a enfrentar a concorrência na área eletrônica de países como o Japão e outros países asiáticos. Cedendo, então, à pressão feita por suas indústrias, o governo norte-americano começa a levantar preocupações acerca das perdas sofridas pelo país com a contrafação e a pirataria¹⁷⁹, de modo a incitar que pudessem ser evitadas se o sistema de propriedade intelectual fosse atrelado ao tema do comércio internacional no âmbito do GATT.¹⁸⁰

De maneira geral, estas negociações sobre o alcance da proteção à propriedade intelectual são caracterizadas por perspectivas divergentes

¹⁷⁷ CORREA, Carlos M. **Intellectual property rights, the WTO and developing countries: the TRIPS agreement and policy options**. London, New York: Zed Books Ltd. Malaysia: Third World Network, 2000.

¹⁷⁸ Como comenta sobre a teoria da escolha pública Laurence Helfer: “States are not unitary but are composed of a diverse array of governmental institutions populated by officials who pursue their own agendas and draw legitimacy from their relationship to domestic constituencies. Private interest groups and members of civil society are also critical players, aggregating individual preferences and lobbying the various branches of government to adopt the policies they favor.

Disaggregating states into transparent entities composed of distinct governmental and nongovernmental actors makes possible a public choice analysis of international lawmaking and regime shifting in particular. Public choice theory views government decisions as the product of interest group politics. It argues that concentrated interest groups with high individual stakes will devote significant resources to lobbying government officials if doing so allows those groups to acquire advantages through regulation that would be unavailable in the market. Because such interest groups face lower informational and organizational costs than more diffusely organized voters or consumers, they tend to be more successful in mobilizing resources and influencing legislative outcomes.” HELFER, Laurence R. **Regime Shifting: the TRIPS Agreement and new dynamics of international intellectual property lawmaking**. Yale 2004. p. 19

¹⁷⁹ “In 1987, a survey by the US International Trade Commission (ITC) confirmed, on the basis of public hearings held and questionnaires administered, that US firms were losing some US\$50 billion a year from lack of overseas intellectual property protection. The conclusion was that something had to be done, and the idea of taking up the issue of IPRs within the General Agreement on Tariffs and trade (GATT) framework began to receive support from the US”. ADEDE, Adronico O. Origins and history of the TRIPS negotiations. In: BELLMANN, Christophe; DUTFIELD, Graham; MELÉNDEZ-ORTIZ, Ricardo. (ed). **Trading in knowledge: development perspectives on TRIPS, trade, and sustainability**. London: Earthscan, 2003. p. 24.

¹⁸⁰ CORREA, 2000.

entre os países que possuem diferentes níveis de industrialização. Historicamente, assim como a evolução das normas internacionais sobre a matéria, essas discussões costumam oscilar entre a proteção dos direitos de propriedade intelectual com fulcro nas novas criações, de um lado, e a maximização do bem-estar social a partir da difusão, de outro. Todavia, com as mudanças instituídas pelo GATT, o alcance das medidas tem tido caráter protetivo, visto que tanto o Acordo TRIPS quanto outros acordos que o seguem favorecem, primordialmente, os titulares de direitos no mercado internacional.¹⁸¹

A mudança das negociações da OMPI para o GATT foi uma grande novidade, não pelo fato de atrelar a propriedade intelectual ao comércio internacional – relação que já era observada 100 anos antes¹⁸² –, mas por este ser um foro que discute a liberalização do comércio, permitindo excepcionalmente a adoção de regras sobre propriedade intelectual, desde que estas não constituam restrições ao comércio. Todavia, os direitos de propriedade intelectual são associados às restrições ao livre mercado e à concorrência, objetivos contrários às proposições do GATT.¹⁸³

Para a OMPI, o Acordo TRIPS significou partilhar a sua, até então, competência exclusiva em matéria de propriedade intelectual com a OMC.¹⁸⁴ Num primeiro momento essa mudança de foro encontrou grande resistência por parte dos países em desenvolvimento, visto que acreditavam que a OMPI, por ser a agência especializada em propriedade intelectual das Nações Unidas, detinha a competência sobre a matéria.¹⁸⁵ Entretanto, com a possibilidade de obterem concessões em

¹⁸¹ YUSUF, op. cit..

¹⁸² A carta-convite para o “First International Congress for the Consideration of Patent Protection”, ocorrido em Viena, no ano de 1872, já expressava tal relação. Ver em: *Ibid.*

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ MUSUNGU; DUTFIELD, op. cit..

¹⁸⁵ CERVIÑO, Alberto Casado; PRADA, Begoña Cerro. Orígenes y alcances del Acuerdo TRIPS: incidencia en el derecho español. In: **Temas de derecho industrial y de la competencia: propiedad intelectual en el GATT**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000. Neste sentido afirmam Sisule Musungu e Graham Dutfield: “For these countries, WIPO unlike the WTO provided a menu of treaties from which they could pick and choose and in some cases make reservations to. The diversity of rules and the permissive nature of WIPO treaties meant that developing countries could tailor their intellectual property regimes to meet their development objectives. The arrival of TRIPS therefore ushered in a period of peace for WIPO concerning the development-related demands by developing countries. Suddenly, these countries had become defenders of WIPO.” MUSUNGU; DUTFIELD, op. cit. p. 10-11.

outras áreas de interesse, a exemplo da agricultura e da indústria têxtil, esses países passaram a concordar com as negociações no GATT.

Nas negociações posteriores, no entanto, os benefícios não foram alcançados, isto é, os países desenvolvidos não fizeram concessões quanto ao acesso aos seus mercados¹⁸⁶, o que dificultava a aceitação. Os países desenvolvidos, por sua vez, no âmbito do GATT, uma forma de prover os direitos de propriedade intelectual de uma observância mais efetiva e poderiam contar com um mecanismo de resolução de conflitos.¹⁸⁷

Tendo em vista estes acontecimentos, percebe-se que a aceitação dos países em desenvolvimento pelo GATT também perpassa por uma série de pressões políticas:

Primeiro, o governo dos EUA começou a fazer da proteção eficaz da propriedade intelectual uma pré-condição para o acesso ao mercado dos EUA no âmbito do Sistema Generalizado de Preferências (SGP) para países em desenvolvimento. Em segundo lugar, ameaçando retaliação comercial para a proteção inadequada da propriedade intelectual, os EUA, e mais tarde a CEE, foi capaz de induzir alterações significativas nas leis de propriedade intelectual de muitos países em desenvolvimento.

Em terceiro lugar, quanto mais os países em desenvolvimento adotaram políticas de livre mercado, a promulgação de uma legislação eficaz de DPI chegou a ser comparado com um certificado de boa conduta.

Em quarto lugar, um quadro multilateral veio a ser percebido pelos próprios países em desenvolvimento como um mal menor do que as concessões bilaterais, especialmente em vista do fato que poderia levar a compensações em outras áreas, como agricultura, têxteis e produtos tropicais.¹⁸⁸

¹⁸⁶ ADEDE, 2003.

¹⁸⁷ HELFER, 2004.

¹⁸⁸ YUSUF, 2008, p. 9, tradução nossa. (First, the US government started to make effective intellectual property protection a precondition for access to the US market under the Generalized System of Preferences (GSP) for developing countries. Secondly, by threatening

Neste contexto, em maio de 1990, quatorze países em desenvolvimento (Argentina, Brasil, Chile, China, Colômbia, Cuba, Egito, Índia, Nigéria, Peru, Tanzânia, Uruguai, Paquistão e Zimbábue) oficializaram a participação nas negociações apresentando uma proposta detalhada para o acordo.¹⁸⁹

O Acordo TRIPS foi assinado em 1994, entrou em vigor em 1995, e representou um marco histórico sobre a regulação internacional da propriedade intelectual. Com isto, a OMC passou a ser o novo foro internacional de debates sobre propriedade intelectual, cabendo à OMPI assistir outros tratados, os quais permanece administrando.¹⁹⁰ Sisule Musungu e Graham Dutfield analisam que, devido aos fatores que resultaram na adoção do Acordo TRIPS na OMC, para a OMPI permanecer como o principal fórum sobre propriedade intelectual, deve mostrar que é capaz de produzir novas normas de maneira mais célere e eficiente. “Este raciocínio subjacente da agenda TRIPS-plus da OMPI”.¹⁹¹

Acreditava-se que, firmado o Acordo TRIPS, que garante alguma flexibilidade e autonomia para os Estados-Membros da OMC, as negociações sobre a matéria passariam a ser discutidas neste foro multilateral e que as pressões bilaterais, regionais e em outros foros cessariam.¹⁹² Porém, o que se observou foi a permanência destas

trade retaliation for inadequate intellectual property protection, the US, and latter the EEC, was able to induce significant changes in the IPR laws of many developing countries. Thirdly, as more developing countries adopted free market policies, the enactment of effective IPR legislation became equated with a good conduct certificate.)

Fourthly, a multilateral framework came to perceived by the developing countries themselves as a lesser evil than bilateral concessions, especially in view of the fact that it could lead to trade-offs in other areas such as agriculture, textiles and tropical products.)

¹⁸⁹ ADEDE, op. cit. YUSUF, op. cit.

¹⁹⁰ “[...] the shift from WIPO to GATT to TRIPs was not intended to eclipse WIPO. Rather, it established a new venue for trade-related intellectual property lawmaking, in effect creating a bimodal intellectual property regime within which the two organizations shared authority according to their respective areas of expertise. Whereas the WTO emphasized implementation, enforcement, and dispute settlement, WIPO focused on generating new forms of intellectual property protection, administering existing intellectual property agreements, and providing technical assistance to developing countries.” HELFER, op. cit, p. 25.

¹⁹¹ MUSUNGU; DUTFIELD, op. cit.

¹⁹² DRAHOS, Peter. **Bilateralism in intellectual property**. London: Oxfam UK, 2001. No mesmo sentido: “Even if developing countries were prepared to acquiesce in efforts to include intellectual property rights and other new regulatory issues within a more powerful trade regime, they were unwilling to do so unless the United States abandoned or markedly reduced

políticas, com a multiplicação de foros e a pressão dos países desenvolvidos para mudar as regras de observância, o que constitui desafio para os países em desenvolvimento que devem avaliar as suas necessidades de desenvolvimento conjuntamente com os riscos e impactos de regras mais rígidas.

Levando em consideração os dados mencionados, o presente capítulo tem a finalidade de analisar o fenômeno do surgimento de novos foros internacionais pós-TRIPS/OMC que buscaram discutir a propriedade intelectual, em particular as medidas de fronteira, de forma a elevar os padrões já existentes entre os países. No primeiro tópico, aborda-se a questão do surgimento destes novos foros, e em seguida examinam-se os novos foros internacionais e as propostas sugeridas por estes.

4.2 SURGIMENTO DE NOVOS FOROS EM PROPRIEDADE INTELECTUAL

A nova ofensiva para aumentar os padrões sobre direitos de propriedade intelectual em alguns aspectos, como nas estratégias e nos objetivos estabelecidos, tem seguido formas mais sofisticadas da prática do da mudança de foro (*forum shifting*), aliando-o a captura múltipla de foro (*multiple forum capture*), o que recorda a agenda dos anos que precederam o estabelecimento do Acordo TRIPS na OMC. Para tanto, os países desenvolvidos, tendo em vista o alcance de seus objetivos em âmbito internacional, mudam de forma simultânea e coordenada o foro das discussões de acordos sobre propriedade intelectual, visando implementar níveis mais elevados de proteção que não foram possíveis de serem conquistados nos foros originais sobre a matéria, no caso especificamente na OMC e na OMPI¹⁹³.

Laurence Helfer define esse “regime de mundança” como uma “tentativa de alterar o status quo ante, movendo negociações do tratado, as iniciativas legislar, ou atividades de definição padrão de um foro internacional para outro”.¹⁹⁴ A mudança pode ser ainda intra-regime,

the policy of imposing unilateral trade sanctions that it had adopted in the 1980s.” HELFER, op. cit., p. 22-23.

¹⁹³ TELLEZ, 2009.

¹⁹⁴ HELFER, op. cit. p. 14, tradução nossa: (I define as an attempt to alter the status quo ante by moving treaty negotiations, lawmaking initiatives, or standard setting activities from one international venue to another.)

que ocorre de um local para outro; verticalmente, dentro de um mesmo regime; ou inter-regime, no qual a mudança ocorre horizontalmente, e os locais encontram-se em regimes diferentes.¹⁹⁵ Peter K. Yu comenta sobre este aspecto que:

Enquanto os países desenvolvidos recentemente mudaram-se verticalmente dentro do regime de foros multilaterais de negociações para os bilaterais ou regionais, os países menos desenvolvidos responderam por movimento horizontal da OMC ou à OMPI para outras instâncias multilaterais, notadamente o da saúde pública, direitos humanos, e os regimes de diversidade biológica.¹⁹⁶

Esta não é uma prática nova nem na propriedade intelectual nem em relação a outras áreas, porém as consequências teóricas e práticas no direito internacional merecem maior atenção dos estudiosos sobre a matéria.¹⁹⁷ Neste cenário de mudança de regime, o sistema de propriedade intelectual torna-se mais complexo e suscetível de ser ampliado para incorporar novos atores, instituições e áreas temáticas¹⁹⁸, criando novas formas de governança global sobre a matéria, tornando-a uma rede interdependente.

¹⁹⁵ HELFER, op. cit. "A state that moves negotiations of new free trade obligations from a multilateral treaty to a regional trade pact or to a web of bilateral trade agreements is engaging in intra-regime shifting. A state that introduces rules to protect the global environment into an intergovernmental organization previously devoted to lowering trade barriers is attempting an inter-regime shift." p. 16. SELL, Susan K. **Cat and mouse: forum-shifting in the battle over intellectual property enforcement.** Paper presented at the annual meeting of the International Studies Association Annual Conference "Global Governance: Political Authority in Transition", Le Centre Sheraton Montreal Hotel, Montreal, Quebec, Canada, Mar 16, 2011. Disponível em: <http://www.allacademic.com/meta/p500457_index.html>. Acesso em: 9 abr 2011.

¹⁹⁶ YU, Peter K. **International enclosure, the regime complex, and intellectual property schizophrenia.** Michigan State Law Review, p. 1-33, 2007; MSU Legal Studies Research Paper No. 04-30. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1007054>>. Acesso em: 4 abr 2011, tradução nossa: (While developed countries have recently moved vertically within the regime from multilateral fora to bilateral or regional ones, less developed countries have responded by moving horizontally from the WTO or WIPO to other multilateral fora, most notably the public health, human rights, and biological diversity regimes.)

¹⁹⁷ HELFER, op. cit.

¹⁹⁸ YU, op. cit.

O combate à contrafação e a pirataria ainda é o argumento utilizado para requerer o aumento das regras de observância em propriedade intelectual. Sendo assim, tais regras são objeto mais rigoroso destas mudanças, sendo perseguidas em diversos foros como demonstra a figura abaixo:

<p>Assistência Técnica</p> <p>Acordo OMPI e OMC</p> <p>Modelos legais</p>	<p>Organização Mundial do Comércio (OMC)</p> <p>Acordo TRIPS</p> <p>Obrigações obrigatórias na aplicação dos DPI para os países membros da OMC</p> <p>Espaço para flexibilidades na implementação</p>	<p>Acordos Comerciais Bilateral/Regional</p> <p>Obrigações de observância TRIPS-plus</p> <p>Relatório Special 301 dos EUA</p> <p>Estratégia da UE para a observância dos DPI em países terceiros</p>
<p>Interpol</p> <p>Combate crime DPI</p>	<p>Conselho para TRIPS</p> <p>Partilha de experiências e métodos de aplicação das obrigações de observância de TRIPS</p>	<p>Organização Mundial da Saúde</p> <p>IMPACT - International Medical Products Anti-Counterfeiting Taskforce</p>
<p>Organização Mundial das Aduanas (OMA)</p> <p>Guias e modelos da legislação de DPI para fortalecer a PI via medidas de fronteira</p>	<p>Grupo dos oito</p> <p>Estratégia coordenada sobre observância de PI</p>	<p>Congressos Mundiais sobre a luta contra a contrafação e a pirataria</p> <p>OMA, Interpol, OMPI e Indústria</p>
<p>OECD</p> <p>Estudos empíricos sobre contrafação e pirataria</p> <p>Metodologia e dados fracos</p>	<p>Acordo Comercial Anti-Contrafação (ACTA)</p> <p>Proposto pelos países do G8 para reforçar a observância da PI</p>	<p>Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)</p> <p>Advisory Committee on IP Enforcement (ACE)</p>

Figura 2: Tratamento mais rigoroso sobre observância dos direitos de propriedade intelectual em diversos foros.

Fonte: TELLEZ (2009, p. 11, tradução nossa).

Neste contexto, questionam-se os motivos que levam os países desenvolvidos a discutirem estes direitos na multiplicidade de foros apresentados acima e as estratégias utilizadas para alcançar padrões mais elevados de proteção, questões que serão objeto das análises deste

tópico, assim como a criação de um regime complexo internacional de propriedade intelectual.

4.2.1 Motivações e estratégias

Como visto, o combate à contrafação e a pirataria é a principal motivação utilizada pelos países desenvolvidos para justificar padrões cada vez mais elevados em matéria de observância dos direitos de propriedade intelectual.¹⁹⁹ Porém, novas regras poderiam ser negociadas e implementadas por meio dos foros já existentes.

Diversos fatores permeiam o movimento de mudança de foro realizada pelos países desenvolvidos. Primeiramente, destaca-se que, passado os períodos transitórios estabelecidos no Acordo TRIPS²⁰⁰ para os países em desenvolvimento, a maioria dos países são agora obrigados a respeitar integralmente o Acordo. Sedimentados os padrões almejados com o Acordo TRIPS é o momento para os países desenvolvidos perseguirem aumentar os padrões internacionais de proteção dos direitos de propriedade intelectual.²⁰¹

Apesar de ter entrado em vigor em 1995, o Acordo TRIPS conta com disposições transitórias estabelecidas na Parte VI, sobre as quais tratam os artigos 65 e 66 – possibilidade de extensão do prazo de entrada em vigor. O primeiro prazo (artigo 65.1) diz respeito a todos os Estados Membros, estendendo por mais um ano o prazo geral de entrada em vigor, ou seja, em 1º de janeiro de 1996.

¹⁹⁹ Exemplo dos dados utilizados neste sentido ver estudo realizado pela OCDE sobre o impacto econômico da contrafação e da pirataria no qual afirma que o comércio internacional em produtos falsificados e pirateados poderia ter sido de até US \$ 200 bilhões em 2005, sem incluir produtos que são produzidos e consumidos no mercado interno, nem produtos piratas digitais distribuído por meio da internet: Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). **The economic impact of counterfeiting and piracy**. 2007. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/13/12/38707619.pdf>>. Acesso em: 10 mar 2011.

²⁰⁰ “One of the major disappointment of TRIPS from the point of view of US business was the transitional provisions that gave developing and less developed countries extra time in which to comply with TRIPS standards. The simple truth was the companies that had backed the vast lobbying efforts which had gone into TRIPS wanted to see some immediate returns. The result was that USTR began on a bilateral basis to suggest that developing countries should adopt the standards of TRIPS earlier rather than later.” DRAHOS, Peter. Negotiating intellectual property rights: between coercion and dialogue. In: DRAHOS, Peter; MAYNE, Ruth. (ed.). **Global intellectual property rights: knowledge, access and development**. London: Oxfam, 2006. p. 172

²⁰¹ TELLEZ, 2009.

Para países em desenvolvimento o Acordo TRIPS concedeu ainda um prazo de mais quatro anos de extensão (artigo 65.2), contado após a expiração de um ano do artigo 65.1. Assim, para estes países a obrigação de cumprir com o Acordo na íntegra passaria para 1º de janeiro de 2000. Contudo, com a ressalva dos princípios do tratamento nacional (artigo 3) e da nação mais favorecida (artigo 4), a aplicação dos procedimentos estabelecidos em acordos multilaterais, concluídos sob os auspícios da OMPI relativos à obtenção e manutenção dos direitos de propriedade intelectual, não estão contemplados pela extensão deste período.

Poderão também beneficiar-se do prazo de quatro anos mencionado qualquer outro Estado-Membro que esteja em processo de transformação de uma economia de planejamento centralizado em uma de mercado e de livre empresa e, portanto, esteja realizando uma reforma estrutural de seu sistema de propriedade intelectual e enfrentando problemas especiais na preparação e implementação de leis e regulamentos de propriedade intelectual (artigo 65.3).

Outro período concedido, também em relação aos países em desenvolvimento, é o prazo de cinco anos em relação à proteção patentária de produtos a setores tecnológicos que estes países não protegiam em seu território na data geral de aplicação do Acordo TRIPS (artigo 65.4). Para tais setores tecnológicos a data de cumprimento seria até 1º de janeiro de 2005.

Por fim, o artigo 66 prevê um período de transição para os países de menor desenvolvimento relativo em que estes estão obrigados a aplicar apenas as disposições dos artigos 3, 4 e 5 do Acordo Trips, livres das demais disposições, por um prazo de 10 anos contados a partir da data de aplicação estabelecida no artigo 65.1, isto é, 1º de janeiro de 2006.

Quanto aos fatores da mudança de foro, ressalta-se também que já existem regras de observância mais elevadas que as do Acordo TRIPS nas legislações internas dos países desenvolvidos, de maneira que estes almejam torná-las globais.²⁰² Além disso, muitas destas regras já foram

²⁰² Neste sentido encontra-se o Trade Act norte-americano de 2002, que dispõe que quanto as negociações envolvendo propriedade intelectual: “The principal negotiating objectives of the United States regarding trade-related intellectual property are— (A) to further promote adequate and effective protection of intellectual property rights, including through— [...] (II) ensuring that the provisions of any multilateral or bilateral trade agreement governing intellectual property rights that is entered into by the United States reflect a standard of protection similar to that found in United States law;” Disponível em:

estabelecidas ou estão sendo negociadas por meio de acordos bilaterais e regionais entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento. Estes dois fatores lançam uma nova base de regras TRIPS-plus para as negociações internacionais.²⁰³

Os Estados Unidos e a União Europeia são os principais expoentes das duas situações, promovendo internamente e por meio de acordos internacionais padrões mais elevados de propriedade intelectual.²⁰⁴ Portanto, as tendências de política interna nestes países, em relação à propriedade intelectual, têm visado o reforço das questões relacionadas à observância, principalmente nos Estados Unidos, onde há grande foco para a lei antitruste. Na União Europeia, objetiva-se a harmonização destas normas e dos mecanismos institucionais para observância sob um regramento comunitário.²⁰⁵

Na política externa, o objetivo principal destes países consiste também na observância dos direitos de propriedade intelectual, que é a “força motriz para a cooperação trilateral entre a União Europeia, Japão e Estados Unidos sobre direitos de propriedade intelectual”.²⁰⁶ Também se utilizam, na prática, da assistência técnica, prevista no artigo 67 do Acordo TRIPS; dos mecanismos comerciais unilaterais, como a Special 301; e do mecanismo de solução de controvérsias da OMC para alcançar maiores níveis de observância dos direitos de propriedade intelectual em países em desenvolvimento.²⁰⁷

Outro fator que também se notou com a transição de foro da OMPI para OMC foi a maior participação dos países em desenvolvimento nos foros multilaterais como OMPI e OMC, cujos

<<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ210/pdf/PLAW-107publ210.pdf>>. Acesso em: 4 abr 2011.

²⁰³ TELLEZ, op. cit.

²⁰⁴ “In general, only economically powerful trading partners, like the US and the EC, will be able to pressure other contracting parties to agree on TRIPS-plus standards in turn for further trade liberalization.” DREXL, 2007, p. 15

²⁰⁵ BIADGLEN, Ermias Tekeste; TELLEZ, Viviana Munoz. **The changing structure and governance of intellectual property enforcement**. 2008. Disponível em: <<http://www.southcentre.org>>. Acesso em: 02 jul. 2008.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 17, tradução nossa: (The enforcement of intellectual property rights in third countries is the main foreign policy objective and driving force for trilateral cooperation between the European Union, Japan and the United States on intellectual property rights.)

²⁰⁷ *Ibid.*

posicionamentos não têm permitido implementar padrões TRIPS-plus de proteção, e também o acréscimo de matérias de seus interesses às pautas de discussão.²⁰⁸

Peter Drahos aponta que dentre as estratégias adotadas pelos países desenvolvidos nos acordos bilaterais de propriedade intelectual, que pode ser estendido também aos outros tipos de acordo, destacam-se, além do artifício de *forum shifting*, a coordenação em âmbito bilateral e multilateral de estratégias de propriedade intelectual com o intuito de não infringir os acordos realizados na esfera da OMC e da OMPI; e a manutenção dos acordos internacionais do princípio do *minimum standards*, ou seja, cada novo acordo não implica revogação do anterior, podendo, inclusive, estabelecer padrões mais elevados de proteção.²⁰⁹

Em relação ao *forum shifting*, este configura-se como processo de negociação internacional que provê, além da elaboração das regras, a definição da agenda e a observância das normas. Deste modo, as negociações internacionais devem ser vistas como um processo dinâmico em que os países tanto cooperam como conflitam entre si, estando cada processo suscetível a várias restrições institucionais que moldam o seu resultado, além de que o êxito depende do resultado de processos anteriores.²¹⁰

No tocante à agenda, seu processo de estabelecimento varia bastante, pois tanto depende do interesse dos países hegemônicos quanto do processo institucional e das normas de organização internacionais, além de contar com os *stakeholders*, que evidam esforços na busca de suas próprias agendas. Uma vez definida a agenda, iniciam-se as negociações para elaboração de regras, por meio de demandas e propostas dos participantes, cujo resultado vincula-se a fatores institucionais, como:

[...] regras de decisão (unanimidade ou maioria), sistemas de voto (um membro, um voto, voto em bloco, etc); membros (número de participantes e os critérios de participação); canais formais e informais de comunicação e deliberação que

²⁰⁸ TELLEZ, op. cit.

²⁰⁹ DRAHOS, 2001.

