

Trips e a experiência brasileira

Trips e a experiência brasileira.....	1
Por que a Propriedade Intelectual foi para a OMC.....	2
Como inventar um comércio de intagíveis.....	3
O desenho das posições divergentes.....	4
A patrimonialização da Propriedade Intelectual.....	6
A posição brasileira: responsabilidade social do proprietário.....	8
TRIPs e a razoabilidade.....	9
TRIPs como uma proposta de equilíbrio.....	10
TRIPs e a Insensatez brasileira.....	12
As acometidas contra a posição brasileira.....	15
O refluxo da razão.....	17
As declarações de Doha.....	19
O segundo episódio das patentes de AIDS.....	21
TRIPs, Doha e a nova legislação de licença compulsória.....	22
Doha e as Licenças compulsórias de importação.....	22
Conclusões.....	23

Denis Borges Barbosa, 2004

O tema TRIPs tem sido recentemente objeto de vastas discussões na doutrina jurídica e na economia, o que se documenta em numerosos trabalhos versando sobre o tema¹. Nossa perspectiva, embora tomando por base essa discussão, seguirá um ângulo mais pessoal.

¹ Abbott, Kenneth W., "Development Policy in the New Millennium and the Doha 'Development Round'" . Abbott, Kenneth W., development policy in the new millennium and the Doha 'development round', Asian Development Bank, May 2003 <http://ssrn.com/abstract=431921>; Shanker, Daya, "Access to Medicines, Article 30 of TRIPS in the Doha Declaration and an Anthropological Critique of International Treaty Negotiations" . <http://ssrn.com/abstract=391540>; Shanker, Daya, "Access to Medicines, Article 30 of TRIPS in the Doha Declaration and an Anthropological Critique of International Treaty Negotiations" . <http://ssrn.com/abstract=391540>; Shanker, Daya, "Access to Medicines, Article 30 of TRIPS in the Doha Declaration and an Anthropological Critique of International Treaty Negotiations" .; Shanker, Daya, "Korea, the Pharmaceutical Industry and Non-commercial use of Compulsory Licenses in TRIPS" . {<http://ssrn.com/abstract=438880>}; Bagley, Margo, "Legal Movements in IP: TRIPS, Unilateral Action, Bilateral Agreements, and HIV/AIDS" . Emory International Law Review, Vol. 17, pp. 101-118, Fall 2003; Heald, Paul J., "Mowing the Playing Field: Addressing Information Distortion and Asymmetry in the TRIPS Game" (2002). Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 02-21; Vanderbilt Public Law Research Paper No. 02-15.; Shanker, Daya, "Para 6 Solution of the Doha Declaration, Article 30 of TRIPS and Non-Prohibition of Exports under the TRIPS Agreement" . {<http://ssrn.com/abstract=377160>}; Attaran, Amir and Champ, Paul, "Patent Rights and Local Working Under the WTO TRIPS Agreement: An Analysis of the U.S.-Brazil Patent Dispute" . Yale Journal of International Law, Vol. 27, p. 365 {<http://ssrn.com/abstract=348660>}; Dinwoodie, Graeme B. and Dreyfuss, Rochelle Cooper, "Preserving the Public

Em 1986 e 1987, quando a Rodada Uruguai estava se lançando, tive minha experiência como membro da delegação brasileira no GATT. Os vários relatórios e propostas da posição brasileira, existente em meus arquivos, documentam o caminho que o Brasil seguiu nesse passo. Posteriormente, como advogado, na academia e como consultor do Governo Federal, em várias oportunidades, continuei a acompanhar a aplicação do Acordo, tanto em negociação como já promulgado.

Por que a Propriedade Intelectual foi para a OMC

Começamos pela questão de raiz. Como a propriedade intelectual acabou na OMC, quando seu meio natural seria a OMPI? A resposta – pelo menos na minha visão ² – vem de um trecho de outra obra:

“A culpa era de Afonso Arinos, que, no tempo em que tocava o Itamarati para Jânio Quadros, fez com que a diplomacia brasileira começasse, na ONU de Nova York, uma campanha contra o poder das patentes dos países desenvolvidos. Vão se passando os anos, e se fortalecendo a idéia de que os países pobres tinham direito a mais oportunidades nesse mundo: como os negros americanos, depois que a Suprema Corte decidiu em 1954 que a idéia “iguais mas separados” não era coisa de gente honesta.

Era a idéia da nova ordem econômica mundial. Igualdade só de boca não basta. Era preciso tratar os pobres desigualmente, para tirá-los do lodo. Falando de patentes, o Brasil e os outros pedintes queriam mais direitos, e menos deveres do que os grandes. Tinha-se que mudar o tratado das patentes e marcas, a Convenção de Paris de 1884, para garantir essa nova ordem.

Para isso, convocaram uma conferência diplomática em Genebra em 1981. A situação política: os pobres, o chamado Grupo dos 77' (apesar do nome, eram muito mais pobres do que 77...) querendo mudança. Certo número de países europeus estava favorável, ou moderadamente favorável a essa mudança; os Estados Unidos - isolados, na mesma posição em que estavam desde o século XIX, num isolamento majestático - preferiam que a conferência diplomática não seguisse. E começaram a oferecer todo tipo de objeções.

Pois os americanos inventaram que toda a discussão na conferência só podia ser tomada por unanimidade. E eles iam dizer que não. Isso era a tradição (...): todas as reuniões, desde 1873, tinham acabado em consenso. (...)

Domain of Science Under International Law" . International public goods and transfer of technology under a globalized intellectual property regime, E, J. Reichman, K. Maskus, eds., Cambridge University Press, 2004.; Shaffer, Gregory C., "Recognizing Public Goods in WTO Disputes Settlement: Who Participates? Who Decides? The Case of TRIPS and Pharmaceutical Patent Protection", Journal of International Economic Law, Vol. 7, No. 2, pp.; Helfer, Laurence R., "Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking" . Yale Journal of International Law, Vol. 29, 2004; Reichmann, J.H., Securing Compliance with the TRIPS Agreement After US v. India, Journal of International Economic Law, Vol. 1, No. 4, 1998; Attaran, Amir, "The DOHA Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, Access to Pharmaceuticals, and Options Under WTO Law" . Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, Vol. 12, pp. 859-885, 2002; Ragavan, Srividhya. The Jekyll and Hyde Story of International Trade: The Supreme Court in PhRMA v. Walsh and the TRIPS Agreement. Richmond Law Review, Vol. 38, p. 777, 2004.; Linarelli, John. TRIPS, Biotechnology and the Public Domain: What Role Will World Trade Law Play? Agriculture and international trade: law, policy and the wto, Cardwell, Grossman, Rodgers, eds., CABI, 2004.; Sykes, Alan O'Neil, "TRIPs, Pharmaceuticals, Developing Countries, and the Doha 'Solution'" (February 2002). U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 140.; Odman Boztosun, N. Ayse, "Using TRIPS to Make the Innovation Process Work" , Journal of World Intellectual Property, Geneva, Vol. 3, No. 3, Pp. 343-373, May 2000..

2 Maristela Basso, por exemplo, vê outras razões, mais estruturais ou menos folclóricas, para a inclusão do tema no GATT: “Duas são as razões fundamentais da inclusão do TRIPS2 no GATT: o interesse de completar as deficiências do sistema de proteção da propriedade intelectual da OMPI, e a necessidade de vincular, definitivamente, o tema ao comércio internacional”. (Os fundamentos atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual , manuscrito)

Mas nem a sabotagem dos americanos consegue parar a burocracia posta em marcha. Os diplomatas, na sua infinita sinuosidade, decidiram que, como todo mundo estava ali mesmo, era o caso de ir tocando para frente as discussões, sem voto. (...)

Descobri às tantas que havia uma Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Que, revogando a tradição, mandava tomar os votos por maioria. Só que não estava em vigor. Fiquei de olho. Telefonei para a ONU de Nova York, onde se depositam os tratados. Estava quase-quase. Faltava uma só ratificação para entrar em vigor, e dizia-se que estava vindo – Zâmbia, Uganda, algo assim. Podiam telefonar se chegasse? Podiam.

No penúltimo dia da sessão, ligaram de Nova York. Ademar Bahadian leu meu memorando noticiando a mudança na Assembléia Geral. Propôs, enfim, que se devia dar início à conferência, aplicando simplesmente o princípio da maioria do novo tratado. Votou-se essa proposta e foi vencedora, democraticamente, por 113 a 1. O voto isolado era, evidentemente, o americano.

Alegria geral: palmas, um ou outro assobio. Podíamos mudar o sistema de propriedade intelectual em todo o mundo por voto de maioria. Foi aí que o embaixador americano, muito sério, nervoso no isolamento de um plenário de 114 países em que o único voto discordante era o seu, teve de explicar a realidade das coisas:

“Está tudo muito bom, está tudo muito bem, vocês estão falando em interesses dos países em desenvolvimento, em transferência de tecnologia, em equidade econômica, mas o que me interessa é o interesse das minhas empresas. Aqui não estamos falando de cooperação entre pessoas, estamos falando de interesse entre empresas”. Atrás da fileira de bancadas decoradas com o nome dos países, havia outra, dos observadores. Lá os letrados diziam: Xerox, IBM, General Electric. O embaixador americano apontou enfaticamente para a bancada de trás. E completou: “essa conferência não vai continuar”.

E assim, pelo delicado voto de um contra 113, a conferência deu em nada. Era 4 de março de 1981 e, na Casa Branca, estava Ronald Reagan” 3.