²¹⁰ BENMAMOUN, Mamoun. **Global governance institutional bias, U.S. forum-shifting power, and the future of the WTO: new insights**. EBHA - 11TH ANNUAL CONFERENCE. 2007, Genebra. Disponível em: <<http://www.unige.ch/ses/istec/EBHA2007/papers/Benmamoun.pdf>>. Acesso em: 3 abr 2011.

antecedem a tomada de decisão; capacidades de poder de barganha dos participantes; abertura às pressões dos interesses do grupo; negociações de coalizão entre as partes envolvidas na negociação; forma como as questões são estabelecidas para as negociações ("questão-por-causa" ou "negociação de pacotes"), e assim por diante.²¹¹

Por fim, é considerado crucial para a mudança de foro que as organizações internacionais também possuam diferentes formas de fazer valer os acordos, podendo ocorrer de forma implícita, com regras e procedimentos formais, ou explícita, por meio de mecanismos de dissuasão indireta.²¹²

Nas dimensões mencionadas, que levam à mudança de foro, os recursos dos países desenvolvidos são bastante poderosos na sua constituição. Sendo assim, os avanços de suas iniciativas também são alimentados por discursos que ultrapassam os aspectos econômicos de inovação e competitividade, pautados, portanto, na necessidade de aumentar padrões em nome da "segurança" e da "criminalização". A legitimação destas regras ocorre por uma política do medo, trazendo para a discussão novos temas, atores e foros de aplicação da lei.²¹³

Um destes argumentos, que é utilizado para todos os tipos de propriedade intelectual, gira em torno da defesa do consumidor²¹⁴. Outras conexões são feitas entre contrafação e pirataria e entre o financiamento ao crime organizado e o terrorismo. Utilizam-se, ainda, das questões relacionadas aos medicamentos falsificados para diminuir

²¹¹ Ibid., p. 17, tradução nossa: (These include decision-making rules (unanimity or majority); voting systems (one member-one vote, block voting...etc); membership (number of participants and criteria of participations); formal and informal channels of communication and deliberation that precede decision-making; bargaining power capabilities of the participants; openness to interests group pressures; coalitional bargaining between parties involved in the negotiation; the way issues are settled for negotiations ("issue-by-issue" or "package negotiation"); and so forth.)

²¹² BENMAMOUN, op. cit.

²¹³ SELL, 2011.

²¹⁴ "[...] it is difficult to imagine a "dangerous" counterfeit handbag, or a "dangerous" dvd. Even more baffling are references to the dangers of "counterfeit cigarettes" to public health! Consumers must be protected to get access to the real fatal stuff, not the fake fatal stuff!" Ibid. p. 23.

flexibilidades encontradas no Acordo TRIPS, como a importação paralela e a licença compulsória.²¹⁵

Susan Sell assevera que, em sua maioria, os dados utilizados nestes discursos são enganosos e retóricos, voltados para ganhar amplo apoio político para implementação de medidas de observância em propriedade intelectual muito mais rigorosas, desconsiderando outros meios disponíveis para proteger o cidadão.²¹⁶

Observa-se, no entanto, que a mudança de foro não é praticada apenas pelos países desenvolvidos para alcançar padrões mais elevados de propriedade intelectual. Para os que defendem que esta deva ser avaliada de forma cautelosa e criteriosa, sob pena de prejuízo ao equilíbrio de direitos e obrigações e ao interesse público, há também o entendimento deste sistema como um assunto a ser analisado conjuntamente com outros temas em diferentes foros de discussão. Neste sentido, encontram-se discussões na Organização Mundial da Saúde (OMS), a Convenção da Diversidade Biológica (CDB), e na Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO).²¹⁷

Assim, a mudança de foro também permite que países contestem as regras estabelecidas e criem novas oportunidades de normas compatíveis com seus interesses. Como assinala Laurence Helfer, “em alguns regimes, os países poderosos dominam as agendas de negociação e os resultados de forma a atender seus interesses. Em outros, hegemônicos podem estar ausentes ou podem desempenhar um papel mais limitado, criando oportunidades para os estados mais fracos.”²¹⁸

²¹⁵ Ibid.

²¹⁶ Ibid.

²¹⁷ MORAES, Henrique Choer; BRANDELLI, Otávio. The development agenda at WIPO: context and origins. In: NETANEL, Neil Weinstock (Ed.). **The development agenda: global intellectual property and developing countries**. New York: Oxford university Press, 2009.

²¹⁸ HELFER, 2004, p. 15. O autor ainda afirma que: “In addition to disparities in state membership and influence, international regimes differ in their lawmaking methods (for example, hard law treaty negotiations or soft law standard setting), their mechanisms for monitoring and dispute settlement (such as requiring states to submit disputes to an international tribunal as compared to voluntary reporting procedures), their institutional cultures (such as granting officials of intergovernmental organizations greater or lesser authority to advocate particular goals), and their permeability to outside influences (as exemplified by organizations in which only states have standing versus those in which NGOs may participate). These varied institutional characteristics provide states and non-state actors with an abundance of venues in which to generate counterregime norms.”

Tem-se, então, que os fatores que levam os países em desenvolvimento a mudarem de foro concentram-se no interesse de mudar o regime para obtenção de resultados mais favoráveis, alívio da pressão política para legislar em outros foros internacionais, criação de normas contra regime e integração dessas normas na OMC e OMPI. Helfer acentua que ao mesmo tempo que em alguns casos esses interesses são contrários ao dos países desenvolvidos, em outros, os interesses são convergentes.²¹⁹

As razões e finalidades que levam os países em desenvolvimento a adotarem a mudança de foro, bem como as estratégias utilizadas para tanto, são diferentes das concebidas pelos países desenvolvidos.²²⁰ A perspectiva de mudança de foro do ponto de vista dos países em desenvolvimento encerra uma série de outras discussões que não são objeto da presente pesquisa. Contudo, este fenômeno que ocorre pelas duas vias apresentadas, mudando as negociações para regimes internacionais cujas instituições, atores e temas são diversos à propriedade intelectual, criam um regime jurídico internacional de propriedade intelectual complexo.²²¹

A complexidade provocada pela densidade institucional do tratamento da propriedade intelectual, que será analisada no próximo tópico, provoca discussões nas mundaças que o próprio direito internacional sofre na sua formulação.²²²

²¹⁹ Ibid. O autor discute ainda quais são os grupos de interesse que motivam esta segunda onda de mudança de regime. Porém, este não é o movimento de mudança de foro trabalho no presente trabalho.

²²⁰ “Yet it is widely believed that powerful states are far more adroit at shaping regimes to reflect their interests—a belief borne out by the success of the United States and the EC in shifting intellectual property lawmaking from WIPO to GATT to TRIPs. The particular puzzle raised by the post-TRIPs rounds of intellectual property regime shifting, therefore, is whether weaker developing countries can capitalize on the widespread resistance to TRIPs to reshape the international regime landscape so as to reflect their interests more accurately.” Ibid., 2004, p. 7.

²²¹ Ibid.; RAUSTIALA, 2006; YU, 2007; VICTOR, David G. **The Regime Complex for Plant Genetic Resources.** International Organization, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=441463> or doi:10.2139/ssrn.441463>. Acesso em: 27 mar 2011.

²²² “Understanding these dynamics is crucial, particularly given the fact that the policies around intellectual property affect most *everyone* directly and implicate human rights, economic development, access to medicines, access to knowledge and education, innovation, cultural expression, biological diversity, climate change, and technology transfer.” SELL, 2011, p. 6

4.2.2 Complexo de regime internacional da propriedade intelectual

Um regime internacional consiste em “conjuntos de princípios implícitos ou explícitos, normas, regras e procedimentos de tomada de decisões em torno do qual convergem as expectativas dos atores em uma determinada área das relações internacionais”²²³.²²⁴ Com a proliferação e evolução das instituições internacionais, tais regimes encontram-se cada vez mais interligados formando o que Kal Raustiala e David Victor²²⁵ denominam por “regim complex”, traduzido neste trabalho por “complexo de regime”, isto é, “um conjunto de instituições que se sobrepõem parcialmente regendo uma determinada área temática”.²²⁶ Kal Raustiala e David Victor explicam ainda que:

Complexos de regimes são caracterizados pela existência de vários acordos jurídicos que são criados e mantidos por foros distintos, com a participação de diferentes conjuntos de atores. As regras nestes regimes funcionalmente se sobrepõem, mas não há hierarquia acordada para a resolução de conflitos entre normas. Defendemos que os regimes complexos evoluem de forma distintas da decomposição de regimes simples.²²⁷

²²³ KRASNER, Stephen D. Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables. In: INTERNATIONAL ORGANIZATION. **Cambridge**: The MIT Press, v. 36, n. 2, 1982, p. 185-205. Disponível em: <<http://institute.fsv.cuni.cz/~plech/Krasner%20Regimes.pdf>>. Acesso em: 5 abr 2011. p. 185, tradução nossa: (sets of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actors' expectations converge in a given area of international relations.”

²²⁴ Krasner explica que: “Principles are beliefs of fact, causation and rectitude. Norms are standards of behavior defined in terms of rights and obligations. Rules are specific prescriptions or proscriptions for action. Decision-making procedures are prevailing practices for making and implementing collective choice.” Ibid. p. 186.

²²⁵ RAUSTIALA, Kal; VICTOR, David G. The Regime Complex for Plant Genetic Resources. In: **International Organization**, vol. 58 (2), 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=441463> or doi:10.2139/ssrn.441463>. Acesso em: 4 abr 2011.

²²⁶ Ibid., p. 7, tradução nossa: (an array of partially overlapping institutions governing a particular issue-area).

²²⁷ Ibid, loc. cit. tradução nossa: (Regime complexes are marked by the existence of several legal agreements that are created and maintained in distinct fora with participation of different sets of actors. The rules in these elemental regimes functionally overlap, yet there is no agreed

O tratamento jurídico internacional da propriedade intelectual encontra-se marcado por um complexo de regime. Tal complexo inclui tanto os regimes tradicionais, a OMPI e a OMC²²⁸, como os regimes em que as discussões sobre o tema estão em ascensão ou possuem vínculos formais ou informais. Com a globalização e a crescente interdependência entre os países será cada vez mais comum a existência de complexos de regimes, nos quais áreas com problemas aparentemente não relacionados passarão a interferir umas nas outras.²²⁹

Kal Raustiala, em outro estudo, aponta quatro implicações da existência deste complexo de regime de propriedade intelectual para a política mundial e para o desenvolvimento de regras jurídicas: dependência de caminho, *forum-shopping*, inconsistência estratégica, e adiamento da resolução de conflitos para processos *a posteriori* da implementação e interpretação das regras.²³⁰

Primeiramente, observa-se que em um complexo de regime as negociações nunca partem de uma “tela limpa”, o que resulta na incapacidade de elaborar normas jurídicas muito além das regras já existentes criadas por meio de interesses e forças políticas.²³¹ Em

upon hierarchy for resolving conflicts between rules. We contend that regime complexes evolve in ways that are distinct from decomposable single regimes.)

²²⁸ Neste sentido explicam Denis Borges Barbosa, Margaret Chon e Andrés Moncayo von Haseque que: “Although the WTO and the WIPO each could be considered a regime complex by itself, by virtue of administering multiple treaties, together they form an IIPRC. In addition to the WTO and the WIPO (which is a UN agency as of 1974), many other UN agencies are implicated in or have an explicit mandate with respect to intellectual property norm-setting, innovation, and development. Current important examples include the Convention on Biological Diversity (CBD), which oversees the intellectual property-related work on access and benefit-sharing (ABS), the World Health Organization (WHO), which includes the Commission on Intellectual Property Rights, Innovation, and Public Health (CIPIH), and the International Telecommunications Union (ITU), which administers the work of the World Summit on Information Society (WSIS). These are only a few of the many intersecting mandates among UN agencies that touch upon intellectual property. However, until TRIPS, the WIPO had successfully cast itself as the premier, if not the only legitimate, intellectual property standard-setting organization within the IIPRC.” BARBOSA, Denis Borges; CHON, Margaret; HASEQUE, Andrés Moncayo von. Slouching towards development in international intellectual property. *In: Michigan State Law Review*, v. 2007:71, 2008, p. 84. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1081366>>. Acesso em: 10 abr 2011.

²²⁹ YU, 2007.

²³⁰ RAUSTIALA, 2006

²³¹ *Ibid.*

segundo lugar, o *forum-shopping* é intensificado em regimes complexos, o que não significa apenas a multiplicidade de foros em si, mas a forma como cada instituição define as suas regras. Sobre este assunto, Raustiala ensina que:

Atores internacionais, não só Estados, mas também empresas e grupos da sociedade civil, cada vez mais procuram utilizar diferentes fóruns internacionais para desenvolver regras de propriedade intelectual. Estes fóruns, com regras diferentes de acesso, adesão e participação, fortalecem e enfraquecem distintos atores. A natureza descentralizada e não hierárquica do sistema jurídico internacional facilita tal *forum shopping*, no qual as regras diferentes podem ser desenvolvidas e podem co-existir como uma questão prática, mesmo que eles variem muito em substância. E, como aumenta o número de fóruns disponíveis, assim também o número de acordos internacionais relevantes e incorporadas suas normas substantivas.²³²

Quanto à inconsistência estratégica, o autor afirma que esta ocorre quando os atores internacionais buscam deliberadamente criar divergências por meio de uma nova regra criada em outro foro, com o intuito de alterar ou fazer pressão sobre uma regra anterior. Com o aumento de diversos foros, o conflito entre normas pode ocorrer ocasionalmente neste ambiente, mas, no caso destas situações, tal conflito é antecipado e espera-se que ocorra²³³.

²³² RAUSTIALA, op. cit., p. 7, tradução nossa: (International actors, not only states but also firms and civil society groups, increasingly seek to use different forums to develop international IP rules. These forums, with their differing rules of access, membership, and participation, empower and disempower distinct actors. The decentralized and nonhierarchical nature of the international legal system facilitates such forum shopping, in that differing rules can be developed and can co-exist as a practical matter even if they vary widely in substance. And as the number of available forums increases, so too does the number of relevant international agreements and their embedded substantive rules.)

²³³ “It is important to underscore that in many cases the rules created in different international forums are broadly compatible, in part because political interests ensure similarity, in part because international rules are often vague or ambiguous, and in part because government lawyers worry about inconsistency across agreements. But occasionally the legal rules created in different forums are not consistent.” Ibid., p. 8. No mesmo sentido: YU, op. cit.

O direito internacional prevê duas regras gerais para resolução de conflito de normas: o grau relativo de generalidade das regras em causa e a posição cronológica. Nestes casos, as normas específicas derogam as normas gerais (*specialia generalibus derogant*) e a regra posterior prevalece sobre a regra anterior (*lex posterior priori derogat*).²³⁴ Porém, estes princípios são amplos e não são suficientes para resolver alguns casos que surgem do complexo de regime de normas internacionais.²³⁵

Por fim, ressalta-se que no complexo de regime as regras são criadas e apenas após sua aplicação e interpretação é que há preocupações sobre suas conseqüências. Kal Raustiala aponta que, nos regimes complexos, as regras são bastante gerais e amplas, às vezes porque é difícil conciliar a regulamentação em acordos concorrentes e, por vezes, devido à enorme complexidade de um determinado assunto. Desta maneira, o processo de implementação é usado para experimentar e resolver os possíveis conflitos ou problemas.²³⁶

Este procedimento pode ser considerado tanto uma estratégia política desejável, pois a solução de um conflito é favorável a uma ou algumas partes, desfavorecendo outros, ou é sim um problema político complicado, a exemplo de regras que envolvem conjuntamente direitos humanos e propriedade intelectual. No segundo caso, “a estratégia de elaboração de um amplo conjunto de regras que são refinados ao longo do tempo através do processo de execução também pode produzir normativamente resultados melhores e mais fundamentados.”²³⁷

Estas características do complexo de regime na propriedade intelectual trazem incoerência, inconsistência e fragmentação para o sistema.²³⁸ A formação dos regimes complexos demonstra as mudanças ocorridas na formação do próprio direito internacional, o que fica exemplificado no quadro jurídico internacional da propriedade intelectual. Neste panorama, a propriedade intelectual não pode ser

²³⁴ DINH; DAILLIER; PELLET, 2003.

²³⁵ Sobre as dificuldades advindas do regime complexo no direito internacional ver: Organização das Nações Unidas (ONU). **Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law.** 2006. Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/guide/1_9.htm>. Acesso em: 23 abr 2011.

²³⁶ RAUSTIALA, op. cit.

²³⁷ Ibid., p. 9.

²³⁸ YU, 2007.

investigada sob apenas um marco legal formal, como o Acordo TRIPS ou os Acordos administrados pela OMPI.²³⁹ Há uma gama de novos atores e foros que fazem parte deste sistema complexo, com negociações que já iniciam carregadas por outras regras e interesses, nos quais o *forum-shopping*, a inconsistência de estratégias, e o desenvolvimento do regime ocorrem por meio de sua implementação, e não nas negociações formais onde são deliberadamente buscadas.

4.3 NOVOS FOROS INTERNACIONAIS SOBRE MEDIDAS DE FRONTEIRA

As medidas de fronteira encontram-se disciplinadas principalmente no Acordo TRIPS, porém, é crescente o número de foros em que este tema é discutido. Padrões mais elevados de medidas de fronteira estão sendo definidos em âmbito multilateral e por meio de acordos comerciais bilaterais.

Desta forma, este tópico objetiva elencar tais foros e seus respectivos instrumentos, tanto de *hard law* quanto de *soft law*, nos quais são discutidas as políticas e normas sobre a observância da propriedade intelectual por meio de medidas de fronteira, incluindo, dentre as instituições multilaterais, a Organização Mundial das Aduanas (OMA), a Organização Mundial de Saúde (OMS), a União Postal Universal (UPU). Além destes, cita-se as negociações do Anti-Counterfeiting Trade Agreement – ACTA (em português, Acordo Comercial Anti-Contrafação), e no âmbito bilateral enfatiza-se os acordos comerciais realizados pelos Estados Unidos e pela União Europeia.

4.3.1 Tratados de Livre Comércio

No âmbito bilateral, as políticas que visam aumentar o nível de proteção de propriedade intelectual são marcadas pela assinatura de Tratados de Livre Comércio – TLCs (*Free Trade Agreements* – FTAs), com a proposta de diversas ampliações em matéria de observância,

²³⁹ Neste sentido afirma Kal Rautiala: “Thus as the density of international institutionalization grows, being an expert on TRIPS or the Madrid Agreement becomes relatively less useful, and understanding how the broader IP regime complex operates becomes relatively more useful. One must understand the regime complex to understand fully any particular regime.” RAUSTIALA, op. cit., p. 8-9.

inclusive medidas de fronteira. Destaca-se que nem todos os TLCs possuem as mesmas previsões, em decorrência de diversos fatores relacionados aos países signatários, mas o que faz com que eles ganhem notoriedade são as suas semelhanças²⁴⁰.

Os principais atores na assinatura de TLCs são os Estados Unidos e a União Europeia, que, nos últimos vinte anos, celebraram acordos com países da África, Oriente Médio, Ásia, Pacífico, América do Sul e Caribe. Os níveis mais altos de proteção da propriedade intelectual servem de moeda de troca para concessões no acesso a mercados, agricultura e serviços²⁴¹ e promover investimento direto estrangeiro.²⁴²

Os capítulos de TLCs que versam sobre a propriedade intelectual incluem todos os seus aspectos, possuem semelhanças na estrutura e conteúdo e diferenças nos padrões de proteção e de observância. Estes aspectos, observados nas celebrações bilaterais com os Estados Unidos, estão atrelados ao fato de que existe um texto padrão previamente elaborado por este país que serve de parâmetro para início das negociações. Como explica Peter Drahos:

Negociações bilaterais são assuntos complexos e morosos, características que os tornam caros, mesmo para estados fortes. A fim de reduzir os custos de transacção do bilateralismo os EUA desenvolveu modelos ou protótipos do tipo de tratados bilaterais que pretende ter com outros países. Uma vez que um tratado modelo é ratificado pelo Senado, os negociadores comerciais dos EUA sabem que, se ater a seus termos em outras negociações há uma boa chance de os tratados resultantes destas negociações serem também aprovados. Para os EUA, há

²⁴⁰ ABBOTT, Frederick. **Intellectual property provisions of bilateral and regional trade agreements in light of U.S. federal law**. UNCTAD - ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2006.

²⁴¹ ROFFE, 2007.

²⁴² DÍAZ, Álvaro. **América Latina y el Caribe: La propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio**. Santiago de Chile : Cepal, 2008. Disponível em: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/4/32614/LCG2330-Pindiceintro.pdf>>. Acesso em: 24 abr 2011.

incentivos muito fortes para uma uniformização das normas de tratados bilaterais.²⁴³

Desde a primeira geração de TLCs, celebrados no início da década de 1990, há interesse especial quanto às regras de observância. Na nova geração destes direitos, eles são elevados a padrões TRIPS-plus.²⁴⁴ Tal posicionamento fica bastante evidente, por exemplo, no documento elaborado pela Direção-Geral de Comércio da Comissão Europeia, denominado *EU Strategy for the Enforcement of Intellectual Property Rights in Third Countries*, que define formas de tratamento das regras de observância de direitos de propriedade intelectual nos acordos bilaterais, que dentre as ações específicas elenca:

Revisitar a abordagem do capítulo sobre DPI em acordos bilaterais, incluindo a clarificação e reforço das cláusulas de observância. Embora na concepção das regras de cada negociação específica, é importante levar em conta a situação e a capacidade dos nossos parceiros, instrumentos como a nova Diretiva da UE harmonizando a aplicação de direitos de propriedade intelectual dentro da Comunidade, bem como o novo regulamento aduaneiro sobre produtos contrafeitos e pirateados podem constituir uma importante fonte de inspiração e ponto de referência útil.²⁴⁵

²⁴³ DRAHOS, 2001, p. 5, tradução nossa: (Bilateral negotiations are complex and lengthy affairs, features which make them costly even for strong states. In order to lower the transaction costs of bilateralism the US has developed models or prototypes of the kind of bilateral treaties it wishes to have with other countries. Once a model treaty is ratified by the Senate, US trade negotiators know that if they stick to its terms in other negotiations there is a good chance the treaties flowing from these negotiations will also be approved.)

²⁴⁴ ROFFE, op. cit.

²⁴⁵ EUROPEAN COMMISSION DIRECTORATE GENERAL FOR TRADE. **EU Strategy for the Enforcement of Intellectual Property Rights in Third Countries**. 2005. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/april/tradoc_122636.pdf>. Acesso em: 23 abr 2011. p. 6, tradução nossa: (Revisit the approach to the IPR chapter of bilateral agreements, including the clarification and strengthening of the enforcement clauses. Although in designing the rules for each specific negotiation it is important to take into account the situation and the capacity of our partners, instruments such as the new EU Directive harmonising the enforcement of IPR within the Community, as well as the new customs' Regulation on counterfeit and pirated goods may constitute an important source of inspiration and a useful benchmark.)

No mesmo sentido, de reforçar as regras de medidas de fronteira nos acordos bilaterais, vem o *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on a Customs response to latest trends in Counterfeiting and piracy*, conclamar a cooperação internacional. Em suas palavras, “a Comissão procurará incluir no capítulo de direitos de propriedade intelectual de futuros acordos bilaterais um compromisso que as partes aplicarem controles aduaneiros não só às importações, mas também sobre as exportações, trânsito e baldeação de mercadorias que violem certos direitos de propriedade intelectual”.²⁴⁶

No âmbito das medidas de fronteira, os TLCs prevêm a aplicação *ex officio* da suspensão de liberação pelas autoridades aduaneiras, para mercadorias destinadas a importação, exportação e em trânsito. Estas disposições constituem medidas TRIPS-plus e possuem diversas consequências quanto sua aplicação para os países em desenvolvimento, que serão trabalhadas no próximo capítulo do presente trabalho.

Os países em desenvolvimento devem observar que em negociações bilaterais seus poderes de barganha são muito menores do que quando articulados em conjunto com outros países no âmbito multilateral. Outro aspecto relevante é que, em decorrência dos princípios da nação mais favorecida e do tratamento nacional, uma vez assinado um acordo bilateral com outro país, os direitos concedidos ao país signatário devem ser oferecidos nas mesmas bases para outros países-membros da OMC.

4.3.2 Organização Mundial das Aduanas

A Organização Mundial das Aduanas (OMA) – primordialmente constituída para trocar informações entre as autoridades aduaneiras e realizar atividades de assistência técnica em operações aduaneiras –

²⁴⁶ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. **Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee:** on a Customs response to latest trends in Counterfeiting and piracy. 2005. Disponível em: <http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/comm_native_com_2005_0479_3_en_acte.pdf>. Acesso em: 23 abr 2011. p. 14 (the Commission will seek to include in the IPR chapter of future bilateral arrangements a commitment for the parties to apply customs controls not only on imports but also on exports, transit and transhipment of goods infringing certain Intellectual Property rights.)

tornou-se, nos últimos anos, palco de intensas negociações sobre normas de observância dos direitos de propriedade intelectual por meio de medidas de fronteira, assumindo posicionamento político de que é necessário adotar funções além das definidas pelo Acordo TRIPS²⁴⁷.

A agenda de propriedade intelectual da OMA é marcada pelas atividades do Grupo de Trabalho SECURE (*Provisional Standards Employed by Customs for Uniform Rights Enforcement*), que desenvolve legislações modelo e outras práticas para melhor coordenar os esforços das autoridades aduaneiras no combate à infração dos direitos de propriedade intelectual.

O SECURE é uma iniciativa do G8, grupo de países desenvolvidos, com o intuito de criar mais recursos em âmbito internacional para combater à contrafação e à pirataria. A minuta do SECURE de 2008, adotada na reunião do Conselho da OMA de junho do mesmo ano, reflete tal origem. Durante os debates técnicos destas reuniões não foi alcançada a aprovação de um texto final, sendo enviado de volta para o Grupo de Trabalho para maiores exames. A não adoção do SECURE, com normas TRIPS-plus, ocorreu graças a atuação coordenada dos países em desenvolvimento.²⁴⁸

Vários trabalhos foram realizados pelo SECURE, dentre os quais se destacam o *SECURE Standards*, a *Model Provisions for National Legislation to Implement Fair and Effective Border Measures Consistent with the TRIPS Agreement*, e o *WCO Action to Fight Counterfeiting and Piracy*. Destes trabalhos, todos de medidas evidentemente TRIPS-plus, apenas o primeiro tornou-se público, os

²⁴⁷ MORAES, Henrique Choer. **Dealing with forum shopping: some lessons from the SECURE negotiations at the World Customs Organization.** In: LI, Xuan; CORREA, Carlos M. **Intellectual Property Enforcement: international perspective.** Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2009. Neste sentido a OMA declara que: “WTO membership requires Governments to implement “Special Border Measures” consistent with a prescribed minimum standard as defined in the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (the TRIPS Agreement). The experience of customs administrations in numerous countries has indicated, however, that only by granting certain powers and measures that go beyond the minimum requirement set forth in the TRIPS Agreement, Governments can provide an effective and efficient level of IPR protection and enforcement at their borders.” WORLD CUSTOMS ORGANIZATION. **Model Legislation and Customs experts Committee documentation.** 2005. Disponível em: <http://www.wcoipr.org/wcoipr/Menu_ModelLegislation.htm>. Acesso em: 25 mar 2010.