Como inventar um comércio de intangíveis

Explicado o contexto da exclusão do tema de Propriedade Intelectual do âmbito da OMPI, para transferi-lo para o GATT, vejamos o pretexto. O Artigo IX do GATT (Lei 313 de 30.09.48) já previa proteção às marcas e indicações de procedência regional e geográfica.

Foi no contexto de tais normas que os Estados Unidos propuseram em setembro de 1982, secundados por outros membros da OECD, usar o GATT para a repressão da contrafação. Como resultado de tal iniciativa, tais países submeteram aos demais membros do Tratado uma proposta de Acordo que implementasse os Artigos IX e XX para tornar coativa a repressão aduaneira a contrafação de marcas registradas. Não se abordou na ocasião a proteção de indicações de procedência do Art. IX (pois os Estados Unidos contestarem

3 Do autor, Uma geometria sem vértices, no prelo. O texto literário tem, no entanto, suporte acadêmico: The TRIPs Agreement was made possible by the unprecedented support of business, which not only promoted the agreement but also contributed to its content (Evans 1994: 165). In truth, at the beginning of the GATT Uruguay Round of multilateral trade negotiations in 1986 few people in the Office of the United States Trade Representative (USTR) knew much about intellectual property (a view corroborated by Ryan 1998: 1). Instead, it was intense lobbying activity from industry, particularly in the US (Sell 1998: 137), that laid the foundations of linking intellectual property protection to trade in the multilateral context. As James R. Enyart, Director of International Affairs at Monsanto, put it: ‘the rules of international commerce are far too important to leave up to government bureaucrats and their academic advisers. But governments, not businessmen, make rules and they only listen when the chorus gets big enough and the singing loud enough’ (Enyart 1990: 53). So it was that patent and copyright business groups drove trade-related intellectual property policy in the 1980s and 1990s, although the diplomacy was conducted on their behalf by the USTR (Ryan 1998: 8). (Duncan Matthews, “Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights: Will The Uruguay Round Consensus Hold?” CSGR Working Paper No. 99/02, Centre for the Study of Globalisation and Regionalisation (CSGR), University of Warwick, Coventry)

então a postura européia quanto ao assunto na Convenção de Paris), nem a aplicação de outros direitos intelectuais.

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. Tais obrigações em nada onerariam ao Brasil - já estando previstas na legislação interna e em outros tratados; e nos mecanismos de aplicação de acordo que se devia ver o interesse maior da proposta.

Com efeito, a proposta criava um Comitê para policiar a aplicação das regras; explicitava que caberia recurso ao Sistema de Resolução de Controvérsia dos artigos XXII e XXIII; e instituía regras de transparência, troca de informações, etc.

Por ocasião da reunião ministerial do GATT de 1982, as partes contratantes decidiram solicitar o exame pelo Conselho do GATT da questão dos bens contrafeitos, visando estabelecer se era apropriado tomar qualquer atitude em conjunto quanto aos aspectos da contrafação relativos ao comércio internacional.

A posição brasileira, naquela primeira sessão em que participei, foi de circunscrever a discussão aos termos literais do mandato de Punta del Leste, tomando como base o relatório do grupo de especialistas publicado como Doc. L/5878 e não a proposta americana de 1982. Como tal documento apenas retratava a falta de consenso entre os vários grupos, sem configurar qualquer base de negociação, a sua adoção nos termos propostos pelo Brasil importaria em desacelerar o exercício, renovando a discussão da necessidade de um novo conjunto de normas, o foro de sua discussão, a dimensão do problema de contrafação no comércio internacional, etc. Em suma, ressuscitaria as matérias preliminares que a decisão de Punta del Leste tentou resolver.

Tal posição encontrou apoio ou assentimento tácito de um número de países do grupo dos 77. Nos trabalhos posteriores, no entanto, a posição brasileira foi necessariamente se atenuando, em parte pela falta efetiva de apoio dos demais países em desenvolvimento, em parte pelas complexidades da própria situação nacional, interna e externa, que dificultavam uma atuação mais vigorosa quanto ao ponto, na esfera do GATT.

O desenho das posições divergentes

Convém, no entanto, lembrar que toda a reavaliação internacional do papel da propriedade intelectual no desenvolvimento foi iniciada pelo Brasil na Assembléia Geral da ONU, no início da década de 60, numa linha política que continuou inalterada durante as duas décadas seguintes. Nas discussões conduzidas no GATT e nas ações de caráter unilateral quanto à regulação internacional da propriedade intelectual, serviços e investimentos estava clara a estratégia dos países desenvolvidos para renovar a repartição de recursos informacionais, com reforço da propriedade sobre tais recursos.

A tendência de reforço da propriedade dos bens intelectuais era um fenômeno reativo - em face da chamada Nova Ordem Econômica dos países em desenvolvimento - mas também um interesse em si mesmo, resultante das peculiaridades da economia americana. Na passagem da década de 1970, pela primeira vez na História, a balança de intangíveis (inclusive financeiros e de investimentos) dos Estados Unidos superou a balança comercial. As discussões sobre comércio físico, sempre relevantes, passaram para um segundo plano.

Por isso mesmo o governo americano tinha de se valer de meios unilaterais, da sua própria Seção 301 do Tariff and Trade Act de 1984 (como fez no caso da informática e, depois, nas patentes farmacêuticas), para conseguir o que a lei e os tratados na época lhe negavam.

As patentes, marcas e outros direitos que as empresas americanas dizem estar sendo violados só existiam nos Estados Unidos, ou em certos outros países onde se obteve proteção específica - pois nunca tinha havido a regra de "propriedade universal" sobre os produtos da inteligência. Cada país protegia as criações do intelecto como sua Constituição determina e sua História lhe aconselha.

Pois as idéias foram sempre consideradas como patrimônio comum da Humanidade - e uma invenção e uma idéia posta em prática. Por muitos anos, os próprios Estados Unidos não protegiam os direitos autorais dos estrangeiros; a Suíça não reconhecia patentes a nenhum inventor; a Holanda considerava imoral conceder privilégios na indústria... Até que a massa de invenções e criações intelectuais de seus próprios nacionais tornassem mais interessante dar a proteção em termos gerais.

Quando foi negociada a Convenção da União de Paris para a Propriedade Industrial em 1882, prevaleceu o entendimento de que não cabia a padronização das normas substantivas, relativas a marcas e patentes, das várias legislações nacionais. Ao contrário, optou-se por estabelecer um mecanismo de compatibilização entre tais legislações, permitindo a diversidade nacional. Respeitava-se desta feita a diversidade de políticas e objetivos nacionais, mesmo num campo - o da produção cultural - em que a universalização era arraigada.

Pois a reforma no sistema de comércio internacional proposta no âmbito do GATT pelos Estados Unidos naquela fase, e que por ele já estava tentando ser implementada através da ação unilateral via seção 301, visava eliminar precisamente esta diversidade nacional. Assim como o comércio de bens físicos entre as nações repousa sobre a proteção universal da propriedade clássica, pretendia-se agora, naquela Rodada Uruguai do GATT, padronizar as normas que asseguram o controle sobre os bens imateriais não financeiros (assim como reduzir as barreiras ao fluxo de investimento e serviços).

Mais flagrante do que em qualquer outra área, esta uniformização das normas da propriedade intelectual poderia resultar na manutenção uma situação de absoluta desigualdade na divisão do patrimônio informacional agregado do mundo. O monopólio da informação científica, tecnológica e comercial, além do predomínio nos veículos de difusão cultural, poderia importar em controle sobre os fluxos econômicos internacionais, sobre a capacidade de desenvolvimento de cada país e sobre a própria formação ideológica da noção de diversidade nacional.

Ora, aí também, e especialmente aí, no Brasil estava implementando uma política que, em setores cruciais, se baseava no princípio da diversidade e na noção de que a propriedade sobre os bens intelectuais é uma criação do Estado e não um dado da natureza. O estabelecimento de normas coativas na esfera internacional frustraria tal política e importaria em retardar ou impedir o desenvolvimento científico e tecnológico do país.

Poucos eram os países que, como o Brasil, dispunham de uma capacidade objetiva de aproveitar-se do sistema de propriedade intelectual baseado na diversidade nacional para sair do subdesenvolvimento. Sua posição era assim singular.

A patrimonialização da Propriedade Intelectual

Certamente, apesar da iniciativa americana, o reforço dos sistemas de propriedade dos bens intangíveis era um dado objetivo e genérico da economia de mercado. Ocorreu em todas economias dos países da OECD.

O processo de patrimonialização da tecnologia se intensificou, em primeiro lugar, pela multiplicação dos títulos jurídicos de proteção à tecnologia ⁴. O surgimento de novos campos de inovação ⁵ e de novos sistemas de comercialização ⁶, a consolidação da jurisprudência dos tribunais e a uniformização regional da legislação específica ⁷: uma série de fatores conduziu à criação de direitos intelectuais inexistentes até então ⁸ ou - mais freqüentemente - à extensão dos direitos já existentes de forma a atender às situações ainda não protegidas.

De outro lado, nos anos 70' e 80' concluiu-se, para todos efeitos práticos, o processo de generalização do sistema de patentes nos países desenvolvidos de economia de mercado. Até esta época, os países da OECD vinham restringindo a concessão de privilégios nos setores tecnológicos que consideravam de maior interesse econômico ou social, levando em conta principalmente os interesses da própria indústria nacional ⁹. A interdependência econômica e o atingimento por todos os países desenvolvidos de um patamar mínimo de industrialização passaram a justificar a concessão de patentes para todas as invenções industriais - quase sem exceções ¹⁰.