²⁴⁸ LI, Xuan. WCO SECURE: legal and economic assessments of the TRIPS-plus IP enforcement. In: LI, Xuan; CORREA, Carlos M. **Intellectual Property Enforcement: international perspective.** Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2009a.

outros são de acesso restrito²⁴⁹, dificultando ainda mais a participação da sociedade civil.²⁵⁰

O *SECURE Standards*²⁵¹ foi criado em 2007 e consiste no documento apresentado nos encontros de 2008, formado por 12 *standards*, que previam possibilidade de ação das autoridades aduaneiras no caso de infração a quaisquer direitos de propriedade intelectual e inclui as situações, não se limitando a estas, de suspensão no caso de importação, exportação, em trânsito, em entreposto, em baldeação, zonas francas e lojas duty-free.

SECURE	Tema	Acordo TRIPS	Comentários
Standard 1	Escopo	Artigo 51	Alarga o escopo de importação exportação, trânsito, depósito, transbordo, zonas francas etc.
Standard 2	Definições	Artigo 51	Estende a proteção de marca e direitos autorais a todos os outros tipos de direitos de propriedade intelectual.
Standard 3	Procedimentos	Artigo 51	Amplia o procedimento de "suspensão da liberação das mercadorias" a outros tipos de procedimentos.
Standard 4	Demanda e direito de informação	Artigo 52, 57	Falta clareza sobre qual é a definição de custos para os titulares de direitos e porque eles devem ser reduzidos. Remove as obrigações dos titulares de direito de fornecer provas adequadas para satisfazer as autoridades competentes que não há, <i>prima facie</i> uma violação para iniciar o procedimento.
Standard	Escritório	Artigo	Um único ponto de contacto que regem

²⁴⁹ Henrique Choer Moraes coloca que inclusive citações de textos originários dos relatórios das reuniões da OMA não podem ser utilizadas, devido ao fato da OMA alegar *copyright* sobre eles. MORAES, 2009.

²⁵⁰ As negociações em sigilo marcam a nova ofensiva em matéria observância dos direitos de propriedade intelectual, a utilização desta tática pode ser observada nos TLCs, na OMA e no *Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA), que será tratado mais a frente neste trabalho.

²⁵¹ WORLD CUSTOMS ORGANIZATION. **Secure; Provisional Standards Employed by Customs for Uniform Rights Enforcement (SECURE); Provisional Global Customs Standards to Counter Intellectual Property Rights Infringements.** World Customs Organization, 2007. Disponível em: <http://www.wcoomd.org/files/1.%20Public%20files/PDFandDocuments/Enforcement/SECURE_E.pdf>. Acesso em: 25 mar 2010.

5	Central	41	os pedidos terão de ser designado pela autoridade aduaneira que impõe encargos adicionais. Nos termos do Acordo TRIPS, os membros não são obrigados a desviar recursos limitados entre a aplicação dos DPI e de aplicação do direito em geral.
Standard 6	Importação de minimis	Artigo 60	Estabelece um princípio que as quantidades de bens isentos deve ser «tão baixo quanto possível».
Standard 7	De ofício	Artigo 58	Expande o direito da autoridade aduaneira a agir de iniciativas próprias, mas elimina as obrigações das medidas corretivas quando eles não agiram de boa fé. Dá aos titulares de direitos o direito de fazer pedidos, mas reduz ao mínimo direito do importador de ser notificado de maneira imediata e adequada.
Standard 8	Demanda	Artigo 52, 58	Inverte o ónus de apresentar provas do titular do direito à administração aduaneira. Nos termos do TRIPS, é a obrigação do titular do direito de prestação de provas e convencer a autoridade aduaneira para fazer uma determinação.
Standard 9	Notificação	Artigo 54	Nos termos do TRIPS, o importador e o requerente serão prontamente notificados da suspensão da liberação de mercadorias. Nenhuma salvaguarda está disponível sob o SECURE para importadores quanto ao direito de notificação de suspensão ou de detenção.
Standard 10	Recursos	Artigo 59	Nos termos do TRIPS, (a) é a autoridade do órgão judicial, ao invés de administração aduaneira para ordenar eliminar ou destruir as mercadorias infratoras (b) corresponde ao órgão competente a decisão de determinar a destruição ou alienação as mercadorias infratoras. (c) Toda a ordem para destruir ou alienar os bens está sujeita a um direito de recurso por parte do importador ou outro réu, e sem prejuízo aos direitos dos titulares de direitos da ação. Sob o standard 10, (a) expande a

			autoridade da administração aduaneira, (b) regulamenta que todas as mercadorias infratoras devem ser destruída.
Standard 11	Disposição	Artigo 51	Sob o SECURE, (a) a administração aduaneira tem autoridade para detalhar, mover, ou apreender mercadorias que violem direitos de propriedade intelectual, (b) Ao especificar que o ônus da taxa não deve ser excessivo para os titulares de direitos, não dá segurança sobre outras partes interessadas.
Standard 12	Procedimento penal	Artigo 61	Nos termos do TRIPS, os membros deverão prever procedimentos e sanções penais por falsificação de marcas e pirataria em escala comercial. Sob o SECURE, a administração aduaneira tem autoridade legal para impor sanções dissuasivas contra as entidades sabidamente envolvidos na importação/exportação de mercadorias sob controle aduaneiro, que violem qualquer direito de propriedade intelectual.

Quadro 1- Comparação entre as disposições do SECURE e do Acordo TRIPS
 Fonte: LI (2008, tradução nossa).

A minuta é caracterizada por Xuan Li da seguinte forma:

(1) falta de definição clara e aceitável de violação de PI; (2) ausência de mecanismos de apelação e revisão; (3) alcance indevidamente expandido; (4) ausência de disposições relativas à exceção e limitação; (5) sigificante reforço dos direitos do titular sem o devido equilíbrio entre os diferentes *stakeholders*; (6) o poder das autoridades aduaneiras expandido sem obrigações devidamente identificadas; (7) os custos de observância são substancialmente transferidos para estados; (8) as administrações aduaneiras em geral não dispõem dos meios para determinar se existem infrações PI - em particular, eles não têm capacidade para lidar com as complexas questões legais e técnicas envolvidas na determinação de violação de patente; (9) o poder reforçado que os titulares de direitos gozariam pode levar a sérias

barreiras ao comércio, como a simples alegação de violação de direitos de propriedade intelectual podem ser suficientes para bloquear a concorrência legítima; (10) o comércio de uma vasta gama de produtos, incluindo os medicamentos, pode ser seriamente distorcida.²⁵²

O *WCO Model Provisions* consiste em propor normas a serem seguidas em medidas de fronteira, pois considera que as estabelecidas no Acordo TRIPS não são suficientes para proteção dos direitos de propriedade intelectual. As normas assumidamente TRIPS-plus²⁵³ incluem obrigações de aplicar, por exemplo, *technological protection measures* (TPMs) e *Digital Rights Management* (DRM), através da ampliação do conceito de bens que infringem propriedade intelectual. Tais propostas, que sutilmente elevam os padrões de propriedade intelectual, são exemplos de quanto o fórum da OMA é inapropriado para discutir temas tão complexos de direitos autorais como os cadeados digitais.²⁵⁴

O *Action Plan* não deixa claro suas reais intenções, e propõe, entre suas medidas, estudar se as sanções previstas na legislação nacional são suficientes e adequadas para proteção dos direitos de propriedade intelectual, sob responsabilidade permanente de todos os membros da OMA. Henrique Choer Moraes aponta que o *Action Plan* coloca em xeque o caráter voluntário que alegam ter estes padrões, pois, se tal medida for aceita, os países estarão sempre sob pressão para

²⁵² LI, op. cit., p. 67-68, tradução nossa: ((1) lack of clear and agreeable definition of IP infringement; (2) absence of appealing and review mechanisms; (3) unduly expanded scope; (4) absence of exemption and limitation provisions; (5) significantly enhanced rights of right-holder without proper balance between different stakeholders; (6) the power of customs authorities expanded without properly identified obligations; (7) enforcement costs are substantially shifted to states; (8) customs administrations generally lack the means to determine whether IP infringements exist - in particular, they have no capacity to address the complex legal and technical issues involved in patent infringement determination; (9) the enhanced power that right-holders would enjoy may lead to serious trade barriers, as the simple allegation of infringement of intellectual property rights may be enough to block legitimate competition; (10) trade in a wide range of products, including medicines, may be seriously distorted.)

²⁵³ WORLD CUSTOMS ORGANIZATION. **Model Legislation and Customs experts Committee documentation.** 2005. Disponível em: <http://www.wcoipr.org/wcoipr/Menu_ModelLegislation.htm>. Acesso em: 25 mar. 2010.

²⁵⁴ MORAES, 2009.

mudar suas legislações quando forem consideradas insuficientes e inadequadas.²⁵⁵

No âmbito das medidas de fronteira o *SECURE Standards* possui previsões bastante preocupantes para os países em desenvolvimento, que serão melhores trabalhadas no próximo capítulo deste trabalho. Mesmo que o *SECURE* não tenha sido adotado pela OMA, conhecer seu conteúdo é de suma importância para que se tenha conhecimento dos termos em que são negociados o tema neste e em outros foros.

4.3.3 Organização Mundial da Saúde

No âmbito da Organização Mundial da Saúde (OMS), destaca-se o *International Medical Products Anti-Counterfeiting Taskforce* (IMPACT), criado em 2006, grupo de trabalho que visa criar uma rede de colaboração entre países para buscar soluções para o problema da produção, comercialização e venda de medicamentos falsificados em todo o mundo²⁵⁶.

O grupo de trabalho conta com a participação de representantes da OMS, Interpol, Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE), OMA, OMPI, OMC, Federação Internacional de Fabricantes e Associações de Produtos Farmacêuticos, Aliança (pacto) Internacional de Medicamentos Genéricos, Indústria Mundial de Automedicação, Associação Latino-americana de Indústrias Farmacêuticas, Banco Mundial, Comissão Europeia, Conselho da Europa, Secretariado da Commonwealth, Secretariado da ASEAN, Federação Internacional de Atacadistas Farmacêuticos, Associação Europeia de Atacadistas (de todo tipo de produto) Farmacêutico, Federação Internacional de Farmacêuticos, Conselho Internacional de Enfermeiras, Associação Médica Mundial e Farmacêuticos sem fronteiras²⁵⁷.

Em decorrência dos graves problemas causados pela comercialização de medicamentos contrafeitos e falsificados, o IMPACT propõe uma série de reformas legislativas e regulamentares

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **International Medical Products Anti-Counterfeiting Taskforce (IMPACT):** Frequently asked questions. Disponível em: <http://www.who.int/impac t/impact_q-a/en/index.html>. Acesso em: 15 fev 2010..

²⁵⁷ Ibid.

visando combater esta prática. Apesar da louvável iniciativa, algumas das medidas propostas vinculam diretamente o problema dos medicamentos falsificados com normas mais rígidas de observância dos direitos de propriedade intelectual, que em muitos aspectos prejudicam o acesso a medicamentos e não contempla outras formas que poderiam ser aplicadas para combater a comercialização destes produtos.

O *Model Law*, aprovado na 2ª Assembléia Geral do IMPACT em 2007, é denominado *Principles and Elements of National Legislation against Counterfeit Medical Products (Principles)*²⁵⁸, e objetiva reforçar as legislações nacionais de combate a medicamentos falsificados em matéria penal, farmacêutica, administrativa e civil através dos princípios delineados.

Dois aspectos merecem destaque por imprimirem caráter TRIPS-plus ao documento: a ampliação da definição de contrafação de produtos médicos, que vem causando confusão entre medicamentos falsificados e medicamentos genéricos; e a responsabilidade dos Estados em elaborar normas penais, administrativas, civis e estruturas que fiscalizem a comercialização de medicamentos nas diversas situações de comércio internacional (produtos quer sejam para importação ou exportação, estejam em trânsito, em entrepostos aduaneiros, zonas de livre comércio, etc.).²⁵⁹

Neste mesmo sentido, a Oxfam²⁶⁰ destaca que os países desenvolvidos pressionam os países em desenvolvimento a adotarem

²⁵⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION. INTERNATIONAL MEDICAL PRODUCTS ANTI-COUNTERFEITING TASKFORCE. **Principles and Elements for National Legislation against Counterfeit Medical Products**. 2007. Disponível em: <http://www.who.int/impact/events/Final_PrinciplesforLegislation.pdf>. Acesso em: 15 dez 2009.

²⁵⁹ SOUTH CENTER; CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW. **Intellectual Property Quarterly Update**. Counterfeit medical products: need for caution against co-opting public health concerns for ip protection and enforcement. 2009, p.1-21. Disponível em: <http://www.ciel.org/Publications/IP_Update_1Q09.pdf>. Acesso em: 20 fev 2010.

²⁶⁰ “Oxfam is an international confederation of 15 organizations working together in 98 countries and with partners and allies around the world to find lasting solutions to poverty and injustice.

We work directly with communities and we seek to influence the powerful to ensure that poor people can improve their lives and livelihoods and have a say in decisions that affect them.” OXFAM International. **About us**. Disponível em: <<http://www.oxfam.org/en/about>>. Acesso em: 26 abr 2011.

normas mais rigorosas de propriedade intelectual como forma de proteger os pacientes de medicamentos de má qualidade. No entanto, estas normas dizem respeito apenas a uma forma de infração à propriedade intelectual, que é a violação de marca. Dentro do escopo do que se considera medicamentos contrafeitos estão incluídos ainda alguns que não infringem direitos de propriedade intelectual, inclusive os legítimos medicamentos genéricos.²⁶¹

Tais regras nos países em desenvolvimento ameaçam a saúde pública, o acesso aos medicamentos e criam novas barreiras à produção e ao comércio de medicamentos genéricos de qualidade. Todos estes problemas foram detectados no IMPACT:

O IMPACT propõe uma definição mais ampla de medicamentos contrafeitos, que confunde medicamentos contrafeitos e genéricos, e supervaloriza a ação policial para garantir a segurança e eficácia dos medicamentos. Ao mesmo tempo, a indústria farmacêutica multinacional exerceu pressão sobre os países, como Quênia e na Tailândia, para alterar a sua legislação nacional e as prioridades de aplicação da lei de forma a comprometer o acesso a medicamentos genéricos.²⁶²

A OMS é mais um exemplo de uso inadequado de foro para discutir o tema de observância dos direitos de propriedade intelectual, desejo dos países desenvolvidos e da indústria farmacêutica. Para o combate ao comércio de medicamentos contrafeitos a OMS deveria estar mais focada nas questões da qualidade, segurança e eficácia dos medicamentos²⁶³. Como ressalta Carlos Correa, aumentar o nível de

²⁶¹ OXFAM. Eye on the Ball: Medicine regulation – not IP enforcement – can best deliver quality medicines. **Oxfam Briefing Paper**. 2011a. Oxford/UK: Oxfam GB. Disponível em: <<http://www.oxfam.org.nz/resources/onlinereports/BP143-Eye-on-the-Ball-Medicine-Regulation-020211-sum-en.pdf>>. Acesso em: 20 mar 2011.

²⁶² OXFAM, 2011a, p. 3, tradução nossa: (IMPACT proposes an expansive definition of counterfeit medicines that confuses counterfeits and generic medicines, and overemphasizes police action to ensure the safety and efficacy of medicines. At the same time, the multinational pharmaceutical industry has exerted pressure on individual countries, such as Kenya and Thailand, to change their national laws and law enforcement priorities in ways that endanger access to generic medicines.)

²⁶³ SOUTH CENTER; CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW, 2009.

proteção e da observância dos direitos de propriedade intelectual não será a resposta adequada para o caso. É necessário reforçar os aspectos de procedimentos criminais e da aplicação rigorosa das normas de medicamentos sobre aprovação e comercialização²⁶⁴.

4.3.4 União Postal Universal

A União Postal Universal (UPU) é uma instituição especializada das Nações Unidas, com 191 membros, constituindo o foro de cooperação entre diversos setores dos serviços postais. Sua finalidade é definir regras para as trocas de correspondência internacional e fazer recomendações para estimular o crescimento dos volumes de correspondência e aprimorar a qualidade do serviço.²⁶⁵

Recentemente a UPU tem inserido em sua agenda questões relacionadas a observância de direitos de propriedade intelectual, consolidada no seu 24º Congresso, ocorrido em 2008, na cidade de Genebra, no qual foi proposta e aprovada a resolução 40, intitulada "*Counterfeit and pirated items shipped through the mail*"²⁶⁶. Xuan Li afirma que esta resolução é "baseada em um estudo conjunto entre OMA e UPU, para endossar a responsabilidade primária das aduanas em determinar infrações a direitos de propriedade intelectual na fronteira"²⁶⁷.

A resolução 40 solicita que os países membros da UPU, no âmbito das respectivas legislações nacionais, incentivem os seus operadores a tomarem todas as medidas razoáveis e práticas para apoiar as Aduanas no seu papel na identificação de itens falsificados e piratas na rede postal; e, também, colaborarem com as autoridades nacionais e internacionais, na medida do possível, em iniciativas de sensibilização

²⁶⁴ CORREA, 2009b.

²⁶⁵ UNIVERSAL POSTAL UNION. Disponível em: <www.upu.int>. Acesso em: 1 maio 2011.

²⁶⁶ Além da resolução 40, o Congresso discutiu ainda uma emenda à Convenção da UPU na lista de artigos proibidos pelo correio, e uma emenda à Convenção sobre a responsabilidade do remetente. A Resolução e a emenda sobre artigos proibidos foram aprovados e a emenda quanto a responsabilidade do remetente foi rejeitada.

²⁶⁷ LI, 2009a, p. 37, tradução nossa: ([...] based on a joint study by WCO and UPU, to endorse customs to take primary responsibility to determine IPR infringement at the border.)

destinadas a impedir a circulação ilegal de produtos contrafeitos, nomeados por meio de serviços postais.²⁶⁸

A aprovação desta resolução foi precedida por uma série de discussões acerca da falta de competência dos operadores postais para lidar com regras de observância e preocupações com as legislações diversas existente nos países. Este fato refletiu em duas alterações incorporadas pela resolução: a que os membros devem tomar medidas para combater a contrafação, de uma forma coerente com a sua legislação nacional; e a que reconhece o trabalho sobre propriedade intelectual realizado em outras organizações internacionais competentes em seus mandatos.²⁶⁹

Tais preocupações encontram-se ainda expressas no preâmbulo da resolução. Primeiramente, notam que o canal postal é utilizado em conjunto com outros canais de distribuição, para o envio de artigos contrafeitos e pirateados; em seguida, levam em consideração o trabalho sobre propriedade intelectual em andamento em outras organizações internacionais competentes; observam o estudo realizado pelo *POC Committee 3 Customs Support Project Group* sobre aduanas e questões de segurança relativos às questões de propriedade intelectual na União; por fim, percebem que os resultados do estudo revelam que os operadores não têm competência legal para determinar se um item é falsificado ou se a declaração aduaneira foi erroneamente preenchida, considerando-se que esta definição é de responsabilidade das autoridades nacionais competentes em conformidade com sua legislação nacional. Perceberam, também, que as legislações dos países possuem diferentes maneiras de lidar com itens contrafeitos e pirateados e, portanto, consideraram que estes problemas são os responsáveis pelas dificuldades operacionais e jurídicas encontradas pelos países.

Neste contexto, também restou clara e reforçada a ligação entre a OMA e UPU, a partir do desenvolvimento de trabalhos conjuntos e de cooperação técnica.

²⁶⁸ UNIVERSAL POSTAL UNION. Postal Operations Council (POC). Customs Group. Work done by the Customs Group to implement resolution C 37/2008. Disponível em: <http://www.upu.int/document/2011/an/cep_c_2_gd-2/d008b.pdf>. Acesso: 1 maio 2011.

²⁶⁹ Ibid.

4.3.5 Acordo Comercial Anti-Contrafação

O *Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA) é um acordo plurilateral em negociação entre Austrália, Canadá, União Europeia, Japão, México, Marrocos, Nova Zelândia, Coreia, Singapura, Suíça e Estados Unidos, cujo objetivo é estabelecer padrões internacionais para observância dos direitos de propriedade intelectual a fim de combater a contrafação e a pirataria.

As conversações preliminares, com a elaboração de um anteprojeto, ocorreram em segredo durante os anos de 2006 e 2007, havendo divulgação sobre seu escopo apenas em junho de 2008, ano em que as negociações iniciaram oficialmente²⁷⁰. Em 6 de abril de 2009, os participantes das negociações do ACTA emitiram uma declaração conjunta com um resumo dos principais elementos em discussão nas propostas.²⁷¹ Apenas em outubro de 2010, após a última rodada de negociações, das onze que existiram, ocorreu em Tóquio, a consolidação do texto do ACTA e este tornou-se público.²⁷²

O projeto do ACTA possui em sua estrutura seis capítulos e, de acordo com os países negociantes, busca elaborar um quadro de normas jurídicas internacionais que ainda não existe ou que precisa ser reforçado. O primeiro capítulo, intitulado disposições iniciais e definições, traz questões como o objetivo, âmbito, definições e princípios interpretativos do Acordo; o segundo capítulo dispõe de um quadro legal para observância dos direitos de propriedade intelectual com medidas civis, medidas de fronteira, medidas penais e observância

²⁷⁰ Desde o início das negociações do referido Acordo diversas preocupações foram levantadas por movimentos civis, como o IP Justice, que indagava sobre a falta de transparência no processo de negociação do acordo, a não participação de grupos de interesse público, de país em desenvolvimento ou da sociedade civil, a exclusão da OMPI e da OMC como foro, entre outros. IP JUSTICE. *Paper on the proposed Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*. 2008b Disponível em: <<http://ipjustice.org/wp/2008/03/25/ipj-white-paper-acta-2008/>>. Acesso em: 12 jul. 2008.

²⁷¹ UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE (USTR). *ACTA - Summary of Key Elements Under Discussion*. 2009. Disponível em: <<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/fact-sheets/2009/april/acta-summary-key-elements-under-discussion>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

²⁷² CONSOLIDATED TEXT. REFLECTS CHANGES MADE DURING THE SEPTEMBER 2010 TOKYO ROUND. *Anti-Counterfeiting Trade Agreement*. 2010. Disponível em: www.trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/october/tradoc_146699.pdf. Acesso em: 02 fev. 2011.

de direitos de propriedade intelectual no ambiente digital; o terceiro capítulo prevê o estabelecimento de melhores práticas para a observância eficaz dos direitos de propriedade intelectual; o quarto capítulo trata de cooperação internacional para enfrentar o comércio transfronteiriço de mercadorias contrafeitas e piratas; o quinto capítulo inclui as disposições institucionais; e o sexto capítulo expõe as disposições finais, abrangendo detalhes sobre como o acordo irá funcionar.

Especificamente, quanto às medidas de fronteira, dispostas na seção 2, do segundo capítulo, discute-se sobre quais os direitos de propriedade intelectual vão ser abrangidos e se as medidas de fronteira só devem ser aplicadas às importações ou deveria, igualmente, aplicar-se à exportação e ao trânsito de mercadorias. Abordam-se as exceções mínimas que poderiam permitir aos viajantes trazer mercadorias para uso pessoal; procedimentos para que titulares de direitos possam solicitar às autoridades aduaneiras a suspensão da entrada de mercadorias suspeitas de violar direitos de propriedade intelectual na fronteira e também a possibilidade de que as autoridades aduaneiras possam dar início a essa suspensão *ex officio*.

Debate-se ainda sobre os procedimentos necessários para que as autoridades competentes possam determinar se as mercadorias suspensas infringem direitos de propriedade intelectual; medidas para garantir que bens que violam direitos de propriedade intelectual não sejam liberados para livre circulação sem autorização do titular do direito e as possíveis exceções. Verifica-se o arresto e a destruição das mercadorias que tenham sido determinados como violadoras de direitos de propriedade intelectual, e as possíveis exceções; a responsabilidade sobre as taxas para o armazenamento e destruição e também a atribuição de competência para as autoridades de exigir dos titulares garantia ou caução para proteger o acusado e prevenir abusos, além da autoridade para divulgar informações essenciais sobre violação para os titulares do direito.

As normas TRIPS-plus sobre medidas de fronteira contidas no ACTA constituem o corpo legislativo mais detalhado e rigoroso sobre a matéria e tem sido alvo de intensos debates entre governo e sociedade civil, intensificado pelo tratamento confidencial dado às suas proposições.

As conseqüências da adoção destas regras, principalmente para os países em desenvolvimento, sob a ótica do conceito trazido no primeiro

capítulo sobre desenvolvimento como liberdade, são diversas e serão analisadas no próximo capítulo.

5 MEDIDAS DE FRONTEIRA TRIPS-PLUS E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E SOCIAIS

As questões relativas à observância dos direitos de propriedade intelectual por meio de medidas de fronteira, passados mais de 15 anos da assinatura do Acordo TRIPS, ainda constituem tema de grande preocupação dos países desenvolvidos. Apontam-se como razões para a tendência atual de expansão das medidas de fronteira o “interesse dos titulares de direito em ter meios complementares ou alternativos para fazer valer os seus direitos de propriedade intelectual de forma mais rápida, mais barata e com menos esforço”²⁷³.

Neste panorama, normas mais elevadas de medidas de fronteira são aceitas sob o pretexto de combater a contrafação e a pirataria e garantir benefícios ao país pela arrecadação de mais receitas fiscais, obtenção de mais empregos e atração de mais investimentos²⁷⁴. Pouco se reflete, no entanto, sobre a veracidade dos argumentos promovidos pelos países desenvolvidos e os impactos negativos no comércio legal, nos recursos financeiros e humanos que deverão ser disponibilizados para implantar e manter este sistema, e nas salvaguardas necessárias contra os abusos dos titulares²⁷⁵.

Porém, deve-se levar em conta que há uma relação cada vez mais evidente entre propriedade intelectual e desenvolvimento que deve permear a questão do aumento dos padrões das regras de observância. Tal desenvolvimento não se restringe ao crescimento econômico, mas amplia-se à visão de desenvolvimento como liberdade, concebido por meio do processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. Como explicam Denis Borges Barbosa, Margaret Chon e Andrés Moncayo Von Hase, o modelo de desenvolvimento como liberdade:

²⁷³ TELLEZ, Viviana Muñoz. The World Customs Organization: Setting New Standards of Intellectual Property Enforcement through the Back Door? **SOUTH BULLETIN Reflections and Foresights**, abr., Geneva, Switzerland, 2008, p.6, tradução nossa ([...] interest of right holders in having additional or alternative means to enforce their intellectual property rights faster, more cheaply and with less effort).

²⁷⁴ CORREA, 2009b. Ver nota 11.

²⁷⁵ TELLEZ, op. cit.

ênfatisa não apenas o mandato da inovação da propriedade intelectual, mas também sua relação com outras capacidades de aprimoramento humano de medidas de bem-estar social, tais como o acesso à educação ou à saúde, que por sua vez, reforçam as capacidades nacionais para inovação e crescimento. O modelo de desenvolvimento como crescimento, por outro lado, relaciona a propriedade intelectual, unilateralmente, a sua capacidade de incentivar a inovação através da transferência de tecnologia, independentemente da função da propriedade intelectual em outros setores econômicos e sociais.²⁷⁶

As novas regras TRIPS-plus de medidas de fronteira discutidas nos diversos foros apresentados no segundo capítulo se referem, especificamente, à ampliação do rol de direitos de propriedade intelectual passíveis de suspensão, à suspensão de mercadorias destinadas à exportação e em trânsito, à suspensão *ex officio* pela autoridade aduaneira, à redução dos custos do titular e das evidências de que a mercadoria é pirateada ou contrafeita e à atribuição de mais competências para a autoridade aduaneira. Baseiam-se, portanto, no modelo de desenvolvimento como crescimento, que se limita aos argumentos que não levam em conta as necessidades de flexibilidade dos países em desenvolvimento, o equilíbrio entre interesse público e privado, a avaliação entre custos e benefícios e a compatibilidade com o próprio Acordo TRIPS.

Desta forma, objetiva-se neste capítulo trazer ao debate das medidas de fronteira TRIPS-plus a visão de desenvolvimento como liberdade, no qual a propriedade intelectual não constitui um fim em si mesmo, e sim uma forma de aumentar as liberdades substantivas e capacidades humanas, colaborando na redução da pobreza, auxiliando o

²⁷⁶ BARBOSA; CHON; HASEQUE, 2008, p. 77, tradução nossa: (The freedom model of development emphasizes not just the innovation mandate of intellectual property, but also its relation to other human capability-enhancing social welfare measures, such as access to education or health, which in turn build national capacities for innovation and growth. The growth model of development, on the other hand, ties intellectual property unilaterally to its capacity to encourage innovation through technology transfer, irrespective of intellectual property's function in other economic and social sectors.)

combate de doenças, ampliando o acesso à educação e contribuindo para o desenvolvimento sustentável.

Para proceder a esta análise retomam-se princípios e normas do Acordo TRIPS que são importantes tanto no âmbito do direito internacional, visto que o referido acordo estabelece regras mínimas e máximas sobre propriedade intelectual as quais os países-Membros estão legalmente vinculados, quanto do ponto de vista do desenvolvimento como liberdade, pois algumas destas normas objetivam um equilíbrio de direitos e obrigações no sistema internacional de propriedade intelectual.

Assim, busca-se questionar as medidas de fronteira TRIPS-plus do ponto de vista jurídico internacional e também por meio dos impactos sociais ligados ao desenvolvimento dos países que não possuem, ou possuem pouca capacidade tecnológica.

5.1 MEDIDAS DE FRONTEIRA TRIPS-PLUS E O ACORDO TRIPS

Primeiramente, cabe lembrar que TRIPS caracteriza-se como um acordo de *minimum standards* de proteção, como previsto no artigo 1.1²⁷⁷. Assim, mostra-se legítimo os países-Membros adotarem medidas de proteção mais amplas do que as exigidas em TRIPS em suas legislações, tanto oriundas do interesse interno do próprio país como de acordos internacionais com outros países²⁷⁸.

Este entendimento é extensamente difundido e faz parecer que o conceito de padrões máximos e limites não possuem guarida no referido Acordo. Porém, existem *maximum standards*, como no caso de alguns dispositivos que tratam de observância. Pode-se apontar ainda como limites presentes no Acordo TRIPS seu preâmbulo e os artigos 7 e 8, que tratam dos objetivos e princípios do mesmo.²⁷⁹

²⁷⁷ Este pode ser também considerado o primeiro limite imposto pelo Acordo. Ver tópico 3.2.2.

²⁷⁸ “The basic observation is very straightforward: TRIPS does not prohibit WTO Members to conclude among themselves treaties containing obligations that go beyond the standards of TRIPS. Although there is no clear provision specifically dealing with the relationship with other agreements, several TRIPS provisions indicate TRIPS conformity of TRIPS-plus standards in agreements among individual WTO members.” DREXL, 2005, 20

²⁷⁹ BARBOSA, 2010b.

5.1.1 Preâmbulo, objetivos e princípios

O Acordo TRIPS foi objeto de inúmeros debates, com posicionamentos e interesses diversos, que resultaram no documento aprovado e ratificado pelos países signatários. Apesar dos questionamentos sobre o caráter voluntário do Acordo e do clima de pressão política e barganha que caracterizam as negociações²⁸⁰, pode-se dizer que houve um consenso entre os Estados-Membros²⁸¹ e que “a composição dos interesses em jogo durante as negociações do TRIPS resultou numa posição comum expressa numa pauta de compromissos claramente apresentada no Preâmbulo do Acordo e nos arts. 7º, 8º e 69”²⁸².

O preâmbulo e os dispositivos que definem os objetivos e princípios de um acordo internacional possuem um papel primordial para interpretação dos tratados, como define o artigo 31, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que estabelece como regra geral de interpretação:

1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.
2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:

Neste sentido, Denis Borges Barbosa, Margaret Chon e Andrés Moncayo Von Hase propõem “explorar os princípios de interpretação de

²⁸⁰ “However, economic or political pressure by itself would not be considered as a *legal* reason to invalidate such agreements, although in cases where flawed consent is not a legal issue, defective bargaining power is certainly a crucial aspect of any public policy analysis.” BARBOSA, ap. cit.

²⁸¹ Em sentido contrário afirma Carlos Correa: “While the provisions of the Preamble reflect, to some extent, the different positions that the negotiating parties brought to the negotiating table, they substantially respond to the protectionist paradigm advocated by the United States and other developed countries with regard to intellectual property. [...] some of developing countries’ concerns about implementations of stronger IPRs for their economies and, in particular, for transfer of technology, received limited attention.” CORREA, 2007, p. 1.

²⁸² BASSO, 2000. p. 166.

tratados para maximizar o potencial dos artigos 7 e 8 do Acordo TRIPS como mecanismos de compensação dentro da jurisprudência da Organização Mundial do Comércio (OMC)”.²⁸³

Porém, observam os autores, que o equilíbrio proporcionado por estes dispositivos não tem sido interpretado desta maneira pela OMC, como observado no caso *Canada—Patent Protection of Pharmaceutical Products, Complaint by the European Communities and their Member States*, de 2000:

101. Observamos que nossas conclusões nesta apelação em nada prejudica a aplicação do artigo 7 ° ou 8 ° do Acordo TRIPS em eventuais casos futuros em relação a medidas para promover os objetivos da política dos membros da OMC que sejam estabelecidas nesses artigos . Estes artigos ainda aguardam a interpretação adequada.²⁸⁴

Destaca-se, no entanto, que outros posicionamentos e agendas promovidas pela própria OMC tem reforçado a importância do preâmbulo e dos artigos 7 e 8 na interpretação equilibrada e voltada para a questão do desenvolvimento no Acordo TRIPS. É o caso da Declaração Sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública²⁸⁵, a Declaração de

²⁸³ BARBOSA; CHON; HASEQUE, op. cit., p. 73, tradução nossa: (Exploring principles of treaty interpretation to maximize the potential of TRIPS articles 7 and 84 as balancing mechanisms within World Trade Organization (WTO) jurisprudence;)

²⁸⁴ WORLD TRADE ORGANIZATION. **Canada - Term of Patent Protection - AB-2000-7 - Report of the Appellate Body**. WT/DS170/AB/R. 2000a. Disponível em: <http://docsonline.wto.org/imrd/gen_searchResult.asp?RN=0&searchtype=browse&q1=%28%40meta%5FSymbol+WT%FCDS170%FCAB%FCR%2A+and+not+RW%2A%29&language=1>. Acesso em: 24 maio 2011. Tradução nossa: (101. [W]e note that our findings in this appeal do not in any way prejudice the applicability of Article 7 or Article 8 of the *TRIPS Agreement* in possible future cases with respect to measures to promote the policy objectives of the WTO Members that are set out in those Articles. Those Articles still await appropriate interpretation). Mais sobre o caso e a questão da interpretação do Acordo TRIPS ver em: BARBOSA; CHON; HASEQUE, 2008 e BARBOSA, 2010.

²⁸⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. **Ministerial Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health**. WT/MIN(01)/DEC/2. 2002. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm>. Acesso em: 24 maio 2011. A Declaração foi importante por estabelecer algumas diretrizes para interpretação das flexibilizações do Acordo TRIPS: o respeito às regras gerais de interpretação de um tratado da Convenção de Viena, onde devem ser observados seus princípios e objetivos; de que os Estados-Membros possuem o direito de conceder licença compulsórias, bem como liberdade para determinar as circunstâncias que ensejam essa concessão e que os Estados-

Doha²⁸⁶, Decisão do Conselho Geral de 2003 sobre a Implementação do Parágrafo 6 da Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública²⁸⁷, e propôs o artigo 31*bis*²⁸⁸. A importância destas declarações e decisões também é reconhecida pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que dispõe:

3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:

- a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;
- b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;

Neste contexto, Denis Borges Barbosa sugere uma interpretação vetorial, em contraposição a uma interpretação evolutiva²⁸⁹, na qual considera que o Preâmbulo e os artigos 7 e 8 são normas com função e características diferentes dos outros dispositivos do Acordo, que

Membros possuem o direito de estabelecer o que constitui uma emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência.

²⁸⁶ Ibid. No parágrafo 19 explicita: We instruct the Council for TRIPS, in pursuing its work programme including under the review of Article 27.3(b), the review of the implementation of the TRIPS Agreement under Article 71.1 and the work foreseen pursuant to paragraph 12 of this declaration, to examine, inter alia, the relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity, the protection of traditional knowledge and folklore, and other relevant new developments raised by members pursuant to Article 71.1. In undertaking this work, the TRIPS Council shall be guided by the objectives and principles set out in Articles 7 and 8 of the TRIPS Agreement and shall take fully into account the development dimension. (grifos nossos)

²⁸⁷ WORLD TRADE ORGANIZATION. **Decision of the General Council, Implementation of paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and public health.** WT/L/540. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/implem_para6_e.htm>. Acesso em: 24 maio 2011.

²⁸⁸ WORLD TRADE ORGANIZATION. **Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Implementation of Paragraph 11 of the General Council Decision of 30 August 2003 on the Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health.** IP/C/41.

²⁸⁹ Uma interpretação evolutiva considera que “a interpretação do texto de um tratado deve ser considerada à luz dos acordos subsequentes a respeito de sua interpretação”. BARBOSAb, 2010, p. 33.

proporciona interpretar o tratado a partir de uma perspectiva baseada em princípios e não em regras. O princípio da interpretação vetorial deve ainda ser aplicado em casos concretos, em que as escolhas são aplicadas mediante o valor escolhido. Por este ponto de vista o caso *Canada—Patent Protection of Pharmaceutical Products* pode ser considerado uma decisão desequilibrada e ultrapositivista, pois levou em consideração apenas o interesse de reforçar a proteção destes direitos. Assim, o autor considera que deve haver alguma compensação obrigatória entre interesses de assuntos relativos à propriedade intelectual e considerações não ligadas à propriedade intelectual que impedem ilimitados níveis de proteção a estes direitos.²⁹⁰

Analisada a importância do preâmbulo e dos artigos 7 e 8 para a interpretação do Acordo TRIPS, conclui-se que as medidas de fronteira TRIPS-plus estabelecidas nos diversos foros devem também obedecer tais limites. Desta maneira, destaca-se, principalmente, que as medidas de fronteira não podem ao mesmo tempo promover uma proteção eficaz e adequada dos direitos de propriedade intelectual e constituir obstáculos ao comércio legítimo entre países.

Para tanto, é preocupante a concessão de amplos poderes a funcionários aduaneiros no controle do fluxo de importações e exportações de mercadorias, pois há suspeita de estarem infringindo direitos de propriedade intelectual, o que pode levar a criação de barreiras ao comércio.²⁹¹ Afinal, discute-se internacionalmente, justamente a facilitação do comércio, com esforços para a diminuição dos custos das operações de comércio exterior.

Conceder mais atribuições às aduanas, como no caso da suspensão *ex officio*, atravança o comércio de mercadorias, torna-o mais lento e caro tanto para o comerciante, como para o governo e para a sociedade, além de trazer diversos problemas “como o aumento da corrupção entre as autoridades aduaneiras, dificuldades na valoração das mercadorias, diminuição na arrecadação de tributos, imprevisibilidade e atrasos na liberalização de mercadorias, dentre outros”,²⁹².

²⁹⁰ Ibid.

²⁹¹ BIADGLENG; TELLEZ, 2008.

²⁹² SCORZA, Flavio Augusto Trevisan. Facilitação do comércio e controle aduaneiro: as negociações multilaterais e as normas brasileiras. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio; Correa, Carlos M. **Direito, desenvolvimento e sistema multilateral de comércio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 65.

No caso dos países menos desenvolvidos e dos países em desenvolvimento a ineficiência aduaneira é ainda mais preocupante, fazendo com que estes sejam os maiores prejudicados com mais barreiras não-tarifárias. Por esta razão, deve-se zelar pela simplificação e otimização dos procedimentos aduaneiros.

Destaca-se ainda do preâmbulo que as medidas de fronteira TRIPS-plus não devem ignorar que os direitos de propriedade intelectual são direitos privados, e devem levar em consideração os objetivos básicos de política pública dos sistemas nacionais para a proteção da propriedade intelectual, inclusive os objetivos de desenvolvimento e tecnologia.

Na agenda sobre a matéria é evidente a tendência de imputar ao poder público a responsabilidade pelo cumprimento, por meio da atuação de ofício, de obrigações tidas como de direito privado.²⁹³ No entanto, países desenvolvidos e países em desenvolvimento precisam tratar a questão da responsabilidade pela observância dos direitos de propriedade intelectual da maneira que melhor convenha aos seus interesses.²⁹⁴ Contudo, no caso dos países em desenvolvimento é desaconselhável a adoção de medidas que responsabilizem demasiadamente o poder público, tendo em vista tantas outras preocupações de cunho estritamente público e de necessidades básicas como a proteção dos direitos humanos, segurança pública e acesso à saúde e educação. Como observa Carlos Correa:

²⁹³ ROFFE, 2007.

²⁹⁴ É necessário recordar ainda que existem diferenças sociais, econômicas e culturais entre o próprios países em desenvolvimento: “Os países em desenvolvimento, portanto, estão longe de ser homogêneos, um fato manifesto mas frequentemente esquecido. Não apenas sua capacidade científica e técnica varia, mas também sua estrutura social e econômica, bem como suas desigualdades em termos de renda e riqueza. Os fatores determinantes da pobreza e, por conseguinte, as políticas apropriadas para abordar a pobreza, também variam entre os países. O mesmo se aplica às políticas de DPIs. As políticas necessárias em países com capacitação tecnológica relativamente avançada, onde vive a maioria dos pobres, como a Índia ou a China, podem ser muito diferentes daquelas em vigor em países com capacitação fraca, tais como muitos países da África subsaariana. O impacto das políticas de PI sobre os pobres também varia de acordo com as circunstâncias socioeconômicas. O que funciona na Índia não funciona necessariamente no Brasil ou em Botsuana.” COMISSÃO PARA DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Integrando direitos de propriedade intelectual e política de desenvolvimento**. Londres: CDPI, 2003. p. 14. Disponível em: <http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/Multi_Lingual_Documents/Multi_Lingual_Main_Report/DFID_Main_Report_Portuguese_RR.pdf>. Acesso em: 5 fev 2010.

As normas de observância geram custos para os países em desenvolvimento que não podem ser compensados por meio dos benefícios que se alegam. De fato, os custos podem exceder os benefícios, em particular, quando os países têm que substituir aos titulares dos direitos em defesa de seus direitos privados e assumem responsabilidades que correspondem a estes últimos²⁹⁵.

A adoção de medidas *ex officio* é uma das principais formas encontradas pelos países desenvolvidos para elevar os padrões de efetivação dos direitos de propriedade intelectual. Entretanto, tais intervenções, alerta Carlos Correa “transfere a responsabilidade pelos danos para o Estado e deve ser limitada para situações muito excepcionais em que há uma justificação para substituir provisoriamente o titular do direito em defesa de seus direitos privados”²⁹⁶.

Por fim, encontra-se no preâmbulo o reconhecimento das necessidades especiais dos países de menor desenvolvimento no que se refere à implementação interna de leis e regulamentos com a máxima flexibilidade, de forma a habilitá-los a criar uma base tecnológica sólida e viável.

Apesar de muitos países, inclusive o Brasil, não terem usufruído plenamente das flexibilidades permitidas pelo Acordo TRIPS, a experiência²⁹⁷ mostra que a sua mera existência nas legislações de países em desenvolvimento e de países menos desenvolvidos já é

²⁹⁵ CORREA, 2009b, p. 200, tradução nossa (Las normas de observancia generan costos para los países en desarrollo en desarrollo que no pueden compensar a través de los beneficios que se alegan. De hecho, los costos pueden exceder los beneficios, en particular, cuando los países tienen que sustituir a los titulares de los derechos en la defensa de sus derechos privados y asumen responsabilidades que corresponden a estos últimos.)

²⁹⁶ CORREA, 2009a, p. 52, tradução nossa. (*Ex-officio* interventions, however, shift the responsibility for damages to the state and should be limited to very exceptional situations in which there is a justification to provisionally substitute the right holder in defence of his private rights.)

²⁹⁷ Neste sentido diversos trabalhos sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública foram realizados, demonstrando a importância e necessidade de manter as flexibilidades do Acordo TRIPS: ROFFE, Pedro; SPENNEMANN, Christoph. The impact of FTAs on public health policies and TRIPS flexibilities. *Int. J. Intellectual Property Management*, 2006, Vol. 1, N°s.1/2, p. 75-93.

importante do ponto de vista do interesse dos mesmos, que podem se favorecer economicamente e socialmente com a diminuição das exigências sobre direitos de propriedade intelectual.

As flexibilidades são importantes ainda para o alcance dos objetivos e princípios do Acordo TRIPS, dispostos no artigo 7 e 8, cuja importância para a interpretação do Acordo foram expostos no início deste tópico. Diante disto, as medidas de fronteira TRIPS-plus também devem considerar que:

ARTIGO 7

Objetivos

A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

ARTIGO 8

Princípios

1 - Os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo.

2 - Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias 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. (grifos nossos)

Diante desses dispositivos, lembra-se que sua intenção, bem como do preâmbulo, é impor uma leitura equilibrada do conteúdo normativo do TRIPS²⁹⁸. Porém, observa-se que o alargamento da proteção da propriedade intelectual por meio de normas de medidas de fronteira pode causar severo desequilíbrio entre interesse público e o direito dos titulares de direitos. Deste modo, um dos perigos do aumento da incidência em medidas de controle das fronteiras é a possibilidade de que os poderes conferidos às autoridades aduaneiras sobre a efetivação da propriedade intelectual possam ser excessivamente amplos se não houver um treinamento adequado para emitir juízos sobre se as mercadorias são, na realidade, falsificadas ou pirateadas.²⁹⁹

Acentua-se, nesse ponto, a problemática quanto à infração às patentes, uma vez que os critérios que determinam as violações destas podem variar significativamente de uma jurisdição para outra e as dificuldades de realizar um exame técnico adequado impedem que se detecte em tempo hábil a infração. Este tipo de medida amplia demasiadamente as competências e habilidades exigidas dos funcionários de aduana.

As medidas de fronteiras TRIPS-plus, além de em muitos casos serem contrárias ao uso interpretativo do preâmbulo, e dos artigos 7 e 8 do Acordo TRIPS, levantam preocupações também quanto ao princípio da nação mais favorecida e do tratamento nacional (artigos 3 e 4), principalmente no que diz respeito ao pactuado no âmbito dos acordos bilaterais.

O princípio da nação mais favorecida “contribui para estabelecer a igualdade de oportunidades de concorrência entre os investidores de diversos países estrangeiros”, impedindo “a concorrência entre os investidores de ser distorcida pela discriminação com base em considerações de nacionalidade”³⁰⁰

Dentre as conseqüências da adoção de padrões mais elevados de medidas de fronteira fora da esfera da OMC destaca-se que os direitos acordados entre Estados-Membros em outros foros, bilateral ou multilateral, deverão ser oferecidos nas mesmas bases para os outros

²⁹⁸ BARBOSA, 2010b.

²⁹⁹ BIADGLENG; TELLEZ, 2008.

³⁰⁰ UNCTAD. Most-favoured-nation treatment. *In: UNCTAD Series on issues in international investment agreements*. New York and Geneva, 1999. Disponível em: <<http://www.unctad.org/en/docs/psiteitd10v3.en.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2010.

Estados-Membros da OMC que não fazem parte do Acordo. Este entendimento decorre do disposto no artigo 4 do Acordo TRIPS, que trata do princípio da nação mais favorecida:

ARTIGO 4

Tratamento de Nação Mais Favorecida

Com relação à proteção da propriedade intelectual, toda vantagem, favorecimento, privilégio ou imunidade que um Membro conceda aos nacionais de qualquer outro país será outorgada imediata e incondicionalmente aos nacionais de todos os demais Membros.

Josef Drexl sustenta que além do artigo 4 do Acordo TRIPS poder ser aplicado às normas substantivas de acordos bilaterais, este artigo possibilita que o órgão de solução de controvérsias da OMC seja competente para interpretar tais normas e que, em alguns casos e com efeito limitado à proteção dos direitos de propriedade intelectual no território das partes contratantes de tais acordos bilaterais, as normas TRIPS-plus tornem-se padrões TRIPS, como consequência da cláusula de nação mais favorecida do art. 4 TRIPS. Exemplifica o autor:

A CE perdeu sua queixa patente contra o Canadá antes do painel da OMC sobre o direito de um concorrente para produzir o produto patenteado para armazenamento antes da expiração do prazo da patente. No entanto, a CE poderá contar com a disposição "Bolar" do TLC Austrália-EUA, a fim de escapar do mesmo resultado com a Austrália -, já que a lei de patentes nacional da Austrália seriam semelhantes às da legislação canadiana.³⁰¹

Mesmo que a aplicação do princípio da nação mais favorecida tenha efeito limitado, é necessário refletir sobre a implicação de transformar obrigações bilaterais em padrões TRIPS para países que se favorecem desta situação mesmo sem ser parte no acordo, assim como

³⁰¹ DREXL, 2007, p. 23, tradução nossa: (The EC has lost its patent complaint against Canada before the WTO panel regarding the right of a competitor to produce the patented product for storage before the expiration of the patent term. However, the EC could rely on the "Bolar" provision of the Australia-U.S. FTA in order to escape the same result with regard to Australia – provided that the domestic patent law in Australia would be similar to the Canadian law.)

se torna mais fácil implantar tais medidas nos acordos multilaterais. Isto ocorre porque o Acordo TRIPS não prevê nenhuma espécie de exceção ao princípio da nação mais favorecida e do tratamento nacional³⁰².

5.1.2 Padrões máximos no Acordo TRIPS

O conceito de padrões máximos ou *ceiling rules* surge como uma reação à proliferação dos acordos em âmbito bilateral e multilateral com padrões mais elevados de propriedade intelectual, advindos do entendimento que o Acordo TRIPS estabelece apenas padrões mínimos³⁰³.

De acordo com Annette Kur e Henning Grosse Ruse – Khan a concepção de padrões mínimos nas normas que regem os direitos de propriedade intelectual possuem inclusive um fundo histórico em relação à proteção destes direitos quanto aos estrangeiros, que se encontra refletido no princípio do tratamento nacional:

Quando as Convenções de Paris e de Berna foram concluídas no final do século dezanove, o conceito de direitos mínimos apareceu como uma reação natural e convincente para a situação que

³⁰² Another aspect contributing to the problematic character of TRIPS-plus protection becomes evident in a further comparison to the other main branches of WTO law: While all three core areas of WTO regulation – trade in goods, services and the protection of IP – are building on the principle of most favoured nation (MFN) as well as national treatment (NT), the rules in GATT and GATS allow significant exceptions to extending further trade liberalisation commitments to all other WTO Members. Under the provisions of Art. XXIV GATT and Art. V GATS, WTO Members can limit the benefits of further liberalisation to partners in regional trade agreements. KUR, Annette; RUSE – KHAN, Henning Grosse. Enough is enough – the notion of binding ceilings in international intellectual property protection. **Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series No. 09-01**. 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1326429>. Acesso em: 31 maio 2011. p.13.

³⁰³ É o que se depreende da primeira parte do artigo 1.1 do Acordo TRIPS: “1 - Os Membros colocarão em vigor o disposto neste Acordo. Os Membros poderão, mas não estarão obrigados a prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida neste Acordo”. JAEGER, Thomas; RUSE – KHAN, Henning Grosse; DREXL, Josef; HILTY, Reto M. Statement of the max planck institute for intellectual property, competition and tax law on the review of eu legislation on customs enforcement of intellectual property rights. In: **International Review of Industrial Property and Copyright Law**. Volume 41, Number 6, 2010. Disponível em: http://circa.europa.eu/Public/irc/taxud/consultation_ipr/library?l=/individuals/intellectual_competition/_EN_1.0_&a=d. Acesso em: 16 jul 2011.

os tratados pretendiam alterar, designadamente que muitos ou a maioria dos países, mostraram um flagrante desrespeito pelos interesses dos criadores e inventores estrangeiros, cujas realizações foram explorados no seu território. E também durante a maior parte do século seguinte, a maioria dos esforços foram direcionados para a melhoria da "rede de segurança" para os titulares de direito. Em vez de refletir sobre os possíveis efeitos negativos de um nível cada vez mais reforçado da proteção internacional, esta tendência foi quase unanimemente considerada como um desenvolvimento basicamente lógico e bem-vindo, tendo em conta o crescimento do tamanho e importância da comunicação e do comércio internacional.³⁰⁴

Ressalta-se, no entanto, que os padrões mínimos nestas Convenções permitiam aos países liberdade tanto para implementar suas próprias políticas de propriedade intelectual, como para aderir a qualquer um dos textos revistos das Convenções, inclusive às versões menos exigente, de acordo com seus interesses internos. Já no período pós-TRIPS os padrões mínimos passam a ter outro significado: o de conceber cada vez mais proteção aos direitos de propriedade intelectual nas legislações nacionais e internacionais.³⁰⁵ Neste sentido, é que muitos autores colocam que o Acordo TRIPS ao invés de ser usado como um “teto”, em alusão a ser considerado um limite para futuros acordos,

³⁰⁴ KUR; RUSE – KHAN, op. cit., p. 11, tradução nossa: (When the Paris and Berne Conventions were concluded at the end of the nineteenth century, the concept of minimum rights appeared as a natural and compelling reaction to the situation which the treaties sought to amend, namely that many or most countries showed a blatant disregard for the interests of foreign creators and inventors whose achievements were exploited in their territory. And also during the larger part of the following century, most efforts were directed towards improving the “safety-net” for right holders. Instead of reflecting on the possibly negative effects of an ever enhancing level of international protection, this trend was nearly unanimously regarded as a basically logical and welcome development in view of the growing size and importance of international communication and trade.)