De outro lado, o reconhecimento da proteção jurídica de novas tecnologias - como as resultantes da engenharia genética e os programas de computador - implicou na dispensa de requisitos de enorme importância no sistema de patentes, como o da publicação do invento para conhecimento geral do público. O acesso ao resultado do desenvolvimento tecnológico - ao invés do acesso ao conhecimento tecnológico - passou a ser considerado como atendimento aos requisitos legais específicos.

Tal fato contribuiu significativamente para dar maior importância ao segredo industrial (*trade secret*) e à sua proteção internacional. No tocante às tecnologias de maior sensibilidade aos interesses da alimentação e da saúde, aliás, foram preservados e

4 Ashoka Mody, *New International Environment for Intellectual Property Rights*, in *Intellectual Property Rights in Science, Technology and Economic Performance*, Ed. Westview, 1990, pg. 234: "the larger concern for developing (and developed) countries is that methods of protection for information services technologies are evolving in an ad hoc manner without a good understanding of the global implications. Although any form of intellectual property protection must by definition retard the diffusion of the technology, poor systems of protection can aggravate this problem".

5 As chamadas tecnologias da informação - inteligência artificial, CAD/CAM, redes locais, memórias de massa de leitura visual, desktop publishing, etc -, as biotecnologias, novos materiais, etc.

6 Fruto da tecnologia dos computadores pessoais, a comercialização em grande escala de programas-produto para o público em geral criou pelo menos um sistema legal específico de proteção - as chamadas legislações de shrink wrap, pelas quais obrigações contratuais nascem da simples abertura da embalagem.

7 A criação de um Direito Comunitário em matéria de Propriedade Intelectual é um dos casos mais óbvios de uniformização regional.

8 A Alemanha, então República Federal, começou a reconhecer patentes para produtos farmacêuticos em 1967; o Japão, após chegar a ser o segundo maior fabricante de produtos farmacêuticos do mundo, passou a conceder tais privilégios em 1976; em 1977, a Suíça e, no ano seguinte, a Suécia seguiu o exemplo; e, ainda em 1978, a Itália, por meio de uma decisão da Corte Constitucional seguiu a tendência.

9 Vide Eduardo White, *La industria Farmacéutica Internacional, la legislación comparada sobre patentes e el caso argentino*, in *Revista del Derecho Industrial*, no. 2, pg. 311 e seg.

10 Ernest Gutmann, *Les Modalités de la Protection des innovations dans le domaine de la création végétale*, in *Le Droit du Génie*, pg. 194: "Il est bien connu que plusieurs catégories d'invention ont longtemps été exclues de la protection par brevets. (...) Mais il faut également souligner que le nombre des domaines techniques exclus de la brevetabilité s'est considérablement réduit au cours de ces dernières décennies".

ampliados os privilégios da legislação sanitária de vários países, considerados como uma expressão legal do mesmo *trade secret*, em particular no que se refere aos resultados dos testes de toxicidade dos novos produtos introduzidos no mercado ¹¹.

O mais importante fato das décadas de 80 e 90, porém, foi realmente o movimento de uniformização de muitos sistemas nacionais de proteção, resultante especialmente da ação direta, diplomática e econômica, dos Estados Unidos. Mas não só. Em um trabalho apresentado há alguns anos no Ministério das Relações Exteriores ¹², versando sobre o impacto dos controles então impostos sobre a divulgação do conhecimento, e sobre a produção científica, dizíamos:

A esta tendência patrimonialista se somaram as restrições à difusão e uso da tecnologia derivadas da legislação de segurança militar ou política dos países da OECD ¹³. A exportação de conhecimentos tecnológicos - inclusive os resultantes de patentes publicadas - passou a ser cada vez mais controlada seja com base na lei nacional ¹⁴ seja com base em acordos internacionais de mútua restrição ¹⁵. O acesso de pesquisadores e candidatos a doutorado estrangeiros a determinados segmentos da informação científica passou a ser mais e mais vedado ¹⁶.

Pois o monopólio informacional está sendo buscado neste instante não só no nível das normas jurídicas internacionais, mas também quanto à disseminação de ciência e tecnologia, através dos controles de exportação (cujo paradigma é o Export Administration Act Americano), da restrição de acesso de estrangeiros a documentos e seminários estritamente científicos e até pelo embargo do envio de documentos de patentes ao exterior. Em suma, nos últimos vinte anos, o processo de repartição de conhecimentos científicos e tecnológicos entre a indústria, a universidade, que aparentemente vinha se

11 A divulgação de tais testes, assim como a utilização de seus resultados por outros fabricantes do mesmo produto, constituía-se em fator importantíssimo de facilitação da entrada no mercado, aumentando a competitividade. As novas leis expandiram, desta maneira, a proteção anterior ao *trade secret*, uma vez mais favorecendo a patrimonialização da tecnologia. Vide o nosso *Licitações, Patentes e Subsídios*, Ed. Lumen Juris, 1997, p. 135 e seg., onde estudamos o impacto do tema na Lei 9.279/96.

12 As barreiras ao conhecimento (in *Anais do Seminário Internacional TECH90*. Ministério das Relações Exteriores, Brasília, 1991).

13 Sobre a questão, vide: Homer E. Moyer Jr. e Linda A. Mabry, *Export Controls as Instruments of Foreign Policy*, 15 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 1 (1983); Christine Alexander, *Preserving High Technology Secrets: National Security Controls on University Research and Teaching*, 15 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 173 (1983); James R. Atwood, *The Export Administration Act and the Dresser Industries Case*, 15 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 1157 (1983); Daniel Marcus, *Soviet Pipeline Sanctions*, 15 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 1163; Jerome J. Zaucha, *The Soviet Pipeline Sanctions*, 15 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 1169; James Bierman, *The 1983 Export Administration Act Legislation*, 15 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 1181; Homer O. Br., *Export Controls on Nonmilitary Goods and Technology: Are we penalizing the Soviets or ourselves?*, 21 *Texas Int'l Law Jour.* 363; Harold Livine, *Technology Transfer: Export Controls versus free Trade*, 21 *Texas Int'l Law Jour.* 373; Eric L. Hirschhorn e Joseph Tasker, Sr., *Export Controls: toward a rational system for everyone except Toshiba, with all deliberate speed*, 20 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 369 (1989); Andrew P. Hurwitz, *Failures in the interagency administration of national security export controls*, 19 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 537; Edward E. Groves, *A brief History of the 1988 National Security Amendments*, 20 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 589 (1989). Amy L. Rothstein, *1988 Trade Act Amendments to the Export Administration Act: Streamlining National Security Export Controls in The Commerce Department Speaks 1990*, PLI pg. 663; Larry E. Christensen, *The Export of Technical data, software and their direct product in The Commerce Department Speaks 1990*, PLI pg. 717. Vide também National Academy of Sciences, *Balancing the National Interest - U.S. National Security Export Control and Global Economic Competition* 123 (1987).

14 Por exemplo: o Export Control Act dos Estados Unidos, 50 U.S.C. app. Par. 2401-20 (1982 & Sup IV 1986) e o Multilateral Export Control Enhancement Amendments, 50 U.S.C. app. Par. 2410a 0a, 2410a 0a note.

15 Especialmente o COCOM, Coordinating Comitee, existente como um órgão informal desde 1949, extinto em 1994.

16 Vide Christine Alexander, op. cit., pg 239-240: "The Government recently has sought to impose many new restrictions on the university studies of foreigners and on the transfers of technology developed in university research centers. These attempts to stem foreign use of U.S. technology reflect a serious concern that the United States is losing its technological edge over other countries. Seeing rival nations fast closing that gap, the U.S. government is engaging in defensive maneuvers to retain the existing order".

intensificando, sofreu considerável reversão. O tempo foi de recrudescimento da noção de propriedade privada e, simultaneamente, de aumento do controle estatal, militar e político, dos fluxos de tecnologia.

A posição brasileira: responsabilidade social do proprietário

Em 1990, já não prosperavam as objeções brasileiras quanto à discussão da propriedade intelectual na esfera do Acordo; também parecem superadas as discussões quanto ao alcance do mandato que preside tais discussões no âmbito desta Rodada. Pois era em tal contexto que se notava especial ênfase nos direitos dos titulares das marcas, patentes, obras intelectuais, etc: a lesão efetiva ou potencial de tais direitos, se satisfeita tal tendência, passaria a ser matéria de comércio internacional, e sujeita as normas do Acordo.

Em recomendações à posição brasileira, tive ocasião de escrever na época:

“Parece assim recomendável trazer a discussão, também, os deveres de tais titulares, que deveriam também receber tutela na esfera comercial e, igualmente segundo as regras do GATT. De outra forma, as novas disposições, internacionalmente coativas, tutelariam uma face de certos direitos que, por sua própria natureza, são correlativos a deveres perante outras pessoas engajadas no comércio internacional, inclusive os Estados. Jus et obligatio sunt correlata; ubi bonus, ibi onus.

Tais ponderações, que não precisam ser enunciadas como renúncia a posição anteriormente seguida pelo Brasil, podem representar um motivo importante de moderação nas discussões.

Depreende-se que importantes atores do atual exercício, possivelmente o Japão, teriam interesse em obter garantias, em sede do GATT, contra o abuso, desuso ou mau uso dos direitos garantidos, de forma que afetassem desrazoadamente o próprio Comércio Internacional - que não é privilégio dos titulares de tais direitos.