³⁰⁵ KUR; RUSE – KHAN, op. cit.

funciona mais como um “chão”, visto que todo acordo internacional o utiliza como base para negociar outros mais elevados.³⁰⁶

A abordagem de padrões máximos é interessante tanto do ponto de vista da segurança jurídica, quanto no sentido de reagir ao conceito de padrões mínimos que vêm caracterizando os acordos de propriedade intelectual, ao impor limites aos mesmos.³⁰⁷ Neste sentido, destaca-se que, embora o artigo 1.1 do Acordo TRIPS possibilite proteção mais ampla nas legislações dos Estados-Membros, tal proteção não pode contrariar as disposições do próprio Acordo.

Dentre os padrões máximos existentes em TRIPS são importantes para a análise das medidas de fronteira TRIPS-plus os relativos à observância dos direitos de propriedade intelectual, presentes na aplicação da Parte III do Acordo TRIPS (artigo 41)³⁰⁸, mencionados no segundo capítulo. Xavier Seuba afirma que a linguagem imperativa do artigo 41 do Acordo TRIPS, juntamente com a previsão do artigo 1.1 – que impõe que as novas normas não podem contrariar as disposições do Acordo –, está sendo utilizada para impor um limite tanto para a implementação da Parte III do Acordo TRIPS quanto para as novas normas relacionadas à observância.³⁰⁹

³⁰⁶ “Thus, instead of acting as a ceiling, as had been expected by many in developing countries, the multilateral instrument of TRIPS is now a floor for harmonized standards.” BARBOSA; CHON; HASEQUE, 2008

³⁰⁷ “With this change in perspective, the notion of TRIPS (in)consistency takes a new meaning: It is not only about whether a WTO Member has complied with, and given effect to, the international minimum standards for the protection of IP set out in the TRIPS. A country may also be in conflict with TRIPS obligations whenever it exceeds the maximum levels of IP protection set out in TRIPS. In other words, TRIPS consistency demands not only providing a floor of minimum standards, but also complying with any binding ceilings on additional IP protection in national laws. This functions as a comprehensive global framework and benchmark – instead of merely setting out (temporary) baselines on which further extensions can be pursued – may warrant a fresh look at recent TRIPS-plus initiatives.” RUSE – KHAN, Henning Grosse. Time for a paradigm shift? Exploring maximum standards in international intellectual property protection. **Trade, Law and Development**, vol 1, n. 1, 2009, p. 100. Disponível em: <<http://www.tradelawdevelopment.com/index.php/tld/article/view/1%281%29%20TL%26D%2056%20%282009%29>>. Acesso em: 31 maio 2011.

³⁰⁸ DREXL, 2007.

³⁰⁹ SEUBA, Xavier. **Border measures concerning goods allegedly infringing intellectual property rights: the seizure of generic medicines in transit**. Geneva: ICTSD, 2009. Disponível em: <http://www.iprsonline.org/New%202009/Seuba_Border%20Measures.pdf>. Acesso em: 1 maio 2011.

Do artigo 41, que também deve ser utilizado para interpretar as medidas de fronteira, visto que é aplicada a todas as normas de observância, destaca-se:

1 – [...] Estes procedimentos serão aplicados de maneira a evitar a criação de obstáculos ao comércio legítimo e a prover salvaguardas contra seu uso abusivo.

2 - Os procedimentos relativos à aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual serão justos e equitativos. Não serão desnecessariamente complicados ou onerosos, nem comportarão prazos não razoáveis ou atrasos indevidos.

Como exposto no segundo capítulo sobre a matéria, reafirma-se a intenção deste artigo em buscar um equilíbrio entre titular de direitos, alegado infrator e interesse público, no qual devem ser observados os princípios do devido processo legal, da defesa e da verdade processual. É este equilíbrio que deve ser preservado quando se pretende estabelecer regras mais rígidas de propriedade intelectual.

O artigo 41 encerra, juntamente com o preâmbulo e o artigo 8, o relacionamento entre o Acordo TRIPS e o livre comércio³¹⁰ que permeia a criação do próprio Acordo na esfera da OMC e que deve guiar as normas de medidas de fronteira. Nos termos destes artigos resta clara a preocupação dos Membros à época da inclusão do tema da propriedade intelectual em um foro que trata de comércio e de sua liberalização em aliviar a tensão entre propriedade intelectual e livre comércio. Neste sentido Xavier Seuba esclarece que:

No entanto, este entendimento compartilhado não evitou um certo consenso sobre o fato de que o

³¹⁰ É necessário esclarecer que o livre comércio aduz ainda não só a questão de livre circulação de mercadoria, mas também o de comércio legítimo. A questão do conceito de legítimo foi tratado no caso *Canada-Pharmaceutical Products*: "legítimo" deve ser definido da mesma forma que é usada frequentemente no discurso jurídico - como uma afirmação normativa de proteção dos interesses que são "justificáveis", no sentido de que eles são apoiados por políticas públicas relevantes ou outras normas sociais. WORLD TRADE ORGANIZATION. **Canada – Patent protection of pharmaceutical products - Report of the panel.** WT/DS114/R. 2000b. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/7428d.pdf>. Acesso em: 1 jun 2011.

Acordo TRIPS foi introduzido no sistema multilateral de comércio como uma concessão aos países desenvolvidos, e não como um instrumento para promover o livre comércio. A tensão entre o livre comércio e proteção da propriedade intelectual persiste e, em certa medida, o acordo TRIPS reconhece essa tensão e procura atenuar os resultados conflitantes elaborando artigos específicos sobre a promoção de princípios do livre comércio. É por isso que TRIPS alude à necessidade de evitar a proteção da propriedade intelectual, tornando-se um obstáculo desnecessário ao comércio, sendo encontradas referências no preâmbulo e em vários artigos.³¹¹

A relação apontada acima possui ligação direta com as medidas de fronteira que basicamente lidam com circulação de mercadoria entre países, no qual o cuidado para que tais regras não constituam óbices ao comércio é ainda mais relevante. Medidas de fronteira que prevêm a extensão para mercadorias em trânsito causam extrema preocupação quanto a este aspecto, visto que em alguns casos a extraterritorialidade na observância dos direitos de propriedade intelectual pode ocasionar entraves ao comércio entre os países que estão realizando a troca e tem sua atividade interrompida por um terceiro país por onde a mercadoria apenas encontra-se de passagem.

Estas situações de suspensão de mercadorias suspeitas de infração que se encontram em trânsito suscitam problemas complexos na prática, a exemplo da apreensão pelas autoridades aduaneiras holandesas de um carregamento do medicamento para hipertensão Losartan, que seguia da Índia para o Brasil, onde naquele país o medicamento é protegido por patente e nestes outros dois últimos não há tal proteção³¹². Este e outros

³¹¹ SEUBA, op. cit., p. 8, tradução nossa: (Nevertheless, this shared understanding has not avoided a certain consensus on the fact that the TRIPS Agreement was introduced into the multilateral trade system as a concession to developed countries, and not as an instrument to promote free trade. The tension between free trade and intellectual property protection persists and, to a certain extent, the TRIPS Agreement acknowledges such tension and tries to mitigate conflicting outcomes by framing specific articles on broad free trade promoting principles. This is why TRIPS alludes to the need to avoid intellectual property protection becoming an unnecessary barrier to trade, references being found in the Preamble and several articles.)

³¹² INTERNATIONAL CENTRE OF TRADE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT (ICTSD). Brasil critica apreensão de medicamento genérico na UE. **Pontes Quinzenal**. Genebra, 16 fev, vol. 4, no. 2, notícias regionais, 2009a, p. 6. Disponível em:

impasses semelhantes criaram uma série de discussões sobre o acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento³¹³, sobre barreiras ao comércio legítimo de genéricos e implicações quanto ao princípio da territorialidade.

Salienta-se ainda que não só o artigo 41 contém padrões máximos, mas as próprias medidas de fronteira “são o exemplo paradigmático de normas imperativas, que fixam, igualmente, *limites máximos de proteção*”.³¹⁴ Neste sentido, João Paulo Remédio Marques identifica dois dispositivos do Regulamento (CE) n.º 1383/2003³¹⁵, sobre medidas a serem aplicadas pelas autoridades alfandegárias, que violam os limites máximos de proteção dos direitos de propriedade intelectual:

Em primeiro lugar, o artigo 11.º do Regulamento (CE) n.º 1383/2003 e, em Portugal, o artigo 6.º/11 e 4 do Decreto-Lei n.º 360/2007, autorizam a *retirada* ou *destruição* das mercadorias apreendidas, ainda quando não fique aberta a

<<http://ictsd.net/downloads/pontesquinzenal/pq4-2.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2009. Mais sobre a legislação da União Europeia e suas implicações no comércio legítimo de mercadoria será discutido posteriormente neste trabalho.

³¹³ Na esfera da OMC um grande avanço sobre a questão do acesso aos medicamentos foi a Declaração Sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública, cujos termos são diretamente atingidos pela apreensão realizada pela Holanda.

³¹⁴ MARQUES, João Paulo F. Remédio. A violação dos direitos de propriedade intelectual respeitantes a mercadorias em trânsito: referência ao trânsito de medicamentos destinados a países com graves problemas de saúde pública. *In: Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Volumen 30 (2009-2010), Santiago de Compostela: Marcial Pons, pp. 375-404. Discordamos apenas do entendimento de que “todavia, algumas delas fixam *máximos*, em termos de poderem ser qualificadas como *normas cogentes* de direito internacional público insusceptíveis de serem afastadas pelo direito interno (material e processual) dos Estados contratantes”, porém este não será assunto a ser tratado neste trabalho. No mesmo sentido: RUSE-KHAN, Henning Grosse; JAEGER, Thomas. **Policing patents worldwide? EC border measures against transiting generic drugs under EC and WTO intellectual property regimes**. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2009. JAEGER; RUSE – KHAN; DREXL; HILTY, 2010.

³¹⁵ Regulamento (CE) n.º 1383/2003 é constituído por uma série de medidas de fronteira TRIPS-plus, nos mesmos moldes das apresentadas neste trabalho, porém não foram objeto de análise no segundo capítulo por não constituírem um novo foro nos termos que estavam sendo tratados os escolhidos para tanto. Porém, em decorrência dos problemas que vem causando entre os países na prática será objeto de algumas análises feitas a seguir. Este regulamento encontra-se disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:196:0007:0014:PT:PDF>>. Acesso em: 6 jun 2011.

possibilidade de as *autoridades judiciais* verificarem, previamente a essa retirada ou destruição, a ocorrência da infracção aos direitos de propriedade intelectual: essa retenção ou destruição podem ser ordenadas sem que se faça mister determinar, pelas autoridades judiciais competentes, se houve efectivamente infracção dos direitos do requerente ou se ocorreu o *fumus boni iuris* dessa violação. Em segundo lugar, o exercício, por parte das autoridades aduaneiras, das suas competências em matéria de *suspensão do desalfandegamento, retirada ou destruição das mercadorias* não as torna responsáveis em relação ao possuidor ou ao proprietário das mercadorias pelos danos que tenham sofrido em resultado da sua intervenção (artigo 19.º/2 do citado regulamento), excepto se o direito interno dos Estados-Membros prever esta responsabilidade, o que manifestamente contraria o plasmado no artigo 58.º, alínea c), do Acordo TRIPS.³¹⁶

Dentre as medidas de fronteira TRIPS-plus expostas é a suspensão de mercadorias em trânsito³¹⁷, principalmente sua aplicação pela União Europeia, que vem ocasionando maiores controvérsias no âmbito internacional, que serão objeto de análise do próximo tópico.

5.2 SUSPENSÃO DE BENS EM TRÂNSITO: O CASO DA LEGISLAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA FRENTE AO COMÉRCIO LEGÍTIMO DE MEDICAMENTOS ENTRE PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

³¹⁶ MARQUES, 2009-2010.

³¹⁷ Frederick Abbott salienta que: “At the time the TRIPS Agreement was negotiated, the practice of seizing goods in transit based on allegations of patent infringement was unknown; so members would not have contemplated such practice as an option when drafting the relevant provision. It places too much weight on footnote 13 to suggest that it was intended to authorise the seizure of patented goods in transit when the practice was almost certainly outside the contemplation of the drafters of the TRIPS Agreement”. ABBOTT, Frederick. Seizure of generic pharmaceuticals in transit based on allegations of patent infringement: a threat to international trade, development and public welfare. In: YU, Peter K. **The WIPO journal**: analysis and debate of intellectual property issues, 2009 ISSUE NO:1 London: Thomson Reuters, 2009a, p. 43-50.

O Regulamento (CE) nº 1383/2003³¹⁸ da União Europeia em todos os aspectos expande as medidas de fronteira contidas no Acordo TRIPS. Apesar do artigo 1.1 ser permissivo quanto a este aspecto, deve-se ter em conta que o mesmo não pode constituir impedimento ao comércio legítimo, já que este é requisito imposto por normas do Acordo TRIPS.³¹⁹ Em decorrência das tentativas da União Europeia em expandir a sua legislação para outros países, principalmente por meio dos TLCs, tema tratado no terceiro capítulo, subjaz a necessidade de compreender os problemas que ocorrem na prática com a implementação destas medidas.

Nos últimos anos, agindo em conformidade com o referido Regulamento, a União Europeia vem realizando diversas apreensões de medicamentos genéricos que se encontram em trânsito em algum de seus países, sob alegação de estarem violando direitos de propriedade intelectual. Porém, tais medicamentos obedecem às legislações dos países exportadores e importadores. De acordo com dados da Oxfam Internacional e da *Health Action International Europe*, desde finais de 2008 ocorreram 19 apreensões de medicamentos genéricos pelas autoridades aduaneiras da Holanda e da Alemanha. Destes carregamentos, 18 foram legalmente fabricados e exportados pela Índia e China com destino a países em desenvolvimento, onde poderiam ser legalmente importados.³²⁰

³¹⁸ UNIÃO EUROPEIA. REGULAMENTO (CE) N.º 1383/2003 DO CONSELHO, de 22 de Julho de 2003. Relativo à intervenção das autoridades aduaneiras em relação às mercadorias suspeitas de violarem certos direitos de propriedade intelectual e a medidas contra mercadorias que violem esses direitos. **Jornal Oficial da União Europeia**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:196:0007:0014:PT:PDF>>. Acesso em: 5 jun 2011.

³¹⁹ Neste sentido: MARQUES op. cit.; JAEGER; RUSE – KHAN; DREXL; HILTY, 2010.

³²⁰ OXFAM INTERNATIONAL; HEALTH ACTION INTERNATIONAL EUROPE. **Trading away access to medicines**: How the European Union's trade agenda has taken a wrong turn. Outubro 2009. Disponível em: <http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/bp-trading-away-access-to-medicine_s.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2009. A organização Médicos Sem Fronteiras relata que: “Desde 2008, houve uma série de incidentes de medicamentos genéricos legítimos detidos com base nas regulações aduaneiras da CE: • As autoridades aduaneiras holandesas confiscaram um carregamento do ingrediente farmacêutico ativo (losartan potássico) necessário para produzir o medicamento genérico para tratar pressão arterial. O medicamento estava em trânsito de seus produtores na Índia para o Brasil via Holanda em dezembro de 2008. O medicamento não está patenteado na Índia nem no Brasil, mas a invasão da aduana foi fundamentada no fato de que o medicamento estava sob patente no país de trânsito – a Holanda. O carregamento retornou para o país de origem e, segundo governo brasileiro, 300 mil pacientes no Brasil estavam esperando seus tratamentos com os

As apreensões realizadas de bens em trânsito além de levantarem questionamentos legais referentes a extraterritorialidade destas medidas e impedimento ao livre comércio, provocam, nestes casos, discussões sobre o acesso a medicamentos genéricos em países em desenvolvimento que precisam importá-los para garantir saúde pública de sua população.³²¹

Estas preocupações foram levantadas pela Índia e pelo Brasil em diversas reuniões internacionais, especificamente, no Conselho Executivo da OMS, em janeiro de 2009, e na reunião do Conselho-Geral da OMC, em fevereiro do mesmo ano.³²² Em 12 de maio de 2010, esses dois países acionaram o Órgão de Solução de Controvérsia da OMC contra a União Europeia e a Holanda^{323 324}. Quanto ao caso brasileiro, já

medicamentos confiscados. • Em novembro de 2008, um carregamento de um medicamento de Aids comprado pela UNITAID para uso na Nigéria foi confiscado quando em trânsito na Holanda. A UNITAID é uma iniciativa financiada em parte pelos governos da União Europeia (Reino Unido e França) e essas ações estão minando a contribuição da UE em fornecer tratamento para Aids em países afetados. • O governo holandês ainda revelou em abril de 2009 que as autoridades aduaneiras realizaram 17 apreensões em 2008 de medicamentos rumo ao Brasil, Peru, Colômbia, Equador, México, Portugal, Espanha e Nigéria. Os medicamentos eram indicados para o tratamento de problemas cardíacos, Aids, demência e esquizofrenia. • Em 2009, versões genéricas de antibióticos foram confiscadas no aeroporto de Frankfurt por autoridades alemãs sob a desorientada prerrogativa de infração de marcas registradas. **MEDICOS SEM FRONTEIRA. EUROPA, tire as mãos de nossos medicamentos!**. 2010. Disponível em: <[http://www.msf.org.br/conteudo/138/europa!-tire-as-maos-de-nossos-medicamentos!/>](http://www.msf.org.br/conteudo/138/europa!-tire-as-maos-de-nossos-medicamentos!/). Acesso em: 5 jun 2011.

³²¹ “As autoridades holandesas podem ter atuado segundo o texto do regulamento aplicável da UE. Contudo, tal fato não legitima a apreensão do ponto de vista do Direito Internacional, tampouco da perspectiva do comércio global responsável ou das políticas de saúde pública” ABBOTT, Frederick. A apreensão pela Holanda de medicamentos genéricos em trânsito da Índia para o Brasil: o que se temia ocorreu. In: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD). **Pontes Quinzenal**. Genebra, jun 2009b, vol. 5, no. 2, p. 9. Disponível em: <<http://ictsd.net/downloads/2009/06/pontesv5n2-final.pdf>>. Acesso em: 24 set 2009.

³²² KNOWLEDGE ECOLOGY INTERNATIONAL (KEY). **Intervention by Brazil at WTO General Council on seizure of 500 kilos of generic medicines by Dutch customs authorities**. Disponível em: <<http://keionline.org/blogs/2009/02/03/intervention-by-brazil-at-wto-general-council-on-seizure-of-500-kilos-of-generic-medicines-by-dutch-customs-aut>>. Acesso em: 5 jun 2011.

³²³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). **European Union and a Member State — Seizure of Generic Drugs in Transit**. DISPUTE DS408 e DS409. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds408_e.htm> e <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds409_e.htm>. Acesso em: 5 jun 2011.

³²⁴ “The customs authorities of the Netherlands have been the most aggressive. This is ironic since the Netherlands earlier acted as a champion of access to medicines for developing

ocorreram duas rodadas de consultas, nos dias 7 e 8 de julho³²⁵ e 13 e 14 setembro de 2010³²⁶, sobre a legislação comunitária, decisões judiciais aplicáveis ao caso, direitos de patentes e liberdade de trânsito de medicamentos genéricos.

As consultas foram baseadas em princípios e regras do Acordo TRIPS (artigos 1.1, 2, 28, 31, 41, 42, 29, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 58 e 59) e do GATT (artigos XVI, V e X), dos quais se analisam abaixo os preceitos relacionados ao princípio da territorialidade e da liberdade de trânsito. Por fim, trata-se das implicações destas medidas no âmbito da saúde pública, que encontra respaldo na Declaração Sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública.

5.2.1 Medidas em trânsito e o princípio da territorialidade

A previsão de apreensão de mercadorias em trânsito, contida no regulamento da União Europeia, provoca uma extensão da jurisdição dos países que a utilizam de forma a contrariar o princípio da territorialidade³²⁷, que, como visto no segundo capítulo, consiste na regulamentação nacional de cada país para proteção dos direitos de propriedade intelectual. Isto é, a validade e o exercício de um direito de propriedade intelectual são regulados pela legislação nacional do país em que se deseja proteger³²⁸.

countries, and now appears to have retreated from its supportive posture.” (ABBOTT, 2009a, p.47).

³²⁵ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Consultas Conjuntas do Brasil e da Índia com a União Europeia**. Nota à imprensa nº 438. 8 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/consultas-conjuntas-do-brasil-e-da-india-com-a-uniao-europeia/?searchterm=apreens%20de%20medicamentos>>. Acesso em: 5 jun 2011.

³²⁶ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Consultas Conjuntas do Brasil e da Índia com a União Europeia**. Nota à imprensa nº 579. 15 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/consultas-conjuntas-do-brasil-e-da-india-com-a-uniao-europeia-sobre-apreensao-de-medicamentos-genericos-em-transito/print-nota>>. Acesso em: 5 jun 2011.

³²⁷ No mesmo sentido: SEUBA, 2009.

³²⁸ Ressalta-se, no entanto, que: “Regarding patents, which are the most explicitly territorial among the categories of intellectual property, this basic rule knows some limited exceptions. Both the Paris Convention and the TRIPS recognize extra-territorial effects of patent rights in relation to the importation of products made by a patented process, importation that patent holders may impede pursuant to Paris Convention article 5 and TRIPS article 28.1.b). [...] None of the exceptions to the territoriality principle, and none of the current legal responses to

O princípio da territorialidade decorre da natureza concorrencial da propriedade intelectual, pois cada país deve ser soberano para eleger o que considera passível de ser objeto de exclusividade por apenas uma pessoa em detrimento do uso livre por todos. Neste sentido, Dário Moura Vicente coloca que:

Ora, a constituição de exclusivos de utilização de bens intelectuais envolve a imposição de restrições à concorrência entre agentes econômicos e à liberdade de acesso do público a esses bens, bem como, não raro, à própria criação de novos bens intelectuais a partir dos já existentes. Eis por que, normalmente, tais exclusivos apenas são concedidos pela ordem jurídica de cada país se e na medida em que isso se revele, na ótica dela, socialmente útil – v.g. porque essa é a forma mais adequada de estimular a criação intelectual ou a inovação, de promover a diferenciação dos bens e serviços disponíveis no mercado ou de assegurar o correto funcionamento deste.³²⁹

No mesmo sentido do princípio da territorialidade existe também, em relação às patentes, o princípio da independência, presente no artigo 4bis.1, da Convenção de Paris: “As patentes requeridas nos diferentes países da União por nacionais de países da União serão independentes das patentes obtidas para a mesma invenção nos outros países, membros ou não da União”. Este artigo reconhece a liberdade de cada país, em decorrência da sua soberania, em estabelecer e aplicar suas próprias regras sobre patentes.³³⁰ Xavier Seuba explica que por reconhecer tal

problems posed by network inventions that also circumvent the territoriality principle, are applicable to the seizures case. Generics in transit were neither the product of a patented process nor were they intended to be entered into the European market.” *Ibid.*, p. 13. Outros casos sobre interpretação de extraterritorialidade de patentes pode ser encontrado em: ABBOTT, 2009a.

³²⁹ VICENTE, 2008, p. 15. No mesmo sentido ver: MARQUES, 2009-2010.

³³⁰ “The principle is framed in terms of protecting national institutions and decision-making against intrusive determinations by foreign authorities. The principle of independence of patents preserves the sovereign authority of states to adopt and implement patent protections as they consider appropriate, within the framework of a general set of rules. Each member of the Paris Convention decides whether to grant or deny patent protection, and that determination is not dependent on decisions of foreign courts or administrative bodies. The principle of

liberdade e independência é que o Acordo TRIPS estabelece a possibilidade de adoção de padrões mais elevados de proteção nos países, pois, “na verdade, implica que o direito de propriedade intelectual não pode ter, em princípio, efeitos extra-territoriais, e que cada Estado é responsável pelo nível de proteção que concede”.³³¹

É certo ainda que as leis do país que confere o direito de exclusivo, de acordo com a *lex loci protectionis*, deve ser o mesmo que rege sua observância.³³² Por isso, é necessário, como expõe João Paulo Remédio Marques, uma “conexão territorial mínima” para que as normas de um Estado sejam aplicáveis a um concreto direito de propriedade intelectual³³³. Para tanto, ainda segundo Marques, não é “suficiente constatar a mera presença (v.g., armazenamento) ou a posse de uma mercadoria (maxime, um fármaco) nesse Estado”, pois desta forma não há conexão suficiente ou mínima que legitime a aplicação da lei do Estado de uma mercadoria em trânsito:

O *mero trânsito* dos produtos por esse Estado não deve assim constituir uma *conexão suficiente*, ainda quando o Estado do trânsito for um Estado-Membro da União Européia e os produtos sejam *provenientes* de um Estado não-membro de origem e o Estado do *destino* for um Estado não-membro desta União Européia. A *conexão suficiente* entre o fato não autorizado e a *lex loci*

“independence” is corollary to the “act of state doctrine” in international law pursuant to which the courts in one country do not sit in judgment on the acts of foreign governments taken within their own territory based on considerations of comity and restraint.” ABBOTT, 2009a.

³³¹ SEUBA, 2009, p. 13, tradução nossa: ([...]in fact, implies that intellectual property law may not have, on principle, extra-territorial effects, and that each State is responsible for the level of protection it grants.)

³³² “Owing to the principle of territoriality of IP protection, the determination of the territorial scope of protection of the IP right is a precondition for the exercise of any claims in multistate infringement cases.” RUSE-KHAN; JAEGER, 2009. p. 516. No mesmo sentido: “The existence and scope of protection therefore depends on the domestic law and is in general limited to the domestic territory. Under that traditional construction of territoriality, the law of the country of protection also governs the validity of the IP right, the definition of infringements and the claims resulting from infringements. As part of the national definition of the concept of infringement, the question of whether there is jurisdiction over goods in transit is therefore also principally determined by national law.” JAEGER; RUSE – KHAN; DREXL; HILTY, 2010.

³³³ MARQUES, op. cit.

protectionis há-de ser assim uma conexão que eleja elementos de conexão cuja relevância seja dada pelos *prejuízos reais* ou *potenciais* que a prática não autorizada do ato possa causar ao titular nesse território.³³⁴

No caso das medidas em trânsito não há que se falar em lesão às vantagens competitivas do titular do direito, em nenhum momento a mera presença afeta o direito de exclusividade do titular daquele país. O direito do país em que a mercadoria se encontra em trânsito só teria razão em ser aplicada no caso em que houvesse algum ato de exploração propriamente dito, como a exploração econômica naquele território³³⁵. Uma mercadoria em trânsito constitui mero ato preparatório para uma possível infração de um direito, mas não constitui em si uma infração.³³⁶

O caso acima pode ser comparado à questão da importação paralela, fundamentada na exaustão de direitos (artigo 6, Acordo TRIPS), no qual uma vez que o produto protegido por um direito de propriedade intelectual é colocado no mercado por seu titular é possível que outro país o importe. De acordo com o artigo 3.1, do Regulamento nº 1383/2003, tais medidas de fronteira não são aplicáveis às importações paralelas. Assim, se é possível este tipo de atividade no qual o titular no país de exportação e importação possui proteção, não há razão para não permitir o trânsito de uma mercadoria de um país para outro no qual proteção alguma existe.³³⁷

³³⁴ Ibid.

³³⁵ “[...]a conexão suficiente entre o Estado da protecção e a alegada violação existe sempre que sejam praticados actos de exploração do direito de propriedade intelectual *em sentido económico*, desligados do *sentido jurídico* que a estes pode ser associado. Assim, à luz desta concepção económica, haverá um *acto de introdução no comércio* no Estado para que se pede protecção (*in casu*, o Estado-Membro do trânsito) sempre que a *efectiva transmissão do poder de disposição sobre os bens* tenha sido esse Estado, através de um qualquer acto que permita exercer *poderes de facto* sobre esses bens ou a sua utilização nesse mesmo Estado. *Introduzir no mercado* significa, destarte, a *transferência física* do controlo ou do *domínio* de um produto de uma pessoa para outra.” MARQUES, op. cit. Em sentido semelhante: SEUBA, op. cit.

³³⁶ RUSE-KHAN; JAEGER, op. cit. Ver também: JAEGER; RUSE – KHAN; DREXL; HILTY, op. cit.

³³⁷ MARQUES, op. cit. SEUBA, op. cit., p. 6: “ECJ jurisprudence is helpful in this point. In *Class International BV v Unilever NV and others*, the ECJ determined that external transit of parallel imported products did not breach right-holder trademark rights. Being this the case -as also a *contrario sensu* demonstrates, some scholars pledges to extend the regulation to allow the seizure of parallel imported products from outside the Community, an intriguing question must be raised, that of understanding why parallel imported products (by definition, patent

Ainda em relação às medidas em trânsito, é possível argumentar que, de acordo com o artigo 52, para que o titular de um direito “inicie os procedimentos previstos no art. 51 terá de fornecer provas adequadas para satisfazer as autoridades competentes, de acordo com a legislação do país de importação” (grifo nosso). Desta forma, o Regulamento n.º 1383/2003 seria contrário ao referido artigo, pois as medidas de fronteira devem ser tomadas de acordo com a legislação do país de importação, destino final onde a mercadoria será comercializada. É só então nesse momento que poderá ser analisada se a medida infringe ou não o direito de um titular de direitos de propriedade intelectual de acordo com o que não é permitido no país que concede o direito.³³⁸

Em decorrência do princípio da territorialidade pode-se dizer, por fim, que é legítimo a intervenção das autoridades aduaneiras em mercadorias em trânsito, nos termos do Regulamento (CE) n.º 1383/2003, se houver no país em trânsito atos de exploração comercial aos quais o titular possui proteção³³⁹ ou se houver uma ameaça manifesta de que o mesmo será desviado fraudulentamente ao mercado da União Europeia³⁴⁰.

Além do Acordo TRIPS, é possível identificar alguns dispositivos do GATT sobre liberdade de trânsito que são úteis para a questão das medidas de fronteira em trânsito, que serão abordados no subtópico a seguir.

5.2.2 Liberdade de trânsito

protected in importing and exporting countries) which are in transit in the EC customs escape from the Regulation's scope while, on the other hand, products that are neither patented in the exporting nor importing countries but effectively patented in the EC can be seized while in transit in Europe.”

³³⁸ “In any case, and regarding the proper meaning of TRIPS article 52, it can be sustained either that only the law of the final destination State is the relevant one, or Consequently, national regulations and practice that follow EC Regulation 1383/2003 would also be against TRIPS article 52. that the TRIPS Agreement is unclear on this matter, a vagueness that makes it worth asking for clarification through the WTO Dispute Settlement Understanding (DSU)”. SEUBA, op. cit., p. 11.

³³⁹ MARQUES, op. cit.

³⁴⁰ . E considera-se que nestes casos “The burden of proof that the likelihood of an IP right's infringement in the country of transit is more than just theoretical is rightly placed on the rightholder”. RUSE-KHAN; JAEGER, op. cit., p. 517.

Dentre os argumentos utilizados contra a legislação europeia que prevê a possibilidade de suspensão de mercadorias em trânsito encontra-se o princípio da liberdade de trânsito, estabelecida no artigo V, do GATT³⁴¹. Também é relevante neste aspecto o artigo XX, que prevê exceções gerais ao GATT, especificamente a subseção (d), que trata do princípio da proporcionalidade quanto às restrições de circulação de mercadorias pelas autoridades alfandegárias³⁴².

Tanto os dispositivos do GATT quanto do Acordo TRIPS possuem como objetivo evitar que as aplicações dos direitos de propriedade intelectual se tornem barreiras ao comércio legítimo. As medidas de fronteira encontradas no Acordo TRIPS podem inclusive ser consideradas como uma implementação do próprio GATT, visto que no preâmbulo do Acordo TRIPS se reconhece a necessidade de novas regras e disciplinas relativas à aplicabilidade dos princípios básicos do GATT 1994. Desta forma, é perfeitamente cabível analisar as medidas de fronteira de mercadorias em trânsito à luz dos princípios do GATT.³⁴³

O artigo V.1 considera que mercadorias encontram-se em trânsito através do território de uma Parte Contratante, quando a passagem através desse território, quer se efetue ou não com baldeação, armazenagem, ruptura de carga ou mudança na forma de transporte, não constitua senão uma fração de uma viagem completa, iniciada e terminada fora das fronteiras da Parte Contratante em cujo território se efetua.

³⁴¹ “This fundamental principle has been so widely and consistently implemented that there has been virtually no controversy about it in the history of the GATT/WTO, despite the fact that goods are constantly moving in transit through its Members. It is simply a “given” in international trade law that the customs authorities of a country do not seize or detain goods passing through their ports and airports en route to foreign destinations without a good reason.” ABBOTT, op. cit., p. 45.

³⁴² MARQUES, op. cit.

³⁴³ SEUBA, op. cit., p. 7. “A possible answer may be found in the *lex specialis* principle, which establishes that if a matter is being regulated by a general norm as well as a more specific rule, then the latter should take precedence over the former. *Lex specialis* does not only apply in the case of conflict of treaties, but also as a general rule of interpretation. In the case of the relationship between the TRIPS and the GATT, the TRIPS, as a more specific set of rules to apply to goods protected by intellectual property rights could, on the one hand, be read against the background of the general standards set forth in the GATT, and on the other hand be understood as a specification of the GATT principles.”

Já o fundamento do princípio da liberdade de trânsito encontra-se expresso no artigo v.2:

Haverá liberdade de trânsito através do território das Partes Contratantes para o tráfego em trânsito com destino a ou de procedência de territórios de outras Partes Contratantes pelas rotas mais cômodas para o trânsito internacional. Nenhuma distinção será baseada no pavilhão dos navios ou barcos, no lugar de origem, no ponto partida, de entrada, de saída ou destino ou sobre considerações relativas à propriedade das mercadorias, dos navios, barcos ou outros meios de transporte.

Este princípio foi interpretado a primeira vez pela OMC³⁴⁴ em abril de 2009, no *panel Colombia – Indicative prices and restrictions on ports of entry*³⁴⁵. Sobre o alcance do conceito de tráfego em trânsito no Artigo V.2 o panel remete ao conceito do artigo V.1³⁴⁶, em seguida o *panel* menciona alguns fatos históricos³⁴⁷ relevantes que levaram ao desenvolvimento deste artigo e concluem:

Na opinião do panel, a definição de "tráfego em trânsito", previsto no Artigo V:1 parece suficientemente claro. Quando aplicado ao artigo V:2, "liberdade de trânsito" deve pois ser alargado a todo o tráfego em trânsito quando da passagem das mercadorias pelo território de um Membro é apenas uma parte de uma viagem completa, começando e terminando além da fronteira da Membro em cujo território passa o tráfego. A

³⁴⁴ Ibid.; MARQUES op. cit.

³⁴⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. **Colombia – Indicative prices and restrictions on ports of entry**. WT/DS366/R. 2009. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds366_e.htm>. Acesso em: 6 jun 2011.

³⁴⁶ “The Panel recalls that both parties have referred to Article V:1 to inform the scope of the obligations under Article V:2.” Ibid.

³⁴⁷ Mais sobre este aspecto pode ser encontrado em: NEUFELD, Nora; WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). **Article V of the GATT 1994: scope and application**. 200?. Disponível em: <<http://r0.unctad.org/ttl/ppt-2004-11-24/wto.pdf>>. Acesso em: 5 jun 2011.

liberdade de trânsito deve ainda ser garantida com ou sem transbordo, armazenagem, parcelamento de carga ou mudança no modo de transporte.³⁴⁸

O GATT, no artigo XX, permite também algumas exceções, desde que se verifiquem algumas condições específicas: é possível que qualquer Parte Contratante adote medidas necessárias a assegurar a aplicação das leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições do GATT. Dentre elas, por exemplo, encontram-se as leis e os regulamentos que dizem respeito à aplicação de medidas alfandegárias, salvo se não forem aplicadas de forma a constituir meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, ou configure restrição disfarçada ao comércio internacional.

Evidencia-se que as medidas de fronteira em mercadorias em trânsito, nos termos do Regulamento nº 1383/2003, ferem o princípio da liberdade de trânsito prevista no artigo V do GATT – que pode ser considerado uma das bases para facilitação do comércio –, bem como as condições impostas pelo artigo XX sobre restrição ao comércio internacional.

De acordo com João Paulo Remédio Marques deve-se lembrar ainda que as legislações dos países da União Europeia estão também submetidas aos princípios e liberdades fundamentais deste bloco, dentre os quais destaca o princípio da livre circulação de produtos presente no artigo 28º, do Tratado da União Europeia.³⁴⁹

5.2.3 Acordo TRIPS, saúde pública e medicamentos

Além das questões apontadas acima, as apreensões de medicamento realizadas pelos países da União Europeia tocam no delicado tema da propriedade intelectual e saúde pública.³⁵⁰ Destaca-se

³⁴⁸ WORLD TRADE ORGANIZATION, op. cit., tradução nossa: (In the Panel's view, the definition of "traffic in transit" provided in Article V:1 seems sufficiently clear on its face. When applied to Article V:2, "freedom of transit" must thus be extended to all traffic in transit when the goods' passage across the territory of a Member is a only a portion of a complete journey beginning and terminating beyond the frontier of the Member across whose territory the traffic passes. Freedom of transit must additionally be guaranteed with or without trans-shipment, warehousing, breaking bulk, or change in the mode of transport.)

³⁴⁹ MARQUES, 2009-2010.

³⁵⁰ Ibid.; RUSE-KHAN; JAEGER, 2009; SEUBA, 2009.

sobre o assunto a Declaração Sobre o Acordo de TRIPS e Saúde Pública (*Declaration on the TRIPS agreement and public health*), produzido durante a IV Conferência Ministerial da OMC, em Doha, Catar.

Com a Declaração de Doha, a efetivação da saúde pública passou a ser um dos propósitos do Acordo TRIPS, diante da afirmação de que o Acordo pode e deve ser interpretado e implementado de maneira a fortalecer os direitos dos Membros da OMC de ampará-la e, em particular, promover acesso a medicamentos para todos. Inclusive, o parágrafo 4 da Declaração, deve nortear a interpretação dos dispositivos do Acordo TRIPS a ser utilizada nos painéis e no Órgão de Apelação quando estão envolvidas matérias de saúde pública³⁵¹. Assim, as decisões, quando ocorrer múltipla interpretação de um dispositivo, devem ser dadas no sentido de apoiar o direito dos Membros da OMC de proteger a saúde pública, incluindo esforços para a consecução do acesso a todos aos medicamentos.

Desta forma, pode-se dizer que as apreensões dos medicamentos são contrárias à Declaração de Doha. Recordando que, de acordo com o Tratado de Viena sobre a interpretação dos tratados, será levado em consideração, juntamente com o contexto, qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; e qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação.³⁵²

No mesmo sentido da Declaração acima se encontra a Decisão do Conselho Geral de 2003 sobre a Implementação do Parágrafo 6 da Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública, elaborada para aperfeiçoar o acesso a drogas genéricas aos países sem capacidade suficiente de produzir medicamentos licenciados compulsoriamente, através da importação dos mesmos. O Regulamento 1383/2003 da

³⁵¹ CORREA, Carlos. **Implications of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health**. Health Economics and Drugs EDM Series No. 12 Geneva: World Health Organization, 2002. Disponível em: <http://www.who.int/medicines/areas/policy/WHO_EDM_PAR_2002.3.pdf>. Acesso em: 6 jun 2011.

³⁵² “The Doha Declaration has this status, at least, and its command to interpret the TRIPS in a manner supportive of WTO members’ right to protect public health could be decisive in the panel’s ruling on the hypothetical seizures case.” SEUBA, 2009, p. 18. JAEGER; RUSE – KHAN; DREXL; HILTY, 2010.

União Europeia poderia causar problemas no que diz respeito à implementação desta decisão, pois

O sistema consagrado depende de licenciamento cruzado de produtos patenteados, tanto em países exportadores e importadores. O fato de que nada é dito sobre os países de trânsito, poderia - em princípio, e sob a lei da CE - permitir que os titulares bloqueem bens licenciados compulsoriamente em tais países de trânsito.³⁵³

Outro ponto relevante no caso das apreensões de medicamentos é a confusão que a União Europeia, e diversos instrumentos internacionais, fazem em relação aos conceitos de medicamento contrafeito e medicamento genérico, que prejudica as políticas públicas de saúde, inclusive a respeito da aplicação de medidas em trânsito.

Contrafação de medicamento é equivocadamente tida como infração a qualquer direito de propriedade intelectual³⁵⁴ ou/e a questões relativas a qualidade e segurança dos mesmo. Porém, como abordado no segundocapítulo, contrafação é o uso não autorizado de uma marca registrada, consistindo em uma das características dos medicamentos falsos³⁵⁵.

³⁵³ SEUBA, op. cit., p. 18, tradução nossa: (The system enshrined depends on cross-licensing patented products both in exporting and importing countries. The fact that nothing is said regarding transit countries could -in principle and under the EC law- allow title holders to block compulsory licensed goods in such transit countries.)

³⁵⁴ “Patent infringement and drug counterfeiting are completely different acts and involve different legal concepts. In order to infringe a patent, the infringer must infringe on each and every claim of the patent. The producer of a “patent infringing” drug should be producing the same thing as the patent holder or its licensee. Otherwise, there is no infringement. When a patent holder such as Merck alleges that Dr Reddy’s is infringing its losartan patent, it is alleging that Dr Reddy’s is producing the same drug as the one on which Merck holds its patent, but without its consent. Merck is not alleging that there is a risk to the public from a different or inferior product. The classic “generic” pharmaceutical product is the same as the originator “patented” product, produced by a third party, in a situation in which the patent does not apply.” ABBOTT, 2009a, p. 48.

³⁵⁵ DE FARIA, Janaína Elisa Patti. **Apreensões de medicamentos genéricos em portos europeus e a agenda anticontrafação:** implicações para o acesso a medicamentos. Rio de Janeiro : ABIA, 2011. Disponível em: <<http://www.deolhonaspentes.org.br/media/file/Publica%C3%A7%C3%B5es/Poli%CC%81ticas%20Pu%CC%81blicas%209%20%28site%29.pdf>>. Acesso em: 2 jun 2011. A autora explica que: “A principal característica dos medicamentos falsos é que eles apresentam conteúdo falsificado, ingredientes tóxicos ou quantidades erradas dos ingredientes,

Nota-se que medicamento contrafeito relaciona-se com o tema da propriedade intelectual e nada tem haver com riscos à saúde, e o medicamento falsificado³⁵⁶, que pode incluir infração aos direitos de propriedade intelectual ou não³⁵⁷, está muito mais relacionado à questão de eficácia, segurança e qualidade, e por isso deve ser combatido. Todavia, questiona-se se o combate a medicamentos que causam prejuízo à saúde deve ser realizado pela implementação de regimes mais rigorosos de propriedade intelectual³⁵⁸.

Da mesma forma, medicamento genérico não pode ser confundido com contrafação e falsificação:

No que se refere a *medicamento genérico*, tampouco há uma definição universal. Em alguns países, os medicamentos genéricos são definidos apenas como aqueles comercializados sob o nome oficial da substância farmacológica, a Denominação Comum Internacional (DCI). Nesses países não há a exigência de que o me-

sendo extremamente nocivos à saúde. Tanto os medicamentos de referência como os genéricos podem ser alvos de falsificação. Produzidos com propósitos criminosos, os medicamentos falsificados são identificados de forma deliberadamente errônea e de maneira fraudulenta, dando uma representação falsa sobre a identidade e/ou origem para que as pessoas pensem que são medicamentos legítimos.” p. 18.

³⁵⁶ Medicamento falsificado pode ser conceituado como “Medicamento produzido de forma deliberadamente fraudulenta, com conteúdo indeterminado. Há a utilização ilegal de logotipos, marcas, formatos e cores para dar a falsa representação de um medicamento legítimo”. Bem próximo a este conceito, mas sem com ele se confundir, é o de medicamento de baixa qualidade: “Medicamento autêntico produzido legitimamente, mas que não atende satisfatoriamente aos padrões de qualidade.” Dentre as diferenças entre as duas espécies é que enquanto na segunda pode haver infração a direitos de propriedade intelectual, principalmente quanto a marca, na segunda nenhum direito de propriedade intelectual é infringido. *Ibid.*, p. 20.

³⁵⁷ Carlos Correa coloca dados interessantes: “[...] en la abrumadora mayoría de los casos de falsificación de medicamentos, no hay “copia” de un producto original. Los principales DPI afectados por la falsificación son las marcas de fábrica o de comercio y los nombres comerciales. En la mayoría de los casos, las patentes que protegen principios activos o formulaciones en particular no son objeto de infracciones, dado que, salvo en raras excepciones, los productos falsificados no reproducen los originales.” CORREA, 2009b, p. 192.

³⁵⁸ Como afirma Janaína Elisa Patti de Faria. “[...] DPIs – sejam os direitos de marca ou patentes – não garantem a eficácia, segurança e qualidade de medicamento. O direito de marca, como vimos, protege, *grosso modo*, os símbolos e palavras que constituem a marca da empresa proprietária do direito. A patente garante a seu titular o direito de monopólio de exploração do produto ou processo por um período mínimo de 20 anos.” DE FARIA, *op. cit.*, p. 19.

dicamento tenha a mesma concentração e forma farmacêutica que o medicamento de referência, nem a comprovação de bioequivalência para a concessão do registro sanitário. Isso não significa, porém, que esses medicamentos não são de qualidade.³⁵⁹

A União Europeia, em defesa de suas medidas, utiliza o argumento de que elas visam à defesa da saúde pública³⁶⁰, como é possível identificar no preâmbulo do Regulamento 1383/2003:

A comercialização de mercadorias de contrafação, de mercadorias-pirata e, de um modo geral, de quaisquer mercadorias que violem direitos de propriedade intelectual, prejudica consideravelmente os fabricantes e comerciantes que respeitam a lei, bem como os titulares de direitos, e engana os consumidores fazendo-os por vezes correr riscos para a sua saúde e segurança. (grifos nossos)

Porém, como já exposto, observa-se que no caso dos medicamentos nem todo problema que estes podem trazer a saúde são relacionados a infrações à propriedade intelectual, pois este não garante que os medicamentos serão de qualidade.³⁶¹

³⁵⁹ Ibid., p. 17.

³⁶⁰ Xavier Seuba faz citação interessante neste aspecto da Carta dirigida por Catherine Ashton, Comissária Europeia de Comércio, e László Kovács, Comissário pela Taxation and Customs Union, a Médicos Sem Fronteiras, em 2009, sobre o posicionamento da União Europeia de que estariam protegendo a saúde de países em desenvolvimento: “In fact, European authorities have said that ‘Especially in the case of counterfeit medicines, which is a problem that mainly concerns developing countries, the EU considers it a duty to also prevent –to the extent possible- any adverse effects trade in such products could have in vulnerable populations in their countries’”.

³⁶¹ CORREA, op. cit. No mesmo sentido SEUBA, 2009, p. 24: “That is, ‘medicines that do not conform to the pharmaceutical standards set for them’. It is, therefore, a public health problem that has a limited relationship with trademark law and a very marginal relationship with patent law. This last should come by no means as a surprise. As it has been demonstrated elsewhere, only 1 percent of “counterfeits” are exact copies of original products and could, in consequence, and assuming that the original product was patented, imply a patent infringement. The rest of cases involve trademark violations and, much more importantly, quality shortcomings. This is reason why it must be stressed that originator companies and some developed countries have misplaced intellectual property at the center of the debate.”

Assim, acredita-se que o combate aos medicamentos falsificados deve ser feito por outros meios que não as medidas de propriedade intelectual, que servem para proteger o direito privado dos titulares. O combate aos medicamentos falsificados perpassa, sobretudo, pela criação e uso eficiente de regulamentações sobre medicamentos, que garantam sua qualidade, segurança e eficácia.³⁶²

5.3 MEDIDAS DE FRONTEIRA TRIPS-PLUS E DESENVOLVIMENTO

O surgimento no âmbito internacional de novas medidas de fronteira que excedem as dispostas no Acordo TRIPS merece ainda análise sob o ponto de vista da questão do desenvolvimento. Diversas preocupações para os países em desenvolvimento surgem a partir deste fato, atreladas, principalmente, à manutenção do equilíbrio entre interesse público e privado³⁶³ que é mantido pelo Acordo TRIPS por meio de seus princípios e objetivos.

Duas formas de equilíbrio do sistema de propriedade intelectual devem ser consideradas. A primeira é a existente entre direitos privados e incentivos à criação e acesso de terceiros aos frutos da criação de forma a maximizar o seu valor social. Porém, este equilíbrio pode variar de país para país, atingindo o aspecto internacional da proteção da propriedade intelectual. Isto leva ao segundo equilíbrio, que é entre as normas internacionais e a autonomia nacional necessária para legislar de forma a manter o equilíbrio adequado para cada país.³⁶⁴

As medidas de fronteira TRIPS-plus previstas são preocupantes do ponto de vista de manutenção desse equilíbrio, pois não deixa espaço para os países em desenvolvimento determinarem suas normas sobre a matéria, de forma a manter as flexibilidades necessárias para o próprio desenvolvimento.

³⁶² CORREA, op. cit.; OXFAM. Medicine regulation – not IP enforcement – can best deliver quality medicines. **Oxfam Briefing Paper 143**. 2011b. Disponível: <<http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/eye-on-the-ball-medicine-regulation-020211-summ-en.pdf>>. Acesso em: 7 jun 2011.

³⁶³ “First, intellectual property is simultaneously a form of public regulation and a type of private right; and regardless of whether the label ‘right’ or ‘regulation’ is the more apt to apply to the privatization of knowledge is indisputably an input to the generation of more knowledge” CHON, 2007, p. 482.

³⁶⁴ KUR; RUSE – KHAN, 2008.

O momento após o Acordo TRIPS é marcado pela busca de reforço e harmonização internacionais, principalmente por iniciativa dos Estados Unidos, da União Europeia e do Japão, no que diz respeito às diversas formas dos países fazerem valer direitos de propriedade intelectual³⁶⁵. Apesar de largamente relacionado ao combate à contrafação e pirataria, as medidas de fronteira, por serem medidas de observância, devem ir além, contribuindo também para que haja um sistema de propriedade intelectual balanceado, apoiado por:

(1) leis substantivas salvaguardando os legítimos interesses de terceiros e do público em geral, proporcionando adequadas limitações e exceções aos direitos conferidos pela propriedade intelectual, e regulação das práticas anti-concorrenciais; e (2) as regras processuais que sejam justas e equitativas para todas as partes.³⁶⁶

Desta forma, o debate sobre observância dos direitos de propriedade intelectual deve assumir a intenção de mantê-lo equilibrado, de modo que os custos não sejam maiores que os benefícios que se busca atingir. Contudo, as tendências atuais sobre a matéria demonstram um desequilíbrio entre o interesse público e os titulares de direitos, constituindo desafio para os países em desenvolvimento conseguirem manter uma política de propriedade intelectual apropriada a sua condição de desenvolvimento. As discussões internacionais sobre observância acabam por se limitar a uma visão simplista do tema, sem deterem-se nas conseqüências que estas medidas podem ter em países diferentes.

Este desequilíbrio é marcado principalmente pela crescente atribuição da responsabilidade dessas normas aos governos, o que significa a alocação de recursos públicos para cobrir tal segmento. Porém, salienta-se que estas normas são conferidas a particulares que

³⁶⁵ BIADGLEN, Ermias Tekeste; TELLEZ, Viviana Munoz. **The changing structure and governance of intellectual property enforcement**. 2008. Disponível em: <<http://www.southcentre.org>>. Acesso em: 02 jul. 2008.