Verifica-se, desta feita, a conveniência de estabelecer padrões mínimos de comportamento para os titulares de direitos intelectuais, com vistas ao aperfeiçoamento dos fluxos de comércio internacional. Em termos gerais, estes padrões se resumem a cinco pontos essenciais:

1. Os detentores dos direitos intelectuais, sob tutela do GATT, devem dar acesso equitativo a todos os países membros dos as utilidades e aos frutos tecnológicos, científicos, artísticos ou culturais do objeto de seus direitos.
2. Os detentores dos direitos intelectuais, sob tutela do GATT, devem, como contrapartida dos benefícios que recebem na esfera internacional, contribuir proporcionalmente para a elevação progressiva do Estado da Arte ou para o Patrimônio Cultural da Humanidade.
3. Os detentores dos direitos intelectuais, sob a tutela do GATT, não podem utilizá-los de maneira contrária ao razoável de forma a impedir ou limitar os fluxos internacionais de comércio.
4. Os detentores dos direitos intelectuais, sob a tutela do GATT não podem fazer uso dos mesmos de forma a impedir ou restringir, maneira contrária ao razoável, competição na esfera internacional ou no país onde tais direitos são exercidos.
5. Os detentores dos direitos intelectuais, sob a tutela do GATT, devem utilizá-los de forma a colaborar com o processo de desenvolvimento social e econômico dos países membros, com vistas a capacitá-los a usufruir integralmente dos benefícios da ampliação do comércio internacional de bens e serviços.”

Na análise de Maristela Basso ¹⁷, essas recomendações pareciam fazer sentido:

“Durante os debates, emergiram três concepções sobre propriedade intelectual:

17 Op. cit.

A primeira, defendida pelos Estados Unidos, entendia a proteção da propriedade intelectual como instrumento para favorecer a inovação, as invenções e a transferência de tecnologia, independentemente dos níveis de desenvolvimento econômico dos países. Os países desenvolvidos enfatizavam a vinculação entre propriedade intelectual e comércio internacional.

Durante as discussões, os países comunicaram ao GATT que a operação de suas companhias era ameaçada pela contrafação e inadequada proteção da propriedade intelectual;

A segunda posição, defendida pelos países em desenvolvimento, destacava as profundas assimetrias Norte-Sul, no que diz respeito à capacidade de geração de tecnologia. Sem desconhecer a importância da proteção da propriedade intelectual, estes países defendiam que o objetivo primordial das negociações deveria ser assegurar a difusão de tecnologia mediante mecanismos formais e informais de transferência. Os países em desenvolvimento tinham a preocupação de se garantir do acesso seguro à moderna tecnologia através de maior proteção dos direitos de propriedade intelectual. O dilema era como aumentar a proteção a esses direitos e garantir o acesso à moderna tecnologia. Para eles, suas necessidades de desenvolvimento econômico e social eram tão importantes (ou mais) que os direitos dos detentores de propriedade intelectual;

Por fim, tínhamos uma posição intermediária de alguns países desenvolvidos, dentre os quais o Japão e os membros das Comunidades Europeias que destacaram a necessidade de assegurar a proteção dos direitos de propriedade intelectual, evitando abusos no seu exercício ou outras práticas que constituíssem impedimento ao comércio legítimo. Isso porque os direitos exclusivos outorgados pelos títulos de propriedade intelectual poderiam se tornar, muitas vezes, barreiras ao comércio, especialmente por seu uso abusivo. Para esses países, as distorções no comércio podem surgir não apenas da "inadequada" proteção como também de uma "excessiva" proteção.

O que lia nessa visão de 1990, inclusive como refletida na análise de Maristela Basso, é que TRIPs, já que inevitável, tinha de ser uma proposta de equilíbrio.

TRIPs e a razoabilidade

Qual o equilíbrio de interesses pertinente?

Caso se admita que o interesse coletivo presume as duas coisas, fruição passiva dos frutos da tecnologia¹⁸ e aquisição ativa da tecnologia, chegamos à necessidade de que haja, no sistema de propriedade industrial, um equilíbrio de interesses que satisfaça esses dois requisitos. Os frutos do conhecimento devem ser distribuídos o mais rápida e intensamente possível por toda a sociedade, mas não só os frutos do conhecimento - o próprio conhecimento deve ser distribuído na mesma proporção e na mesma intensidade.

Ora, se presumimos a existência de um mercado impondo a necessidade de proteção da propriedade, há de se fazer com que esses interesses sejam compatíveis com a propriedade.

Em nossa Constituição foi introduzido um dispositivo que afirma ser direito constitucional à proteção da propriedade intelectual. Em dispositivos diferentes fala-se da propriedade industrial e de direitos autorais. Quanto aos direitos autorais, não existe outra limitação senão o do uso social das propriedades.

Quanto à propriedade industrial existe, além disso, uma cláusula de finalidade. Não se concede a propriedade industrial, a patente, a marca, etc., simplesmente como um resultado de um direito natural, existente desde sempre, que seja intrínseco à natureza humana. A Constituição reza que a propriedade industrial existe para um fim específico,

18 O que evoca o conceito hegeliano de alienação.

para o desenvolvimento tecnológico, social e econômico do País, não da humanidade, não dos países em geral. Concede-se a propriedade das marcas, das patentes, dos cultivares, do *software* e assim por diante, com a finalidade de propiciar o desenvolvimento do país. Desenvolvimento social do país, desenvolvimento tecnológico do país, desenvolvimento econômico do país.

Como se dá esse equilíbrio, esse balanço de interesses? Importante é comparar, de um lado, a idéia de que a propriedade intelectual serve exclusivamente para proteger o investimento, e, de outro, a idéia anterior que presidiu a Convenção de Paris nas suas raízes, e que se sobrepõe ao Acordo TRIPS: a de que é preciso equilibradamente proteger os interesses da sociedade e do proprietário.

Esse equilíbrio se faz, por exemplo, garantindo em primeiro lugar uma patente. A quem inventar, aqui ou no exterior, a solução para determinado problema técnico fica garantida uma patente no Brasil pelo espaço de tantos anos. Essa patente garantirá a exclusividade da exploração, dessa solução técnica, desde que seja explorada no país, usada no país, fabricada no país. Ou seja, indica a necessidade de atender ao investimento e aos interesses da sociedade. Aí interesses sociais, tecnológicos de trazer ao país a efetiva produção e não só o consumo passivo dos produtos importados.

Essa idéia de balanço de interesses que deve presidir todo o sistema de propriedade intelectual, segundo inclusive a nossa própria Constituição, é que permite admitir a existência do sistema de propriedade intelectual, sem cair para o paradigma oposto, o do livre mercado.

Aqueles que se opõem a que o Estado intervenha para a proteção do equilíbrio de interesses da comunidade e do inventor, se esquecem de que não é verdade que o próprio mercado, na sua infinita e onisciente sabedoria, tem a capacidade de se auto-regular. Tal conceito, aliás, contraria a existência do sistema de propriedade intelectual, que nasce da constatação de que o mercado não é capaz de garantir esse investimento, porque é possível copiar e com isso eliminar as vantagens comparativas do investimento.

É exatamente por isso que foi preciso criar um sistema de regulação, de intervenção estatal para corrigir essa falha de mercado, da possibilidade de cópia. Uma nova intervenção no sentido de compatibilizar interesses e equilibrar direitos tem a rejeição severa daqueles que, uma vez consolidados os direitos dos investidores, não querem mais nenhuma intervenção no mercado

A recusa de intervenção dos Estados no sentido de compatibilizar interesses coletivos e individuais, acrescenta ao paradigma do TRIPS, dos direitos mínimos, da uniformidade da proteção resultante do TRIPS, mais uma distorção. Os dois conceitos se aproximam, se completam. O conceito de que não se deve intervir seja, por exemplo, pelos mecanismos da licença compulsória de patentes ou de direitos autorais, mas se deve livremente deixar fluir o mercado regulando a propriedade intelectual. É mais absurdo isso na área da propriedade intelectual porque ela, por questão de falha de mercado, já resultou, em seu nascimento, da intervenção do Estado, criando mecanismos de monopólio.

TRIPs como uma proposta de equilíbrio

Voltamos à análise de Maristela Basso. Segundo ela – e entendo que a evolução histórica interna de TRIPs indica que sua análise está correta -, o texto que resultou das negociações (a proposta de Arthur Dunkel de dezembro de 1991, como modificado) incorpora esse justo meio. O equilíbrio de interesses:

“O projeto buscava um ponto de equilíbrio entre as várias posições e, ao mesmo tempo, apresentar uma resposta às preocupações dos países em desenvolvimento.

São reveladoras do contexto em que as negociações se desenvolveram, as colocações do diretor-geral Dunkel, no projeto final, de dezembro de 1991:

"This is not to say the agreement is without its critics. All parties 'won' and 'lost' important issues. Some industries in some countries are deeply troubled by the compromise package put forward. Nonetheless, the opportunity to obtain multilateral rules and enforcement mechanisms across so many disparate issues will likely be viewed as one of the major accomplishments in any concluded Uruguay Round"¹⁹.

A composição dos interesses em jogo durante as negociações do TRIPS resultou numa posição comum expressa numa pauta de compromissos claramente apresentados no Preâmbulo do Acordo e nos arts. 7º, 8º e 69.

Como se lê no Preâmbulo do Acordo, as partes lograram o consenso comprometendo-se:

1. a aplicar os princípios básicos do GATT 1994 e os acordos e convenções internacionais relevantes em matéria de propriedade intelectual;
2. a estabelecer padrões e princípios adequados relativos à existência, abrangência e exercício de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio;
3. a estabelecer meios eficazes e apropriados para a aplicação de normas de proteção de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio, levando em consideração as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos nacionais;
4. a estabelecer procedimentos eficazes e expeditos para a prevenção e solução multilaterais de controvérsias entre Governos; ...".

Para tanto, os Estados reconhecem:

1. a necessidade de um arcabouço de princípios, regras e disciplinas multilaterais sobre comércio internacional de bens contrafeitos;
2. os direitos de propriedade intelectual são direitos privados;
3. os objetivos básicos de política pública dos sistemas nacionais para a proteção da propriedade intelectual, inclusive os objetivos de desenvolvimento e tecnologia;
4. as necessidades especiais dos países de menor desenvolvimento relativo, 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;
5. a importância de reduzir tensões mediante a obtenção de compromissos firmes para a solução de controvérsias sobre questões de propriedade intelectual relacionadas ao comércio, por meio de procedimentos multilaterais" (Preâmbulo).

O art. 7º do Acordo TRIPS fixa os Objetivos a serem perseguidos:

"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".

As partes se comprometem a buscar "benefícios recíprocos", "bem-estar social e econômico" e, sobretudo, o "equilíbrio de direitos e obrigações". O reconhecimento e a observância dos direitos de propriedade intelectual dependem de valores sociais relevantes e, em particular, do equilíbrio entre os usuários de conhecimento tecnológico.

¹⁹ In "Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations", GATT DOC.MTN.TNC/W/FA (20 December 1991).

Como observou Carlos Correa, "o Acordo TRIPS, portanto, não consagra um paradigma 'absolutista' da propriedade intelectual, no qual só interessa a proteção dos direitos do titular. Pelo contrário, se baseia no equilíbrio entre a promoção da inovação e da difusão e transferência de tecnologia"²⁰.

O discurso oficial da OMC reflete o conceito de que a ponderação é o elemento crucial do Acordo:

The WTO's Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) attempts to strike a balance between the long term social objective of providing incentives for future inventions and creation, and the short term objective of allowing people to use existing inventions and creations ²¹

TRIPs e a Insensatez brasileira

Acordado em 1994, TRIPs entrou em vigor geralmente em 1º de janeiro de 1995 ²²

Curiosamente, ou talvez sem surpresas, o reflexo de TRIPs no Brasil, especialmente na sua incorporação real ou fictícia no direito interno, reflete não o equilíbrio, mas a prevalência irrefreada da tese do predomínio dos interesses dos proprietários, mesmo a despeito do mercado e do comércio ²³. O recrudescimento radical do sistema de propriedade. A vitória absoluta das teses americanas.

Como ocorreu tal descalabro? Em primeiro lugar, pela votação de projetos de lei de sentido patrimonialista e desequilibrado, sem compatibilidade com o sistema constitucional e a simples razoabilidade. Em segundo lugar, pela aplicação interna de TRIPs em completo desacordo com o tratado e em desafio da jurisprudência estrangeira e internacional, que negam a possibilidade de tal aplicação direta (especialmente no caso de prorrogação de patentes). Parceiros de tal insanidade, o legislativo e alguma parcela

20 In Acuerdo TRIPS - Régimen internacional de la propiedad intelectual. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998, p. 28-29.

21 TRIPS and pharmaceutical patents, Fact Sheet, April 2001

22 Vide geralmente quanto ao Acordo, J.H.Reichman, Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection under the TRIPs Component of the WTO Agreement, 29 International Lawyer 345 (1995), p. 347, Mary Footer, International Regulation of Trade in Services following Completion of the Uruguay Round, 29 The International Lawyer 453 (1995); Ávila, Urrutia e Mier, Regulación del Comercio Internacional tras la Ronda Uruguay, Tecno, Madri, 1994; Yves Le Diascorn, L'Uruguay Round, Ed. Ellipses, 1995; Trebilcock e Howse, The Regulation of International Trade, Routledge, 1995; Leebron, An overview of the Uruguay Round Results, 34 Columbia Journal of Transnational Law, 1 (1995); Demaret, The Metamorphosis of the GATT: from the Havana Charter to the World Trade Organization, 34 Columbia Journal of Transnational Law, 162-169 (1995); Denis Borges Barbosa, O Acordo TRIPs da Organização Mundial do Comércio (2002, Ed. Lumen Juris); Denis Borges Barbosa, A Convenção de Paris é a referência fundamental da Propriedade Industrial. Panorama da Tecnologia, no. 13, fev. 1995, p. 33; Denis Borges Barbosa, Letter from the Gama World, Journal of Technology Management, jan. 1995; Denis Borges Barbosa, [Mondialisation et acces aux Medicaments](#) (Colaborador), OMS, 1998; Denis Borges Barbosa, O GATT e a Propriedade Intelectual, Panorama da Tecnologia vol. 2, 1987; McGovern, International Trade Regulation, Globefield Press, 1996; van Houtte, The Law of International Trade, Sweet & Maxwell, 1995; Leonardos, Gustavo Starling, A data de aplicação no brasil do acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio: TRIPS, Revista Forense, no. 331 p 105 a 112 jul/set 1995; Carminatti, Antonella, A aplicação do trips na ordem juridica interna, Revista da ABPI, n 17 p 13 a 17 jul/ago 1995. Os seguintes artigos em Casella, Paulo Borba e Mercadante, Araminta de Azevedo (coords), 1ª edição, 1998, p. 575-606: Licks, Otto B. O acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio: anexo 1C ao acordo de Marraqueche constitutivo da organização mundial de comércio (OMC). A negocialização do trips e sua internacionalização. In: Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?, Nazo, Georgete Nacarato. A propriedade intelectual e o TRIPS. Soares, Guido F. S. O tratamento da propriedade intelectual no sistema da organização mundial do comércio: uma descrição geral do acordo Trips. Weiss. Friedl. Aspectos do direito internacional público do TRIPS

23 Na verdade, os exercícios legislativos brasileiros incorporaram tanto o resultado das negociações de TRIPs, quanto os exercícios de harmonização levados a cabo no contexto OMPI e, o que talvez mais ressalte, as pressões unilaterais americanas.

do judiciário dão guarida aos interesses de investidores em detrimento dos interesses sociais e do simples bom senso.

Temos, neste episódio, um exemplo egrégio do que a historiadora Bárbara Tuchman descreve como “a marcha da insensatez”, definido-se esta “as the pursuit by governments of policies contrary to their own interests, despite the availability of feasible alternatives”²⁴.

Um exemplo apenas, entre muitíssimo outros, basta para ilustrar a alucinação brasileira neste passo. Como fruto tanto dos chamados exercícios de harmonização conduzidos pela OMPI, como das negociações de TRIPs, foi introduzido na Lei 9.279/956 um importante aspecto das patentes de processo, à luz do art. 42 § 2º do CPI/96. É a questão processual – mas de enormes conseqüências –, da *reversão do ônus da prova*: é o usuário de um processo, réu numa ação judicial, que tem o dever de provar que não está infringindo a patente, e não o autor da ação. Tal disposição resultaria, em tese do art. 34 do TRIPs²⁵.

O problema em questão, extremamente relevante quando se trata de patente de processo, é o da obtenção da prova: em geral, não é muito fácil determinar se um processo está sendo utilizado em violação de privilégio. Nos casos, como no Brasil, em que se possa fazer busca e apreensão *inaudita altera pars* no local onde o processo se realize, tudo se resolve a contento; mas se tal procedimento não é possível, impõe-se a adoção de outros remédios processuais adequados²⁶.

O caso mais flagrante em que a busca e apreensão não funciona, é o do processo utilizado fora da jurisdição pertinente - quando o produto é importado -, circunstância em que a prova fica difícil de colher. Para obviar tal problema, a jurisprudência de vários países veio a elaborar a doutrina da reversão do ônus da prova²⁷.

A questão não é de interesse exclusivo do advogado militante, eis que a proteção indireta somada à reversão do ônus de prova tornam a patente de processo tão forte que quase se equipara a uma de produto; e tal é a importância da figura que os documentos do TRIPs dedicam seção específica ao tema.

24 The March of Folly, Ballantine Books, 1992.

25 Vide Carlos Correa, Acuerdo TRIPs, Ed. Ciudad Argentina, 1996, p. 154 e seguintes, cuja análise indica que o art. 42 § 2º está desconforme, por excesso, com os parâmetros do TRIPs.

26 Alberto Bercovitz, Las variaciones de los sistemas de patentamiento con sus méritos y ventajas no Seminario sobre la propiedad Industrial para la Industria y el Comercio, organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Industrial, OMPI, con el auspicio del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de Chile, Santiago de Chile, 23 al 25 de abril de 1986, “existe una gradación de medidas en torno a la protección de las sustancias químicas y farmacéuticas, que van desde la protección absoluta que ofrece la patente do producto hasta la falta total de aquella, respecto a las invenciones de sustancias medicamentosas cuando se prohíbe totalmente su patentabilidad. En los estados intermedios están la patentabilidad simple de los procedimientos, la patentabilidad de los mismos con protección indirecta del producto reforzada por la inversión de la carga de la prueba. (...) En este caso una vez más hay que hacer notar que la opción de legislador debe situarse en un marco más amplio que el de la ley de patentes, puesto que la regulación de esta materia puede tener una incidencia decisiva en el desarrollo de la industria química y farmacéutica. Por tanto, para regular estos temas en la ley de patentes, el legislador tiene que tener ante todo una idea sobre la política que piensa seguir el desarrollo de esa industria, ya que las normas de patentes han de servir y ser coherentes con esa política.