³⁶⁶ BIADGLEN, Ermias Tekeste; TELLEZ, Viviana Munoz, 2008, p. 3, tradução nossa ((1) substantive laws safeguarding the legitimate interest of third parties and the public at large, providing adequate limitations on and exceptions to rights conferred by intellectual property, and regulating anti-competitive practices; and (2) procedural rules that are equitable and fair to all parties.).

possuem a obrigação primária de conduzi-las, tanto tomando as devidas iniciativas, quanto bancando seus custos, enquanto que ao Estado cabe apenas assistir aos titulares de direitos³⁶⁷. Desta forma, a decisão sobre que medidas e procedimentos devem ser disponibilizados e utilizados na legislação nacional “é relacionada com a determinação de até que ponto o Estado deve estar envolvido na observância dos direitos de propriedade intelectual e se ele tem a capacidade de fazê-lo”.³⁶⁸

Destaca-se que as regras de observância não fogem à perspectiva econômica da propriedade intelectual de maximização do bem-estar social já abordada neste trabalho.³⁶⁹ Por isso, os países em desenvolvimento devem refletir sobre o quanto desejam gastar no combate à contrafação e à pirataria, tendo em vista outras áreas ligadas à visão apresentada de desenvolvimento como liberdade, na qual deve-se zelar pelas liberdades substantivas das pessoas.

Carsten Fink, considerando a necessidade de participação do Estado nas ações de combate às infrações de propriedade intelectual, realiza interessante análise do fenômeno e propõe algumas sugestões aos tomadores de decisão, principalmente dos países em desenvolvimento, que precisam alocar escassos recursos para observância dos direitos de propriedade intelectual. O autor parte da análise econômica e coloca que os diferentes tipos de infrações à propriedade intelectual possuem efeitos diferentes sob o bem-estar dos consumidores, dos produtores e da economia em geral, dependendo das falhas de mercado subjacente e das características do mercado. Além disso, considera que as políticas

³⁶⁷ Tal assistência consiste em, por exemplo: “For companies to pursue and receive compensations for IPRs infringement acts, they need the assistance of courts. In addition, certain forms of IPRs violations—such as commercialscale copyright piracy—are considered criminal activities and the prosecution of such violations is the direct responsibility of governments.” FINK, 2009b, p. 15.

³⁶⁸ BIADGLEN; TELLEZ, 2008, p. 4, tradução nossa ([...]relates to determining at what point the state should be involved in the enforcement of intellectual property rights and whether it has the capacity to do so.). Neste mesmo sentido: “Given that governments play an important role in ensuring the enforcement of these private rights, the debate is rather about how to achieve an appropriate balance between private rights and public interest in setting and implementing IPRs enforcement standards and in allocating resources for IPRs enforcement in the face of other competing, and more immediate, public policy priorities, particularly in developing countries”. INTERNATIONAL CENTRE FOR TRADE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT (ICTSD). **The global debate on the enforcement of intellectual property rights and developing countries**. Programme on IPRs and Sustainable Development, Issue Paper No.22, Geneva, Switzerland, 2009b. p. ix-x.

³⁶⁹ Sobre este aspecto ver: FINK, 2009b.

de observância, para serem eficazes, devem levar em conta o que faz com que produtores e consumidores infringam estes direitos.³⁷⁰

Das análises, quatro recomendações podem ser extraídas para os países em desenvolvimento:

(i) A primeira sugere que os governos deveriam focar as políticas de observância nos casos de infrações de marcas enganosas, especialmente aquelas que criam riscos para a saúde e segurança. Considera ainda que os esforços devem ser realizados contra produtores, especialmente os ligados ao crime organizado, ao invés de pequenos distribuidores de mercadorias ilícitas.³⁷¹

(ii) Os países em desenvolvimento devem ater-se ao fato de que a maioria dos titulares de direitos de propriedade intelectual advém dos países desenvolvidos, cuja consequência é um ganho de bem-estar limitado aos nacionais dos primeiros, com alto custo orçamentário. Os verdadeiros beneficiados por normas de observância mais robustas são as empresas dos países desenvolvidos. Assim, como os países desenvolvidos também são os incentivadores de normas mais rígidas sobre a matéria, estes deveriam subsidiar estas atividades nos países em desenvolvimento.³⁷²

(iii) Outra alternativa seria que os custos de observância fossem suportados pelos titulares dos direitos, já que os benefícios diretos do combate à contrafação e à pirataria são voltados para estes. No caso de marcas e patentes poderia ser cobrado por meio de uma taxa especial sobre registro e renovação de títulos; e para direito autoral, cujos prejuízos causados pela pirataria se concentram em um número relativamente pequeno de indústrias, poderiam ser cobradas taxas fixas sobre as empresas que se beneficiam das medidas.³⁷³

(iv) aponta-se a necessidade de melhorar as deficiências institucionais dos países em desenvolvimento. Porém, os acordos comerciais e de assistência técnica não são claros quanto à estas obrigações. Considera-se também que, de acordo com a evidência histórica e as pesquisas contemporâneas, a mudança institucional só

³⁷⁰ Ibid.

³⁷¹ Ibid.

³⁷² Ibid.

³⁷³ Ibid.

ocorre gradualmente e é mais freqüentemente provocada pela evolução de baixo para cima, em vez de planejamento de cima para baixo.³⁷⁴

Tais visões muitas vezes escapam da análise sobre observância, diluída nos discursos dos prejuízos causados pela contrafação e pela pirataria. Observa-se, no entanto, que não há uma forma exata para calcular as perdas advindas de tais práticas, não constituindo também objetivo deste trabalho adentrar nesta seara. Porém, cabe salientar que os números apresentados, oriundos em grande maioria das próprias indústrias afetadas, são exagerados e baseados em metodologias duvidosas.³⁷⁵

Este fato acaba dando ensejo a repercussões pouco desejadas, como distorções sobre a concepção, causa e magnitude do problema, e orientando equivocadamente os governos na busca de soluções.³⁷⁶ Em consequência destas concepções errôneas os efeitos oriundos da infração a direitos de propriedade intelectual têm sido excessivos devido à ampliação de seus conceitos, assim como, pela falta de métodos confiáveis para medir as perdas advindas da contrafação e da pirataria, observa-se políticas de observância pautadas mais em suposições e estimativas exageradas. Tais políticas são acompanhadas pelo patrocínio, em grande escala, dos cofres públicos, que assumem a responsabilidade pela observância de direitos privados.³⁷⁷

³⁷⁴ Ibid.

³⁷⁵ “Although IP enforcement has been extensively discussed, commentators hardly provide a rational economic theory and sound legal analysis on this highly contentious global issue. Rather, the criticism from developed countries often oversimplifies the complicated issues by over-exaggerating a particular aspect of the counterfeit and piracy problem or by offering an abbreviated, easy-to-understand, yet somewhat misleading version of the story.” LI, Xuan. Ten general misconceptions about the enforcement of intellectual property rights. In; LI, Xuan; CORREA, Carlos M. **Intellectual property enforcements: international perspective**. UK-USA: Edward Elgar, 2009b. p. 14. No mesmo sentido: ROFFE, 2007.

³⁷⁶ Neste sentido, Xuan Li apresenta dez equívocos gerais, entre argumentos legais e econômicos, sobre observância dos direitos de propriedade intelectual que exemplificam as controvérsias que podem surgir do tema: “1 Counterfeiting and piracy includes patent infringement 2 Counterfeit medicine equates IP infringed medicine 3 IP infringement poses health threat 4 Magnitude of claimed IP infringement is enormous 5 Government should take the primary responsibility of enforcement 6 Government should bear the cost of IP enforcement 7 WTO Members are obliged to provide border procedures for all types and all forms of IPRs 8 WTO Members are bound to provide judicial system for IPR 9 Criminal procedures are obligatory to establish for IP-infringing products” p. 15. Ver em: LI, Xuan, 2009a.

³⁷⁷ Ibid.

Ainda em detrimento de falsas ideias acerca dos conceitos e responsabilidades sobre observância dos direitos de propriedade intelectual, acompanha-se o aumento de medidas de fronteira e medidas criminais muito além das normas estabelecidas pelo Acordo TRIPS. Ignora-se, portanto, a relação que existe entre estas regras, a necessidade de manter as flexibilidades existentes no referido Acordo e o desenvolvimento dos países.³⁷⁸

³⁷⁸ Ibid.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O combate a contrafação e a pirataria constam como objetivo das políticas dos países de todo o mundo. Países desenvolvidos e em desenvolvimento preocupam-se em garantir efetividade ao sistema de propriedade intelectual tanto por reconhecerem a importância econômica e social que fundamentam a existência destes direitos quanto em razão dos compromissos assumidos internacionalmente.

Se um Estado prevê a existência de exclusividade de um direito, que sem esta atribuição jurídica é de uso livre, deve também garantir meios de impor tais direitos perante terceiros. Neste sentido, as medidas de fronteira cumprem, por meio das alfândegas, tornarem efetiva tal exclusividade em transações comerciais internacionais.

A entrada, saída e permissão de circulação de bens, protegidos ou não por um direito de propriedade intelectual, procedentes de um país com destino a outro ocorre mediante atuação das autoridades aduaneiras. Assim, o uso da estrutura desta repartição governamental mostra-se um instrumento ágil e eficiente para reprimir infrações à propriedade intelectual antes de causarem prejuízos aos titulares, consumidores e Estado.

Porém, existem limites ao uso desta estrutura, tendo em vista a finalidade última da propriedade intelectual de garantir o interesse público, que se encontra presente na promoção do avanço da cultura e da tecnologia, no estímulo à concorrência, na maximização do bem-estar social e econômico.

Neste sentido, encontram-se também as preocupações que vem sendo discutidas internacionalmente sobre o desenvolvimento. A propriedade intelectual, neste panorama, passa a figurar como elemento indissociável ao tema do desenvolvimento, que não se limita ao crescimento econômico, assumindo uma perspectiva social.

Dentre as concepções sobre o desenvolvimento destaca-se o conceito de desenvolvimento como liberdade, elaborada pelo autor Amartya Sen. Esta entende o desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam.

A aplicação do desenvolvimento como liberdade na propriedade intelectual, bem como nas medidas de fronteira, possui o objetivo de complementar, ou até mesmo suplantar, a perspectiva de desenvolvimento como crescimento. Considerando não apenas o objetivo de inovar, transferir tecnologia, promover investimento estrangeiro direto, mas também interesses voltados a outros tipos de

bem-estar social, tais como educação, saúde, alimentação e moradia, que são essenciais para que as pessoas possam determinar o tipo de vida que desejam levar.

No contexto aplicado neste trabalho, isto significa buscar no sistema internacional da propriedade intelectual, caracterizado como um complexo de regime, o equilíbrio, que, mesmo de uma forma frágil ou questionável que decorre do seu histórico, pode ser encontrado no Acordo TRIPS.

O Acordo TRIPS possui elementos que decisivamente são importantes na construção da propriedade intelectual pela perspectiva do desenvolvimento como liberdade. Neste sentido, mostra-se a relevância de interpretar as normas do sistema internacional de propriedade intelectual por meio dos compromissos assumidos no preâmbulo, nos objetivos e princípios, os dois últimos dispostos respectivamente nos artigos 7º e 8º, do Acordo TRIPS.

A linguagem encontrada nestes artigos traz claramente o significado que deve ser dado às normas dispostas no Acordo, que inclusive reflete a história de sua negociação, no qual a busca pelo equilíbrio entre as diversas perspectivas de desenvolvimento são abrangidas.

Esta abordagem é possível tendo em vista também a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que estabelece, como regra geral de interpretação, que um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade, e para sua interpretação o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos.

Estas são as primeiras considerações que se deve ter em relação ao Acordo TRIPS. As demais reflexões sobre a importância do mesmo decorrem da visão geral que deu origem a esta pesquisa relativa às preocupações advindas da expansão das normas de observância dos direitos de propriedade intelectual, em especial as medidas de fronteira.

Assim, antes de tecer tais considerações é necessário retomar alguns pontos concernentes aos novos foros de discussão sobre propriedade intelectual e medidas de fronteira. Primeiramente, destaca-se que a mudança de foro é uma característica constante nas discussões destes direitos, como se verifica desde a formação do Acordo TRIPS, que foi negociado, assinado e implementado sob os auspícios da OMC, em detrimento da competência exclusiva sobre a matéria que até então era da OMPI.

Na conjuntura política internacional do período, marcada pelas pressões unilaterais dos Estados Unidos e da União Europeia, o advento do Acordo TRIPS significava estabelecer um foro multilateral para discutir propriedade intelectual, e cessar as práticas anteriores de imposição de normas. O Acordo TRIPS, apesar das dificuldades de sua implementação encontradas por vários países em desenvolvimento, caracterizou-se por um arcabouço de normas flexíveis e que preservava a autonomia dos Estados-membros.

Porém, o que se seguiu foi a continuidade destas políticas, com a multiplicação de foros e de regras TRIPS-plus diretamente relacionadas à observância dos direitos de propriedade intelectual, isto é, ligadas ao combate à contrafação e à pirataria, cujas conseqüências sobre o equilíbrio que deve existir neste sistema passa a ser objeto de preocupações.

Estes novos foros e regras surgem do entendimento por parte dos países desenvolvidos de que é necessário aumentar os padrões internacionais de proteção dos direitos de propriedade intelectual. Observa-se que tais normas já fazem parte das legislações internas destes países e que também já foram estabelecidas ou estão sendo negociadas por meio de acordos bilaterais e regionais entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento. Assim, estes dois últimos fatores já constituem nova base de regras TRIPS-plus para as negociações internacionais.

Como conseqüência da densidade institucional do tratamento internacional da propriedade intelectual surge o fenômeno do complexo de regime. No complexo de regime internacional da propriedade intelectual há uma sobreposição de instituições que regem o tema, trazendo para a discussão novos temas que a primeira vista não possuem conexão, além de novos atores e foros de aplicação da lei, destacando-se que não há hierarquia acordada para a resolução de conflitos entre normas.

Este complexo de regime provoca discussões nas mundaças que o próprio direito internacional sofre na sua formulação. Baseado em Kal Raustiala atina-se a questões relacionadas a dependência de caminho, ao *forum-shopping*, a inconsistência estratégica, e adiamento da resolução de conflitos para processos *a posteriori* da implementação e interpretação das regras.

Estas características do complexo de regime na propriedade intelectual trazem incoerência, inconsistência e fragmentação para o sistema. A formação dos regimes complexos demonstra as mudanças

ocorridas na formação do próprio direito internacional, o que fica exemplificado no quadro jurídico internacional da propriedade intelectual. Neste panorama, a propriedade intelectual não pode ser investigada sob apenas um marco legal formal, como o Acordo TRIPS ou os Acordos administrados pela OMPI. Há uma gama de novos atores e foros que fazem parte deste sistema complexo, com negociações que já iniciam carregadas por outras regras e interesses, nos quais o *forum-shopping*, a inconsistência de estratégias, e o desenvolvimento do regime ocorrem por meio de sua implementação, e não nas negociações formais onde são deliberadamente buscadas.

Neste quadro, as normas de medidas de fronteira tem se sobressaído pela quantidade e diversidade de novos foros em que é discutida e implementada, e pela rigidez do tratamento TRIPS-plus estabelecido para combater a infração a direitos de propriedade intelectual.

Dos novos foros, que possuem tanto medidas de *hard law* quanto de *soft law*, destacam-se dentre as instituições multilaterais, a Organização Mundial das Aduanas (OMA), a Organização Mundial de Saúde (OMS), a União Postal Universal (UPU), no âmbito bilateral, os acordos comerciais realizados pelos Estados Unidos e pela União Europeia, e as negociações do Anti-Counterfeiting Trade Agreement – ACTA.

É possível identificar todas as características de um complexo de regime nestes foros, bem como os efeitos apresentados acima sobre este regime. Primeiro há uma sobreposição de instituições para regular o tema, nos quais os temas discutidos na OMA (aduanas), OMS (saúde), UPU (serviços postais) e acordo comerciais não possuem vínculo direto com a propriedade intelectual. Novos atores, que não apenas os Estados, principal ator das relações internacionais, como lobbys e organizações não governamentais, passam a ter influência na discussão. E por fim, surgem novos foros de aplicação da lei, nos quais permanece o problema da hierarquia das normas e resolução de conflitos entre estas.

Das normas de medidas TRIPS-plus destacam-se a ampliação do rol de direitos de propriedade intelectual passíveis de suspensão, a suspensão de mercadorias destinadas à exportação e em trânsito, a suspensão *ex officio* pela autoridade aduaneira, a redução dos custos do titular e das evidências de que a mercadoria é pirateada ou contrafeita e a atribuição de mais competências para a autoridade aduaneira.

Não há nenhuma proibição legal quanto ao estabelecimento de normas TRIPS-plus, o que é possível concluir do artigo 1.1 do Acordo

TRIPS. A interpretação dada a este artigo difundiu o conceito de que o Acordo TRIPS é constituído apenas por padrões mínimos e que o “céu é o limite” para novos Acordos.

Porém, é necessário ir além deste entendimento, primeiramente levando em consideração que o preâmbulo e artigos 7º e 8º possuem papel primordial na construção de uma interpretação vetorial do Acordo, e que tais dispositivos são limites ao imporem uma leitura equilibrada do mesmo. Nesta perspectiva, medidas de fronteira com maiores níveis de proteção do que as encontradas em TRIPS tem se mostrado contrárias ao uso interpretativo e limites do preâmbulo, objetivos e princípios do Acordo TRIPS.

Além destes limites o Acordo TRIPS possui também padrões máximos, que decorre da leitura do próprio artigo 1.1 que ao mesmo tempo em que possibilita proteção mais ampla estabelece que tal proteção não pode contrariar as disposições do próprio Acordo. Assim, as medidas de fronteira TRIPS-plus devem levar em conta os padrões máximos relativos à observância dos direitos de propriedade intelectual (artigo 41) e às medidas de fronteira (artigos 51 a 60).

Esta compreensão exige uma reflexão sobre a compatibilidade das medidas de fronteira TRIPS-plus, que vem sendo adotadas e discutidas nos novos foros, com o próprio Acordo TRIPS. Exige-se que estas novas medidas sejam analisadas sob a perspectiva do equilíbrio entre interesse público e privado, avaliando os custos e benefícios de sua implementação, e levando em conta a necessidade de flexibilidade dos países em desenvolvimento.

O desequilíbrio que pode ser apontado nestas normas consiste em atribuir aos titulares de propriedade intelectual direitos abusivos, visto que diminui as suas obrigações em comparação ao aumento de obrigações que passam a ser exercidas pelos Estados que deverão custear e aplicar a maior parte destas novas medidas e da diminuição do direito de defesa dos que supostamente estariam infringindo direitos de propriedade intelectual.

Primeiramente, deve-se ter em conta que medidas de fronteira *ex officio* não são obrigatórias pelo Acordo TRIPS. Para os países em desenvolvimento a adoção deste tipo de medida não é recomendada, devendo tal flexibilidade ser mantida nos Acordos que assinam, deixando a existência de tais medidas como uma opção e excepcionalidade e não como obrigatoriedade e regra. As medidas de fronteira também devem levar em conta o nível de desenvolvimento dos

países, de acordo com suas necessidade e condições, para que os custos não sejam maiores que os benefícios.

Segundo, as medidas de fronteira em trânsito não devem ser adotadas em razão dos problemas ocasionados pela extraterritorialidade que provoca. Porém, caso sejam adotadas, devem ser reguladas com cautela para que a liberdade de trânsito seja garantida:

(i) A liberdade de trânsito deve ser observada em detrimento dos interesses do titular;

(ii) Medidas em trânsito devem observar a lei de origem e destino do bem, no caso de haver divergência com a lei do país de trânsito a situação deve ser resolvida pelo país de destino;

(iii) Para que haja suspensão da circulação do bem e aplicação de qualquer medida cautelar deve haver provas claras e indubitáveis sobre a infração;

(iv) A suspensão da circulação do bem e aplicação de qualquer medida cautelar só deve ocorrer caso haja ameaça fundamentada de que o bem será colocado neste mercado, com atos que indiquem exploração e não mero trânsito;

(v) O ônus da prova e custos em todos os casos deve ser do titular, beneficiário direto da medida;

(vi) Devem ser oferecidas salvaguardas contra o uso abusivo do titular, como casos claramente definidos

Em terceiro lugar, independente da situação, se por meio de medida *ex officio* ou não, se os bens estejam no momento da importação, exportação ou em trânsito, a atuação das autoridades aduaneiras na suspensão de mercadorias deve ser pautada em um nível máximo possível de certeza sobre infrações, visto que o equilíbrio deve pender mais para o livre fluxo de mercadoria. Assim, as autoridades aduaneiras devem atuar em casos que a infração possa ser detectada *prima facie*, de forma simples, rápida e eficiente, sem criar barreiras desmedidas ao comércio e sim sua facilitação.

Por este fato é que as medidas de fronteira deveriam ser limitadas a bens contrafeitos (infração a marca) e pirateados (infração a direito de autor) apenas. Os casos mais complexos de exame, como no caso das patentes, que exigem avaliação técnica e científica, devem ser realizados por outras vias, evitando o mal uso de medidas de fronteira.

Em quarto, deve-se atentar ao desequilíbrio encontrado nos direitos processuais que tendem a ser favoráveis apenas aos titulares contrariando os procedimentos estabelecidos pelo próprio Acordo

TRIPS como os requisitos de requerimento, de destruição do bem, de caução e indenização, e de direito de defesa do infrator.

Por fim, cabe salientar que, em decorrência das apreensões que vem acontecendo sobre medicamentos genéricos e a relevância do tema, a questão da saúde pública merece um tratamento especial pelas medidas de fronteira. Diversas estratégias poderiam ser montadas para que os medicamentos fossem excluídos de tais medidas, a partir do uso de certificados de origem, destino e uso.

Observa-se fundamental a participação em rede dos países em desenvolvimento nos novos foros deve ser fortificada, buscando transformar as negociações de acordos sobre propriedade intelectual em ambientes mais democráticos e legítimos, com propostas que reflitam os ideais de desenvolvimento econômico, tecnológico e social reconhecidos no Acordo TRIPS.

A partir destas orientações vislumbra-se a possibilidade de se criar normas equilibradas de medidas de fronteira, avaliando custos e benefícios, preservando interesse público e privado, deixando espaço para autonomia e flexibilidades para os países se desenvolverem.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Frederick. A apreensão pela Holanda de medicamentos genéricos em trânsito da Índia para o Brasil: o que se temia ocorreu. In: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD). **Pontes Quinzenal**. Genebra, jun 2009b, vol. 5, no. 2, p. 9. Disponível em: <<http://ictsd.net/downloads/2009/06/pontesv5n2-final.pdf>>. Acesso em: 24 set 2009.

_____. **Intellectual property provisions of bilateral and regional trade agreements in light of U.S. federal law**. UNCTAD - ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2006.

_____. Seizure of generic pharmaceuticals in transit based on allegations of patent infringement: a threat to international trade, development and public welfare. In: YU, Peter K. **The WIPO journal: analysis and debate of intellectual property issues**, 2009 ISSUE NO:1 London: Thomson Reuters, 2009a, p. 43-50.

ADEDE, Adronico O. Origins and history of the TRIPS negotiations. In: BELLMANN, Christophe; DUTFIELD, Graham; MELÉNDEZ-ORTIZ, Ricardo. (ed). **Trading in knowledge: development perspectives on TRIPS, trade, and sustainability**. London: Earthscan, 2003

ARAÚJO, Nadia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ASCARELLI, Tullio. **Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales**. Tradução de E. Verdera e L. Suárez-Llanos. Barcelona: Ed. Bosch, 1970.

ASCENSÃO, José de Oliveria. A questão do domínio público. In: WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel J. Pereira. Estudos de direito de autor e interesse público. **Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Florianópolis: Boiteux, 2008. Disponível em:

<http://www.direitoautoral.ufsc.br/congresso_ii/arquivos/anais_na_integra.pdf>. Acesso em: 17 jan 2011.

_____. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. **Revista Esmafe**: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 3, p. 125-145, mar. 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27320>>. Acesso em: 11 jan 2010.

ATA FINAL QUE INCORPORA OS RESULTADOS DAS NEGOCIAÇÕES COMERCIAIS MULTILATERAIS DA RODADA URUGUAI. Maraqueche, 15. Abr. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1355-94.pdf. Acesso em: 15 mar. 2010.

BARBOSA, Cláudio R. **Propriedade intelectual**: introdução a propriedade intelectual como informação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009

BARBOSA, Denis Borges. Minimum Standards vs. Harmonization in the TRIPS Context. In: CORREA, Carlos M. (Editor). **Research Handbook on Intellectual Property Law and the WTO**. Edgar Elgar, agosto de 2010b

_____. **Tratado da propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a.

_____. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p.195.

BARBOSA, Denis Borges; CHON, Margaret; HASEQUE, Andrés Moncayo von. Slouching towards development in international intellectual property. In: **Michigan State Law Review**, v. 2007:71, 2008, p. 84. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1081366>>. Acesso em: 10 abr 2011.

BARRAL, Welber (Org.). **O Brasil e a OMC**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 13.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. **Manual de direito da propriedade intelectual**. Aracaju: Evocati, 2007.

BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BENMAMOUN, Mamoun. **Global governance institutional bias, U.S. forum-shifting power, and the future of the WTO: new insights.** EBHA - 11TH ANNUAL CONFERENCE. 2007, Genebra. Disponível em:
<<http://www.unige.ch/ses/istec/EBHA2007/papers/Benmamoun.pdf>>. Acesso em: 3 abr 2011.

BERGEL, Salvador D. Disposiciones generales y principios básicos del acuerdo TRIPs del GATT. In: **Temas de derecho industrial y de la competencia: propiedad intelectual en el GATT.** Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000. p.52.

BERNE Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. Disponível em:
<http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs_wo001.html>. Acesso em: 25 set 2010

BIADGLEN, Ermias Tekeste; TELLEZ, Viviana Munoz. **The changing structure and governance of intellectual property enforcement.** 2008. Disponível em: <<http://www.southcentre.org>>. Acesso em: 02 jul. 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política.** 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRANCHER, Paulo. **Direito da concorrência e propriedade intelectual: da inovação tecnológica ao abuso de poder econômico.** São Paulo: Singular, 2010

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 jan. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade.** Lei n. 7.844/92, do Estado de São Paulo. Meia entrada assegurada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino. Ingresso em casas de diversão, esporte, cultura e lazer. Competência concorrente entre a União, Estados-membros e o Distrito Federal para legislar sobre direito econômico. Constitucionalidade. Livre iniciativa e ordem econômica. Mercado.