27 Bercovitz, op. cit.: "Para evitar este grave inconveniente, se ha incluido en algunos ordenamientos una norma que aparecía ya en la legislación alemana de finales del siglo pasado. Se trata de la denominada "inversión de la carga de prueba", según la cual cuando una patente tenga por objeto la invención de procedimiento para la obtención de una nueva sustancia. Evidentemente que la razón en la que se fundamenta la norma radica en considerar que, siendo la sustancia nueva el, procedimiento patentado gracias al cual se obtiene, debe considerar que es el único existente mientras no se pruebe lo contrario. No cabe duda que la inversión de la carga de la prueba junto con la protección indirecta del producto, refuerzan notablemente la posición del titular de la patente. Ahora bien; si un tercero inventa un procedimiento distinto para la obtención de la misma sustancia. entonces nada le impedirá producirla, si su patente no es dependiente de la anterior y no tiene por qué serlo necesariamente

Mas o que ocorre é que a versão brasileira, mais “simples e prática”, cria um abastema teratológico. Enquanto TRIPs só admite a reversão quando o produto em questão seja novo, ou quando fosse efetivamente impossível ao titular da patente determinar se o processo usado pelo réu é o mesmo processo patenteado - ou seja, aplicando técnica da ponderação ou razoabilidade, a lei brasileira impõe o ônus sem qualquer moderação. Nem prescreve a lei brasileira, como faz TRIPs, que os segredos de empresa do réu sejam protegidos. Resultado das falhas desastrosas da lei brasileira é que os réus ficam em situação de exposição e desproteção que ofende a cláusula constitucional do devido processo legal (Carta de 1988, Art. 5º., LIV) ²⁸.

<p>Art. 42 (omissis) § 2º. Ocorrerá violação de direito da patente de processo, a que se refere o inciso II, quando o possuidor ou proprietário não comprovar, mediante determinação judicial específica, que o seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele protegido pela patente.</p>	<p>Art. 34 1. For the purposes of civil proceedings in respect of the infringement of the rights of the owner referred to in paragraph 1(b) of Article 28, if the subject matter of a patent is a process for obtaining a product, the judicial authorities shall have the authority to order the defendant to prove that the process to obtain an identical product is different from the patented process. Therefore, Members shall provide, in at least one of the following circumstances, that any identical product when produced without the consent of the patent owner shall, in the absence of proof to the contrary, be deemed to have been obtained by the patented process: (a) if the product obtained by the patented process is new; (b) if there is a substantial likelihood that the identical product was made by the process and the owner of the patent has been unable through reasonable efforts to determine the process actually used. 2. Any Member shall be free to provide that the burden of proof indicated in paragraph 1 shall be on the alleged infringer only if the condition referred to in subparagraph (a) is fulfilled or only if the condition referred to in subparagraph (b) is fulfilled. 3. In the adduction of proof to the contrary, the legitimate interests of defendants in protecting their manufacturing and business secrets shall be taken into account.”</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

²⁸ Note-se que uma solução similar à brasileira foi arrancada da Argentina por pressão unilateral. Vide Shanker, Daya, Argentina-US Mutually Agreed Solution, Economic Crisis in Argentina and the Failure of the WTO Dispute Settlement System. " The issue of shifting of proof in case of process infringement which was confined only in the case of identical products has been extended to any new product and the burden of proof that the product is not new has been shifted to the defendant in total contradistinction of the TRIPS Agreement" .

Outros exemplos de desequilíbrio insensato - e por isso mesmo, contrário à Constituição - incluem o dito pipeline, que revigora a proteção de tecnologias já integrantes do domínio público, o que TRIPs não impusera; a declaração judicial de prorrogação de patentes além do prazo constitucionalmente limitado, a pretexto da aplicação interna de TRIPs rejeitada pelo texto, pela doutrina, e pela jurisprudência da OMC e dos tribunais internacionais e estrangeiros; o abandono das lesões ao meio ambiente como fundamento de recusa às patentes - o que TRIPs aceita e a lei brasileira não; e a escolha de um sistema de exaustão de direitos que ofende o livre comércio e o próprio GATT.

Em suma, a pseudo-incorporação de TRIPs na ordem interna foi, em regra, muito além do texto final de consenso negociado, e sempre contra o interesse brasileiro. O legislador brasileiro acabou cedendo à pressão unilateral americana, sem se aproveitar dos ganhos de razoabilidade que vieram com TRIPs. Nelida Jessen, analisando o projeto que resultou no atual Código da Propriedade Industrial, assim notou:

A perda da capacidade de os países selecionarem áreas tecnológicas de como não-concessão de privilégios e a recusa de introduzir no PL 824/91 os mecanismos de exceção que o GATT admitiu, a retroação da possibilidade de depósito de patente (“pipeline”), muito mais amplo do que a negociada em GATT-TRIPs, o abandono do período de transição admitido em TRIPs e uma série de outras escolhas, menos flexíveis para o País, devem ser cuidadosamente vistas, pois demonstram até uma certa relação de divergência entre os níveis multi e bilaterais.

Também a questão do segredo da indústria, regulado de maneira pífia no PL 824/91, e a introdução da matéria no GATT, bem como sua transformação, ao longo das negociações, até o conceito de “undisclosed information” (que, aliás, tem passado despercebido), é do mais alto interesse para a aquisição de conhecimento tecnológico e para a produção de bens que utilizem certas inovações tecnológicas, especialmente nas áreas de fármacos e alimentos.

A imposição de certos caminhos judiciais, inclusive com aspectos inadmissíveis no nosso direito (de que o dispositivo sobre a pseudo reversão de ônus da prova é exemplo) que aparecem em GATT-TRIPs e na Harmonização de Patentes (em contraste aos insípidos dispositivos constantes do PL), a determinação da proteção das bases de dados, a possibilidade de limitação da circulação de informações existentes em bibliotecas e mesmo o novo conceito de reprodução de obra são condicionantes inevitáveis para a inovação tecnológica”²⁹.

Num contexto legal como esse, os mecanismos de equilíbrio que ainda existiam - por exemplo o de licença compulsória do sistema de patentes - correriam o risco de ser cada vez menos usados³⁰.

As acometidas contra a posição brasileira

No dizer de um autor³¹ americano, com a internalização de TRIPs, o regime brasileiro tornou-se um “shining example of economic progress because of its ‘vastly greater intellectual property protection’”. Não obstante tal sensação, o Brasil foi objeto de

29 Nelida Jazbik Jessen, estudo técnico para a Universidade de Campinas, 13 de outubro de 1992.

30 Note-se que a falta de vontade política ainda persiste. Por simples decreto poder-se-ia regulamentar o sistema de licença compulsória, atribuindo valores ao que se chama uso obrigatório, ao que se chama possibilidade de importação paralela, ao que se prevê do papel do CADE na repressão do abuso do poder econômico com patentes.

31 Mayer, Christopher, (1998) *The Brazilian Pharmaceutical Industry Goes Walking From Ipanema to Prosperity: Will the New Intellectual Property Law Spur domestic Investment?*, Temple International & Comparative Law Journal, Vol. 12.2, p-377-401

reclamações junto a OMC por sua nova lei de propriedade industrial ³². A questão em disputa era a aplicação do artigo 68 da Lei 9.279/96, que prevê a licença compulsória por falta de uso ³³.

O Brasil também suscitou perante a OMC consultas junto aos Estados Unidos em relação a certos aspectos da sua lei de patentes que violariam o TRIPs ³⁴.

As disputas em questão foram solucionadas sem julgamento através de acordos entre as partes ³⁵.

O contexto dessas discussões - que precederam um diferendo sobre o uso da licença compulsória num episódio ligado ao uso de medicamentos contra a AIDs - foi um dos elementos mais relevantes para fixar o episódio Doha que adiante veremos ³⁶. Mais importante do que tudo, evidenciou pela primeira vez que o contexto multilateral permite uma defesa da posição brasileira, que seria consideravelmente menos eficaz num contexto de pressão unilateral ³⁷.

32 (WT/DS199/3 dated 9.1.2001). "The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement) prohibits discrimination regarding the availability of patents and the enjoyment of patent rights on the basis of whether products are imported or locally produced. This obligation prohibits Members of the World Trade Organization (WTO) from requiring "local working," i.e., local production, of the patented invention as a condition for enjoying exclusive patent rights. Article 68 of Brazil's 1996 industrial property law (Law No. 9,279 of 14 May 1996; effective May 1997), however, imposes a "local working" requirement which stipulates that a patent shall be subject to compulsory licensing if the subject matter of the patent is not "worked" in the territory of Brazil. Specifically, a compulsory license shall be granted on a patent if the patented product is not manufactured in Brazil or if the patented process is not used in Brazil. In addition, if a patent owner chooses to exploit the patent through importation rather than "local working," then Article 68 will allow others to import either the patented product or the product obtained from the patented process.

33 Vide Attaran, Amir and Champ, Paul, "Patent Rights and Local Working Under the WTO TRIPS Agreement: An Analysis of the U.S.-Brazil Patent Dispute" . Yale Journal of International Law, Vol. 27, p. 365 .