Intervenção do Estado na economia. Artigos 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição do Brasil. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.1.950/SP. Confederação Nacional do Comércio – CNC, Governador do Estado de São Paulo e Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator; Eros Grau. DJ, 2 jun. 2006.

BRUE, Stanley L. **História do pensamento econômico**. Tradução de Luciana Penteadó Miquelino. 6. ed. São Paulo: Thomson Learning, 2006.

CARVALHO, Nuno Pires. **A estrutura dos sistemas de patentes e marcas: passado, presente e futuro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASTELLI, Thais. **Propriedade Intelectual: o princípio da territorialidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CERVIÑO, Alberto Casado; PRADA, Begoña Cerro. Orígenes y alcances del Acuerdo TRIPS: incidencia en el derecho español. In: **Temas de derecho industrial y de la competencia: propiedad intelectual en el GATT**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000.

CHON, Margaret. A Substantive Equality Principle in International Intellectual Property Norm-Setting. In: GERVAIS, Daniel (edited). **Trade, development and intellectual property: strategies to optimize economic development in a trips plus era**. New York: Oxford University Press. 2007

COMISSÃO PARA DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Integrando direitos de propriedade intelectual e política de desenvolvimento**. Londres: CDPI, 2003. p. 14. Disponível em: <http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/Multi_Lingual_Documents/Multi_Lingual_Main_Report/DFID_Main_Report_Portuguese_RR.pdf>. Acesso em: 5 fev 2010.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. **Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee: on a Customs response to latest trends in Counterfeiting and piracy**. 2005. Disponível em:

<http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/comm_native_com_2005_0479_3_en_acte.pdf>. Acesso em: 23 abr 2011.

CONSOLIDATED TEXT. REFLECTS CHANGES MADE DURING THE SEPTEMBER 2010 TOKYO ROUND. **Anti-Counterfeiting Trade Agreement**. 2010. Disponível em: www.trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/october/tradoc_146699.pdf. Acesso em: 02 fev. 2011.

CORREA, Carlos M. Aperfeiçoamento e eficiência econômica e a equidade pela criação de leis de propriedade intelectual. In: VARELLA, Marcelo Dias. **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. São Paulo: Aduaneiras, 2005a. p. 39.

_____. **Derechos de propiedad intelectual, competencia y protección del interés público**: la nueva ofensiva en materia de observancia de los derechos de propiedad intelectual y los intereses de los países en desarrollo. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de F, 2009b.

_____. **Intellectual property rights, the WTO and developing countries**: the TRIPS agreement and policy options. London, New York: Zed Books Ltd. Malaysia: Third World Network, 2000.

_____. The push for stronger enforcement rules: implications for developing countries. In: INTERNATIONAL CENTRE FOR TRADE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT (ICTSD). **The global debate on the enforcement of intellectual property rights and developing countries**. Programme on IPRs and Sustainable Development, Issue Paper No.22, Geneva, Switzerland, 2009a.

_____. **Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: a commentary on TRIPS Agreement**. New York: Oxford, 2007.

_____. **Implications of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health**. Health Economics and Drugs EDM Series No. 12 Geneva: World Health Organization, 2002. Disponível em: <http://www.who.int/medicines/areas/policy/WHO_EDM_PAR_2002.3.pdf>. Acesso em: 6 jun 2011.

_____. Nota de dirección. In: COMISIÓN SOBRE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL. **Temas de derecho industrial y de la competencia: propiedad intelectual e políticas de desarrollo.** Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2005b.

COSTA, José Augusto Fontoura; SOLA, Fernanda. Desenvolvimento e direito de autor. In: WACHOWICZ, Marcos; DOS SANTOS, Manoel J. Pereira. **Estudos de direito de autor e interesse público: anais do II congresso de direito de autor e interesse público.** Florianópolis: Fundação Boiteux. 2008. p.134. Disponível em: <http://www.direitoautoral.ufsc.br/congresso_ii/arquivos/anais_na_integra.pdf>. Acesso em: 30 jan 2011.

DE FARIA, Janaína Elisa Patti. **Apreensões de medicamentos genéricos em portos europeus e a agenda anticontrafação: implicações para o acesso a medicamentos.** Rio de Janeiro: ABIA, 2011. Disponível em: <<http://www.deolhonaspataentes.org.br/media/file/Publica%C3%A7%C3%B5es/Pol%C3%ADticas%20P%C3%BAblicas%209%2028site%29.pdf>>. Acesso em: 2 jun 2011.

DÍAZ, Álvaro. **América Latina y el Caribe: La propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio.** Santiago de Chile: Cepal, 2008. Disponível em: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/4/32614/LCG2330-Pindiceintro.pdf>>. Acesso em: 24 abr 2011.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público.** 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003.

Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ210/pdf/PLAW-107publ210.pdf>>. Acesso em: 4 abr 2011.

DRAHOS, Peter. **A Philosophy of Intellectual Property.** Burlington: Ashgate Publishing, 1996.

DRAHOS, Peter. **Bilateralism in intellectual property.** 2001. Disponível em: <<http://www.maketradefair.com/assets/english/bilateralism.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2008.

DRAHOS, Peter. Introduction. In: DRAHOS, Peter; MAYNE, Ruth (eds.). **Global intellectual property rights: knowledge, access and development**. London: Oxfam, 2002.

DRAHOS, Peter. Negotiating intellectual property rights: between coercion and dialogue. In: DRAHOS, Peter; MAYNE, Ruth. (ed.). **Global intellectual property rights: knowledge, access and development**. London: Oxfam, 2006. p. 172

DREXEL, Josef. The critical role of competition law in preserving public goods in conflict with intellectual property rights. In: MASKUS, Keith E., REICHMAN, Jerome H. **International public goods and transfer of technology under a globalized intellectual property regime**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2005.

DREXL, Joseph. The evolution of TRIPS: toward flexible multilateralism. In: KORS, J ; REMICHE, B. **ADPIC, première décennie: droits d'auteur et accès à l'information. Perspective latino-américaine**. L'Accord ADPIC: dix ans après. Belgica: LARCIER, 2007,

EUROPEAN COMMISSION DIRECTORATE GENERAL FOR TRADE. **EU Strategy for the Enforcement of Intellectual Property Rights in Third Countries**. 2005. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/april/tradoc_122636.pdf>. Acesso em: 23 abr 2011.

FINK, Carsten. Enforcing intellectual property rights: an economic perspective. In: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD). **The global debate on the enforcement of intellectual property rights and developing countries**. Programme on IPRs and Sustainable Development, Issue Paper No.22, Geneva, Switzerland, 2009.

FINK, Carsten. Promoting checks and balances. In: MELÉNDEZ-ORTIZ, Ricardo; ROFFE, Pedro. **Intellectual property and sustainable development: development agendas in changing world**. Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2009.

FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): Paranóia ou mistificação? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, jul/set de 2005.

GERVAIS, Daniel J. TRIPS and development. In: GERVAIS, Daniel (ed.). **Intellectual property, trade and development: strategies to optimize economic development in a TRIPS-plus era**. New York: Oxford University Press, 2007

_____. The international legal framework of border measures in the fight against counterfeiting and piracy. In: VRINS, Oliver; SCHNEIDER, Marius. **Enforcement of intellectual property rights through border measures**. New York: Oxford University Press, 2006

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU-KUNTZ, Karin. Ainda sobre a questão das peças de reposição. **Revista eletrônica do IBPI**. São Paulo, Edição especial: Sobre a questão das peças de reposição *must-match*, p. 71-82, jan. 2010. Disponível em: <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/b1f03417495d4142ffff831aac1_44220.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2011.

_____. **O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis – Uma análise crítica a recente decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE)**. 2008. Disponível em: <<http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/58f41a63eeb4cae8ffff8030ffffff1.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2011.

_____. **O que é direito de propriedade intelectual e qual a importância de seu estudo?**[20--] Disponível em: <<http://www.ibpibrasil.org/44072.html>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

HELPER, Laurence R. **Regime Shifting: the TRIPS Agreement and new dynamics of international intellectual property lawmaking**. Yale 2004.

INTERNATIONAL CENTRE FOR TRADE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT (ICTSD). **The global debate on the enforcement of intellectual property rights and developing countries**. Programme on IPRs and Sustainable Development, Issue Paper No.22, Geneva, Switzerland, 2009. p. ix-x.

INTERNATIONAL CENTRE OF TRADE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT (ICTSD). Brasil critica apreensão de medicamento genérico na UE. **Pontes Quinzenal**. Genebra, 16 fev 2009, vol. 4, no. 2, notícias regionais, p. 6. Disponível em: <<http://ictsd.net/downloads/pontesquinzenal/pq4-2.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2009.

IP JUSTICE. **Paper on the proposed Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)**. 2008b Disponível em: <<http://ipjustice.org/wp/2008/03/25/ipj-white-paper-acta-2008/>>. Acesso em: 12 jul. 2008.

JAEGER, Thomas; RUSE – KHAN, Henning Grosse; DREXL, Josef; HILTY, Reto M. Statement of the max planck institute for intellectual property, competition and tax law on the review of eu legislation on customs enforcement of intellectual property rights. In: **International Review of Industrial Property and Copyright Law**. Volume 41, Number 6, 2010. Disponível em: http://circa.europa.eu/Public/irc/taxud/consultation_ipr/library?l=/individuals/intellectual_competition/_EN_1.0_&a=d. Acesso em: 16 jul 2011.

KNOWLEDGE ECOLOGY INTERNATIONAL (KEY). **Intervention by Brazil at WTO General Council on seizure of 500 kilos of generic medicines by Dutch customs authorities**. 2009. Disponível em: <<http://keionline.org/blogs/2009/02/03/intervention-by-brazil-at-wto-general-council-on-seizure-of-500-kilos-of-generic-medicines-by-dutch-customs-aut>>. Acesso em: 5 jun 2011.

KRASNER, Stephen D. Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables. In: INTERNATIONAL ORGANIZATION, v. 36, n. 2, Cambridge: The MIT Press, 1982, p. 185-205. Disponível em: <<http://instituty.fsv.cuni.cz/~plech/Krasner%20Regimes.pdf>>. Acesso em: 5 abr 2011

KUR, Annette; RUSE – KHAN, Henning Grosse. Enough is enough – the notion of binding ceilings in international intellectual property protection. **Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series No. 09-01**. 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1326429>. Acesso em: 31 maio 2011.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2001.

LI, Xuan. Ten general misconceptions about the enforcement of intellectual property rights. In: LI, Xuan; CORREA, Carlos M. **Intellectual property enforcements: international perspective**. UK-USA: Edward Elgar, 2009.

_____. Wco secure: legal and economic assessments of the TRIPS-plus-plus IP enforcement. In: LI, Xuan; CORREA, Carlos M. **Intellectual Property Enforcement: international perspective**. Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2009.

_____. SECURE: a critical analysis and call for action. **South Bulletin**. Reflections and foresights, Issue 15. 2008. Disponível em: <http://vi.unctad.org/uwist08/sessions/tue0513/southcentrebull.pdf>. Acesso em: 15 jun 2011.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito internacional da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MARQUES, João Paulo F. Remédio. Propriedade intelectual, exclusivos e interesse público. In: ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE DIREITO INTELLECTUAL. **Direito industrial**. vol. IV. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. A violação dos direitos de propriedade intelectual respeitantes a mercadorias em trânsito: referência ao trânsito de medicamentos destinados a países com graves problemas de saúde pública. In: **Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor**. Volumen 30 (2009-2010), Santiago de Compostela: Marcial Pons, pp. 375-404.

MEDICOS SEM FRONTEIRA. **EUROPA, tire as mãos de nossos medicamentos!**. 2010. Disponível em: <http://www.msf.org.br/conteudo/138/europa!-tire-as-maos-de-nossos-medicamentos!>. Acesso em: 5 jun 2011.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional**. 15. ed. (rev. amp.) vol II. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Consultas Conjuntas do Brasil e da Índia com a União Europeia**. Nota à imprensa nº 438. 8 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/consultas-conjuntas-do-brasil-e-da-india-com-a-uniao-europeia/?searchterm=apreens%E3o%20de%20medicamentos>>. Acesso em: 5 jun 2011.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Consultas Conjuntas do Brasil e da Índia com a União Européia**. Nota à imprensa nº 579. 15 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/consultas-conjuntas-do-brasil-e-da-india-com-a-uniao-europeia-sobre-apreensao-de-medicamentos-genericos-em-transito/print-nota>>. Acesso em: 5 jun 2011.

MOLINA, Edith Flores de. Las medidas de observancia de los derechos de propiedad intelectual en el Acuerdo sobre los ADPIC. La protección en el ámbito administrativo y las medidas en frontera. In: LÓPEZ, Marco Antonio Palacios; HERNÁNDEZ, Ricardo Alberto Antequera. **Propiedad Intelectual: temas relevantes en el escenario internacional**. Guatemala, SIECA/USAID, 2000

MORAES, Henrique Choer. **Dealing with forum shopping: some lessons from the SECURE negotiations at the World Customs Organization**. In: LI, Xuan; CORREA, Carlos M. **Intellectual Property Enforcement: international perspective**. Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2009.

MORAES, Henrique Choer; BRANDELLI, Otávio. The development agenda at WIPO: context and origins. In: NETANEL, Neil Weinstock (Ed.). **The development agenda: global intellectual property and developing countries**. New York: Oxford university Press, 2009.

MSU Legal Studies Research Paper No. 04-30. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1007054>>. Acesso em: 4 abr 2011

MUSUNGU, Sisule F; DUTFIELD, Graham. **Multilateral agreements and a TRIPS-plus world: The World Intellectual Property Organisation (WIPO)**. Geneva: QUNO; Ottawa: QIAP, 2005.

Neste sentido estão as obras de Carlos M. Correa, da Universidade de Buenos Aires, um dos principais marcos teóricos deste trabalho. Na tradução realizada pelo Brasil da Ata Final da Rodada Uruguai, assinada em Maraqueche, em 12 de abril de 1994, promulgada pelo presidente por meio do Decreto 1355/1994, utiliza-se a expressão *aplicação*, que não consideramos a mais apta a designar o significado que a palavra *enforcement* possui. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1355-94.pdf

NETANEL, Neil Weinstock. The WIPO development agenda and its development policy context. In: NETANEL, Neil Weinstock (Ed.). **The development agenda: global intellectual property and developing countries**. New York: Oxford university Press, 2009.

NEUFELD, Nora; WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). **Article V of the GATT 1994: scope and application**. 200?. Disponível em: <<http://r0.unctad.org/ttl/ppt-2004-11-24/wto.pdf>>. Acesso em: 5 jun 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law**. 2006. Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/guide/1_9.htm>. Acesso em: 23 abr 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). **Agreement on Trade Related Intellectual Property Rights - TRIPS**. Marraqueche, 15 de abril de 1994. Disponível em <www.wto.org>. Acesso em: 22 jan. 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). **European Union and a Member State — Seizure of Generic Drugs in Transit**. DISPUTE DS408 e DS409. Disponível em:

<http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds408_e.htm> e
 <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds409_e.htm>.
 Acesso em: 5 jun 2011.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Competition, Committee. Competition, patents and innovation II**. Paris, 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/26/33/45019987.pdf>>. Acesso em 20 jan 2011.

Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). **Competition, Committee. Competition, patents and innovation II**. Paris, 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/26/33/45019987.pdf>>. Acesso em 20 jan 2011.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **The economic impact of counterfeiting and piracy**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/13/12/38707619.pdf>>. Acesso em: 10 mar 2011.

OXFAM International. **About us**. Disponível em: <<http://www.oxfam.org/en/about>>. Acesso em: 26 abr 2011.

OXFAM INTERNATIONAL; HEALTH ACTION INTERNATIONAL EUROPE. **Trading away access to medicines: How the European Union's trade agenda has taken a wrong turn**. Outubro 2009. Disponível em: < <http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/bp-trading-away-access-to-medicines.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2009.

OXFAM. Eye on the Ball: Medicine regulation – not IP enforcement – can best deliver quality medicines. **Oxfam Briefing Paper**. 2011 Oxford/UK: Oxfam GB. Disponível em: <<http://www.oxfam.org.nz/resources/onlinereports/BP143-Eye-on-the-Ball-Medicine-Regulation-020211-summ-en.pdf>>. Acesso em: 20 mar 2011.

OXFAM. Medicine regulation – not IP enforcement – can best deliver quality medicines. **Oxfam Briefing Paper 143**. 2011. Disponível:

<<http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/eye-on-the-ball-medicine-regulation-020211-summ-en.pdf>>. Acesso em: 7 jun 2011.

PARIS CONVENTION FOR THE PROTECTION OF INDUSTRIAL PROPERTY. Disponível em: <<http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/>>. Acesso em: 25 set 2010.

PIMENTEL, Isabella. A observância aos direitos de propriedade intelectual nos tratados internacionais administrados pela OMPI e no Acordo TRIPs. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (Coord.). **Propriedade intelectual: estudos em homenagem à professora Maristela Basso**. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito Industrial: as funções do direito de patentes**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

POSNER, Richard A.; LANDES, William M. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Massachusetts: Belknap, 2003.

PRONER, Carol. **Propriedade intelectual e direitos humanos: sistema internacional de patentes e direito ao desenvolvimento**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

RAUSTIALA, Kal. **Density & Conflict in International Intellectual Property Law**. University of California at Davis Law Review, Forthcoming; University of California, Los Angeles School of Law Research. Paper No. 06-31. 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=914606>>. Acesso em: 30 mar 2011.

RAUSTIALA, Kal. Density & conflict in international intellectual property law. In: UCLA School of Law. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series**. Research Paper No. 06-31. 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=914606>>. Acesso em: 5 abr 2011.

RAUSTIALA, Kal; VICTOR, David G. The Regime Complex for Plant Genetic Resources. In: **International Organization**, vol. 58 (2), 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=441463> or doi:10.2139/ssrn.441463>. Acesso em: 4 abr 2011.

REICHMAN, Jerome H. Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection. In: CORREA, Carlos M.; YUSUF, Abdulqawi

(ed.). **Intellectual property and international trade: the TRIPS Agreement**. Netherlands: Kluwer Law International, 2008.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Premissas para o desenvolvimento: reflexões a partir da obra de Amarthya Sen. In: WACHOWICZ, Marcos; DOS SANTOS, Manoel J. Pereira. **Estudos de direito de autor e interesse público: anais do II congresso de direito de autor e interesse público**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.134. Disponível em: <http://www.direitoautoral.ufsc.br/congresso_ii/arquivos/anais_na_integra.pdf>. Acesso em: 30 jan 2011.

ROFFE, Pedro. **América Latina y la nueva arquitectura internacional de la propiedad intelectual**. Buenos Aires: La Ley, Facultad de derecho UBA, 2007.

ROFFE, Pedro; SPENNEMANN, Christoph. The impact of FTAs on public health policies and TRIPS flexibilities. **Int. J. Intellectual Property Management**, 2006, Vol. 1, N^os.1/2, p. 75-93.

RUSE – KHAN, Henning Grosse. Time for a paradigm shift? Exploring maximum standards in international intellectual property protection. **Trade, Law and Development**. Vol 1, No 1, 2009. Disponível em: <<http://www.tradelawdevelopment.com/index.php/tld/article/view/1%281%29%20TL%26D%2056%20%282009%29>>. Acesso em: 31 maio 2011.

RUSE-KHAN, Henning Grosse; JAEGER, Thomas. **Policing patents worldwide? EC border measures against transiting generic drugs under EC and WTO intellectual property regimes**. International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2009.

SCORZA, Flavio Augusto Trevisan. Facilitação do comércio e controle aduaneiro: as negociações multilaterais e as normas brasileiras. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio; Correa, Carlos M. **Direito, desenvolvimento e sistema multilateral de comércio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das organizações internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SELL, Susan K. **Cat and mouse:** forum-shifting in the battle over intellectual property enforcement. Paper presented at the annual meeting of the International Studies Association Annual Conference "Global Governance: Political Authority in Transition", Le Centre Sheraton Montreal Hotel, MONTREAL, QUEBEC, CANADA, Mar 16, 2011. Disponível em: <http://www.allacademic.com/meta/p500457_index.html>. Acesso em: 9 abr 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução; Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEUBA, Xavier. **Border measures concerning goods allegedly infringing intellectual property rights: the seizure of generic medicines in transit.** Geneva: ICTSD, 2009. Disponível em: <http://www.iprsonline.org/New%202009/Seuba_Border%20Measures.pdf>. Acesso em: 1 maio 2011.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual:** propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial. Barueri/SP: Manole, 2011

SOUTH CENTER; CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW. **Intellectual Property Quarterly Update.** Counterfeit medical products: need for caution against co-opting public health concerns for ip protection and enforcement. 2009, p.1-21. Disponível em: <http://www.ciel.org/Publications/IP_Update_1Q09.pdf>. Acesso em: 20 fev 2010.

SOUTH CENTRE. **The TRIPS Agreement a guide for the south:** the Uruguay round Agreement on Trade-related Intellectual Property Rights. Geneva, 1997.

TELLEZ, Viviana Muñoz. The changing global governance of intellectual property enforcement: a new challenge for developing countries. In: LI, Xuan; CORREA, Carlos M. **Intellectual Property Enforcement:** international perspective. Cheltenham, UK ; Northampton, MA : Edward Elgar, 2009.

TELLEZ, Viviana Muñoz. *The World Customs Organization: Setting New Standards of Intellectual Property Enforcement through the Back Door?* **SOUTH BULLETIN Reflections and Foresights**, abr., Geneva, Switzerland, 2008

UNCTAD. Most-favoured-nation treatment. In: **UNCTAD Series on issues in international investment agreements**. New York and Geneva, 1999. Disponível em: <<http://www.unctad.org/en/docs/psiteiidt10v3.en.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2010.

UNCTAD. **Resource Book on TRIPS and development**. New York: Cambridge University Press, 2005.

UNIÃO EUROPEIA. REGULAMENTO (CE) N.º 1383/2003 DO CONSELHO, de 22 de Julho de 2003. Relativo à intervenção das autoridades aduaneiras em relação às mercadorias suspeitas de violarem certos direitos de propriedade intelectual e a medidas contra mercadorias que violem esses direitos. **Jornal Oficial da União Europeia**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:196:0007:0014:PT:PDF>>. Acesso em: 5 jun 2011.

UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE (USTR). **ACTA - Summary of Key Elements Under Discussion**. 2009. Disponível em: <<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/fact-sheets/2009/april/acta-summary-key-elements-under-discussion>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

UNIVERSAL POSTAL UNION. Postal Operations Council (POC). **Customs Group. Work done by the Customs Group to implement resolution C 37/2008**. Disponível em: <http://www.upu.int/document/2011/an/cep_c_2_gd-2/d008b.pdf>. Acesso: 1 maio 2011.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VICENTE, Dário Moura. **A tutela internacional da propriedade intelectual**. Coimbra: Almedina, 2008.

VICTOR, David G. **The Regime Complex for Plant Genetic Resources.** International Organization, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=441463> or doi:10.2139/ssrn.441463>. Acesso em: 27 mar 2011.

WORLD CUSTOMS ORGANIZATION. **Model Legislation and Customs experts Committee documentation.** 2005. Disponível em: <http://www.wcoipr.org/wcoipr/Menu_ModelLegislation.htm>. Acesso em: 25 mar 2010.

WORLD CUSTOMS ORGANIZATION. **Model Legislation and Customs experts Committee documentation.** 2005. Disponível em: <http://www.wcoipr.org/wcoipr/Menu_ModelLegislation.htm>. Acesso em: 25 mar. 2010.

WORLD CUSTOMS ORGANIZATION. Escrito e Publicado por WCO. Disponível em: <<http://www.wcoomd.org>>. 2008. Acesso em: 04 mar. 2010.

WORLD CUSTOMS ORGANIZATION. **Secure; Provisional Standards Employed by Customs for Uniform Rights Enforcement (SECURE); Provisional Global Customs Standards to Counter Intellectual Property Rights Infringements.** World Customs Organization, 2007. Disponível em: <http://www.wcoomd.org/files/1.%20Public%20files/PDFandDocuments/Enforcement/SECURE_E.pdf>. Acesso em: 25 mar 2010.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **International Medical Products Anti-Counterfeiting Taskforce (IMPACT):** Frequently asked questions. Disponível em: < http://www.who.int/impact/impact_q-a/en/index.html>. Acesso em: 15 fev 2010.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. INTERNATIONAL MEDICAL PRODUCTS ANTI-COUNTERFEITING TASKFORCE. **Principles and Elements for National Legislation against Counterfeit Medical Products.** 2007. Disponível em: <<http://www.who.int/impact/events/FinalPrinciplesforLegislation.pdf>>. Acesso em: 15 dez 2009.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). **Convention Establishing the World Intellectual Property**

Organization. Disponível em:
 <http://www.wipo.int/treaties/en/convention/trtdocs_wo029.html#P50_1504>. Acesso em: 25 set 2010.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Ministerial Declaration of 14 November 2001.** WT/MIN(01)/DEC/1. 2002. Disponível em:<http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm>. Acesso em: 24 maio 2011.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Canada – Patent protection of pharmaceutical products - Report of the panel.** WT/DS114/R. 2000. Disponível em:
 <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/7428d.pdf>. Acesso em: 1 jun 2011.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Canada - Term of Patent Protection - AB-2000-7 - Report of the Appellate Body.** WT/DS170/AB/R. 2000. Disponível em: <http://docsonline.wto.org/imrd/gen_searchResult.asp?RN=0&searchtype=browse&q1=%28%40meta%5FSymbol+WT%FCDS170%FCAB%FCR%2A+and+not+RW%2A%29&language=1>. Acesso em: 24 maio 2011.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Colombia – Indicative prices and restrictions on ports of entry.** WT/DS366/R. 2009. Disponível em:
 <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds366_e.htm>. Acesso em: 6 jun 2011.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Implementation of Paragraph 11 of the General Council Decision of 30 August 2003 on the Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health.** IP/C/41.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Decision of the General Council, Implementation of paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and public health.** WT/L/540. Disponível em:
 <http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/implem_para6_e.htm>. Acesso em: 24 maio 2011.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Ministerial Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health**. WT/MIN(01)/DEC/2. 2002. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm>. Acesso em: 24 maio 2011.

YU, Peter K. **International enclosure, the regime complex, and intellectual property schizophrenia**. Michigan State Law Review, p. 1-33, 2007;

YUSUF, Abdulqawi A. TRIPS: background, principles and general provisions. In: CORREA, Carlos M.; YUSUF, Abdulqawi (ed.). **Intellectual property and international trade: the TRIPS Agreement**. Netherlands: Kluwer Law International, 2008.