34 Doc WT/DS224/1, "The United States Patents Code stipulates that no small business firm or non-profit organization which receives title to any subject invention and no assignee of any such small business firm or non-profit organization shall grant to any person the exclusive right to use or sell any subject invention in the United States unless such person agrees that any products embodying the subject invention or produced through the use of the subject invention will be manufactured substantially in the United States. In addition, each funding agreement with a small business firm or non-profit organization shall contain appropriate provisions to effectuate the above-mentioned requirement. The Patents Code also imposes statutory restrictions which limit the right to use or sell any federally owned invention in the United States only to a licensee that agrees that any products embodying the invention or produced through the use of the invention will be manufactured substantially in the United States."

35 Doc. WT/DS199/4, "Should the U.S. withdraw the WTO panel against Brazil concerning the interpretation of Article 68, the Brazilian Government would agree, in the event it deems necessary to apply Article 68 to grant compulsory license on patents held by the U.S. companies, to hold prior talks on the matter with the U.S. Government. These talks would be held within the scope of the U.S. - Brazil Consultative Mechanism, in a special session scheduled to discuss the subject."

36 Sykes, Alan O'Neil, "TRIPs, Pharmaceuticals, Developing Countries, and the Doha 'Solution'" (February 2002). U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 140, "The AIDS crisis in the developing world and the financial obstacles to addressing it have understandably evoked much sympathy, and the developing nations are not without powerful political allies in the developed world. The litigation initiated against South Africa by international pharmaceutical companies resulted in a flurry of unfavorable commentary in the press, and the litigation was eventually dropped in April, 2001. Political considerations also led the United States to drop its WTO challenge to Brazil's Industrial Property Law, in return for a promise by Brazil to consult in advance with the United States before invoking its domestic legislation on compulsory licensing. The United Nations Commission on Human Rights weighed in on the matter as well, arguing that access to drugs is a human right, and that TRIPs should be interpreted flexibly to promote access to drugs" .

37 Está claro que as pressões unilaterais americanas da década de 80 eram ofensivas ao texto do GATT de então. Mas os mecanismos de resolução de diferendos de então, e o contexto político anterior ao nascimento da OMC, permitiam muito menos espaço ao Brasil no uso dos mecanismos do GATT contra os Estados Unidos.

O refluxo da razão

Mas foi exatamente o uso da licença compulsória pelo Brasil - ou melhor, a ameaça de seu uso - que deflagrou, em 2000/2001 o espaço para evidenciar que o equilíbrio em TRIPs era real e eficaz. Narra Antonio Luiz Figueira Barbosa:

Fácil recordar as conseqüências no campo da saúde pública em nosso País, ocasionando atritos entre o Ministério da Saúde (MS) e os fabricantes internacionais de medicamentos para o controle da AIDS, e, em decorrência, atritos também com o governo dos EUA. O MS ao sentir comprometido o programa nacional de combate à AIDS, face aos elevados preços de medicamentos patenteados, buscou a eventual concessão de licença compulsória, tendo, então, obtido preços mais razoáveis. Era uma situação lamentável, principalmente considerando que algumas das patentes haviam sido concedidas para matérias já em domínio público em nosso País, mas que a nova lei possibilitava patentear com as chamadas patentes pipeline. Em poucas palavras, havíamos cavado a nossa própria sepultura...

A disseminação em larga escala da AIDS nos países africanos, com destaque para os atritos do governo sul africano com a indústria farmacêutica internacional, é um bom exemplo de sérios problemas contidos em TRIPs no âmbito das licenças compulsórias. De pronto começaram a surgir reações contrárias a estas situações, inclusive com a ativa participação das ONGS de países desenvolvidos. Resultado: começaram, a aparecer sinais de mudanças.

Mas o caminho natural de TRIP acabou por se consolidar numa postura imensamente mais equilibrada do que a prática da insensatez, ao estilo brasileiro. No dizer ainda de Antonio Luiz Figueira Barbosa:

Em 14 de novembro de 2001, reunido o Conselho Ministerial da OMC na cidade de Doha, os países emitem uma declaração denominada "TRIPs e a Saúde Pública". A declaração começa por reconhecer os graves problemas de saúde pública que afetam os países em desenvolvimento (PEDs) e os menos desenvolvidos (PMDs), "especialmente aqueles resultantes da AIDS, tuberculose, malária e outras epidemias", e, neste contexto, instam os países a usarem o TRIPs em apoio às ações nacionais e internacionais para a solução desses problemas (§§ 1 e 2).

Embora reconhecendo a importância da propriedade intelectual no desenvolvimento de medicamentos, também afirmam a sua influência sobre os seus preços (§ 3), aditando que o TRIPs "não previne e nem deve prevenir medidas protetoras da saúde pública", bem como deve ser interpretado e implementado de modo a permitir as medidas ações neste sentido, inclusive de "promover o acesso de todos aos medicamentos" (§ 4). Algumas flexibilidades do TRIPs em relação às leis nacionais são enumeradas, devendo se destacar a concessão de licenças compulsórias e a exaustão de direitos, não sendo esta admitida em nossa legislação nacional (§ 5). A disposição seguinte reconhece haver países "com insuficiente ou nenhuma capacidade de produção no setor farmacêutico (que) podem encontrar dificuldades no efetivo uso da licença compulsória sob o Acordo TRIPs", e, neste sentido,

solicitam ao Conselho do TRIPs uma rápida solução para o problema até o final de 2002 (§ 6).

A Declaração Ministerial de Doha ³⁸, incluindo uma declaração específica sobre TRIPs e Saúde Pública ³⁹, suscitou uma nova ótica para o impacto do Acordo TRIPs em face dos países em desenvolvimento ⁴⁰. No caso dos países de menor desenvolvimento relativo - o que exclui o Brasil - o Conselho de TRIPs acabou aprovando a prorrogação do início de patentes de medicamentos para 2016 ⁴¹

Não cabe aqui qualquer ingenuidade quanto ao papel brasileiro nesse contexto. Doha - e não nos referimos aqui somente ao contexto da Propriedade Intelectual - resultaria muito mais das tensões internas entre os blocos dos países da OECD, do que da presença dos países em desenvolvimento, e do exemplo brasileiro ⁴².

³⁸Doc.WT/MIN(01)/DEC/1, 20 November 2001

³⁹ Doc.WT/MIN(01)/DEC/2, de 20 November 2001

⁴⁰ Numa avaliação imparcial: " In particular, the Declaration recognises the gravity of public health problems such as HIV/AIDS, TB and malaria, all of which have major effects on developing countries. It recognises the concern about the effects of intellectual property on prices, and confirms that TRIPS "does not and should not" prevent WTO Members from taking measures to protect public health. It acknowledges that TRIPS should be read in the light of its objectives – which include social and economic welfare, and a balance of rights and obligations. The Declaration reaffirms the fact that countries have the right to grant compulsory licences, and are free to determine the grounds upon which these are granted. It recognises that TRIPS allows countries to establish the exhaustion of rights regime of their choosing, and also recognises the need to address the situation of countries with no local manufacturing capacity. Finally, developed countries commit themselves to promote and encourage technology transfer, and to extend the transition periods for implementation for least-developed countries." What did developing countries get in Doha?, encontrado em <http://www.quno.org>

⁴¹ "The WTO council responsible for intellectual property, on 27 June 2002, approved a decision extending until 2016 the transition period during which least-developed countries (LDCs) do not have to provide patent protection for pharmaceuticals" . (WTO NEWS: 2002 PRESS RELEASES Press/30128 June 2002)

⁴² Duncan Matthews, "Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights: Will The Uruguay Round Consensus Hold?" CSGR Working Paper No. 99/02, Centre for the Study of Globalisation and Regionalisation (CSGR), University of Warwick, Coventry), " For many global corporate actors, trade-related intellectual property rights have now ceased to be an issue deemed to be of sufficient urgency to garner consensus amongst an otherwise disparate corporate lobby in its relations with government policy makers with regard to trade matters. In this respect, the TRIPs Agreement is seen by many of the key players involved in building business consensus in the run-up to the Uruguay Round as being only achievable at a particular moment in time through a coming together of pan-industry global business interests. Some credence can be accorded to the view that the developed country consensus that lay at the heart of the TRIPs Agreement has begun to show increasing signs of strain since the conclusion of the Uruguay Round if one observes the series of complaints brought before the WTO Dispute Settlement Body. As predicted by Reichman (1995: 390), the TRIPs Agreement has set developed countries against other developed countries" .

No campo específico de TRIPs, a declaração de Doha ⁴³ foi prefigurada pela decisão do caso das patentes indianas ⁴⁴. O caso do Canadá também demarcou os limites da intervenção da OMC na esfera nacional ⁴⁵

No caso específico - que se revelou importante para o Brasil - da importação de produtos para atender licença compulsória ao abrigo do parágrafo 6 da Declaração de Doha sobre Saúde ⁴⁶, as discussões subsequentes a Doha revelaram mais um passo do conflito entre a posição unilateral americana e o consenso afinal obtido ⁴⁷

Doha indica, mais do que tudo, o retorno a um equilíbrio nas tensões entre os países da OECD e certos países em desenvolvimento, em particular o Brasil. Enfim, com a multilateralização das disputas, e a superação - pelo menos temporárias - das pressões unilaterais americanas, foi possível discernir uma nova fase de diástole das pressões internacionais.

As declarações de Doha

Na verdade, a mudança de ares no sentido de esclarecer o alcance do art. 31 de TRIPs veio do lado dos países desenvolvidos:

“Os países em desenvolvimento que estavam pressionando muito para terem uma declaração sobre a relação entre o acordo tríplice e saúde pública, sobretudo na questão das importações paralelas e da licença compulsória, começam agora a ter dúvidas, porque hoje a situação se inverteu. Quem está querendo a declaração são os países industrializados. É o caso dos Estados Unidos, da Suíça e de outros. Mas eles querem uma declaração muito detalhada, entrando em extraordinários pormenores legais sobre como e em que condições poderiam

⁴³ Sobre a Declaração de Doha, vide, Shanker, Daya, "Access to Medicines, Article 30 of TRIPS in the Doha Declaration and an Anthropological Critique of International Treaty Negotiations" . <http://ssrn.com/abstract=391540>; Bagley, Margo, "Legal Movements in IP: TRIPS, Unilateral Action, Bilateral Agreements, and HIV/AIDS" . Emory International Law Review, Vol. 17, pp. 101-118, Fall 2003; Shanker, Daya, "Para 6 Solution of the Doha Declaration, Article 30 of TRIPS and Non-Prohibition of Exports under the TRIPS Agreement" . {<http://ssrn.com/abstract=377160>}

⁴⁴ Reichmann, J.H., Securing Compliance with the TRIPS Agreement After US v. India, Journal of International Economic Law, Vol. 1, No. 4, 1998 ; "The decision of the WTO Appellate Body in the India-Mailbox case was a critical step in affirming the WTO-consistency of pursuing national and regional policies which take advantage of the absence of strict harmonization of IPRs standards at the worldwide level. The India-Mailbox decision suggests that the WTO will accord substantial deference to national and regional rules which manifest good faith compliance with the basic standards of the TRIPS Agreement" .

⁴⁵ Quanto ao alcance da decisão do Canada para o Brasil, vide o noss Aplicação do Acordo TRIPs no Brasil, Lumen Juris, 2002. O Canadá não foi dos ganhadores do Uruguay Round. Vide McCalman, Phillip, "Reaping What You Sow: An Empirical Analysis of International Patent Harmonization" (December 1999). University of California Department of Economics Working Paper No. 454. <http://ssrn.com/abstract=200788> : "On this basis patent harmonization has the capacity to generate large transfers of income between countries, the US being the major beneficiary. While developing countries are major contributors to these transfers, Canada, UK and Japan also make sizable contributions. These transfers significantly alter the perceived distribution of benefits from the Uruguay Round, with the US benefits substantially enhanced, while those of developing countries and Canada are considerably diminished"

⁴⁶ 6. We recognize that WTO members with insufficient or no manufacturing capacities in the pharmaceutical sector could face difficulties in making effective use of compulsory licensing under the TRIPS Agreement. We instruct the Council for TRIPS to find an expeditious solution to this problem and to report to the General Council before the end of 2002.

⁴⁷ Shanker, Daya, "Access to Medicines, Article 30 of TRIPS in the Doha Declaration and an Anthropological Critique of International Treaty Negotiations" . {<http://ssrn.com/abstract=391540>} "All the proposals for the para 6 solutions of the Doha Declaration were combined together for discussion. However, the TRIPS Council Chairman Perez Motta removed all the proposals coming from developing countries while incorporating the restriction on the scope of diseases as desired by the USA and the EC in repetition of the 1990-1991 TRIPS negotiations where in a similar fashion after all the proposals were combined together, Anell and then GATT Chairman Arthur Dunkel removed all the proposals coming from developing countries from the final TRIPS Agreement with Article 1.1 of TRIPS permitting unlimited increase in trade restrictions. The USA tried to put its seal of finality on Perez Motta's note by issuing another document, which it called Moratorium which says that if all the conditions prescribed by Perez Motta are accepted, then the USA would not take any action" .

utilizar as importações paralelas ou a licença compulsória, o que está levando os demais à dúvida sobre se isso, em vez de garantir a flexibilidade, não vai eliminá-la, e se não seria melhor tentar deixar o acordo como está, porque ele foi baseado naquilo que o antigo presidente do grupo, o Embaixador da Suécia, chamava de ambigüidade construtiva. Não sei até que ponto se pode eliminar essa ambigüidade”⁴⁸.

A decisão de Doha, no tocante ao assunto sob análise foi a seguinte:

Trade-related aspects of intellectual property rights

17. We stress the importance we attach to implementation and interpretation of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement) in a manner supportive of public health, by promoting both access to existing medicines and research and development into new medicines and, in this connection, are adopting a separate declaration. (...)

19. 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.⁴⁹

Seguindo a explicação oficial da OMC, nesta declaração os ministros enfatizam que é importante executar e interpretar o acordo dos TRIPS de maneira que dê apoio aos objetivos da saúde pública, promovendo acesso aos medicamentos existentes e a criação de medicamentos novos. O enunciado afirma que o acordo TRIPS não deve impedir que os Governos nacionais ajam para proteger a saúde pública, pois que têm eles o direito de usar as flexibilidades do acordo.

A declaração tem como fim estabelecer regras que sejam aplicáveis aos mecanismos de resolução de controvérsia e, ao mesmo tempo, forneçam orientação aos países membros. No tocante específico à saúde pública e sua relação com TRIPs, Doha emitiu uma declaração específica.

Quais são as flexibilidades de TRIPs? A Declaração específica⁵⁰ cita a licença compulsória e a importação paralela:

1. We recognize the gravity of the public health problems afflicting many developing and least-developed countries, especially those resulting from HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics.
2. We stress the need for the WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement) to be part of the wider national and international action to address these problems.
3. We recognize that intellectual property protection is important for the development of new medicines. We also recognize the concerns about its effects on prices.
4. We agree that the TRIPS Agreement does not and should not prevent members from taking measures to protect public health. Accordingly, while reiterating our commitment to the TRIPS Agreement, we affirm that the Agreement can and should be interpreted and implemented in a manner supportive of WTO members' right to protect public health and, in particular, to promote access to medicines for all.

In this connection, we reaffirm the right of WTO members to use, to the full, the provisions in the TRIPS Agreement, which provide flexibility for this purpose.

5. Accordingly and in the light of paragraph 4 above, while maintaining our commitments in the TRIPS Agreement, we recognize that these flexibilities include:

- a) In applying the customary rules of interpretation of public international law, each provision of the TRIPS Agreement shall be read in the light of the object and purpose of the Agreement as expressed, in particular, in its objectives and principles.

⁴⁸ Palestra de Rubem Ricupero. CÂMARA DOS DEPUTADOS, SEMINÁRIO "O BRASIL E A ALCA", 24/10/01, Segundo Painel do Segundo Dia, "Defesa Comercial, Política de Concorrência e Propriedade Intelectual"

⁴⁹ Ministerial declaration Adopted on 14 November 2001, doc. WT/MIN(01)/DEC/1 of 20 November 2001.

⁵⁰ Declaration on the TRIPS agreement and public health, Adopted on 14 November 2001. Doc. WT/MIN(01)/DEC/2 of 20 November 2001

- b) Each member has the right to grant compulsory licences and the freedom to determine the grounds upon which such licences are granted.
- c) Each member has the right to determine what constitutes a national emergency or other circumstances of extreme urgency, it being understood that public health crises, including those relating to HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics, can represent a national emergency or other circumstances of extreme urgency.
- d) The effect of the provisions in the TRIPS Agreement that are relevant to the exhaustion of intellectual property rights is to leave each member free to establish its own regime for such exhaustion without challenge, subject to the MFN and national treatment provisions of Articles 3 and 4.

6. We recognize that WTO members with insufficient or no manufacturing capacities in the pharmaceutical sector could face difficulties in making effective use of compulsory licensing under the TRIPS Agreement. We instruct the Council for TRIPS to find an expeditious solution to this problem and to report to the General Council before the end of 2002.

7. We reaffirm the commitment of developed-country members to provide incentives to their enterprises and institutions to promote and encourage technology transfer to least-developed country members pursuant to Article 66.2. We also agree that the least-developed country members will not be obliged, with respect to pharmaceutical products, to implement or apply Sections 5 and 7 of Part II of the TRIPS Agreement or to enforce rights provided for under these Sections until 1 January 2016, without prejudice to the right of least-developed country members to seek other extensions of the transition periods as provided for in Article 66.1 of the TRIPS Agreement. We instruct the Council for TRIPS to take the necessary action to give effect to this pursuant to Article 66.1 of the TRIPS Agreement ⁵¹.

Após as declarações de Doha, fica claro que os instrumentos da licença compulsória e da importação paralela são absolutamente lícitos no contexto de TRIPs, sendo a questão de saúde um exemplo particularmente claro e insofismável de uma das hipótese de tais *flexibilidades*. O efeito da declaração específica, que se intitula Declaração sobre TRIPs e saúde pública (e não, por exemplo, “declaração sobre a aplicação de TRIPs no campo da saúde pública”), não se limita ao campo dos produtos médicos e similares.

O segundo episódio das patentes de AIDS

A segunda vez em que se suscitou a necessidade de exame de licença compulsória por interesse público, na vigência de TRIPs, deu-se em julho de 2003 com a constituição de um Grupo de Negociação para Aquisição e Produção de Medicamentos Anti-Retrovirais no Ministério da Saúde ⁵².

No caso brasileiro, o Programa Nacional de DST e Aids baseia-se na garantia do acesso universal e gratuito dos medicamentos anti-retrovirais à toda a população brasileira, e assim os recursos públicos se encarregam da totalidade das aquisições do medicamento patenteado. Desde sua origem, o grupo já considerava a hipótese de licenciamento da propriedade industrial dos produtos e processos pertinentes.

Durante meses a fio, houve intensas negociações com as empresas Roche, Merck e Abbott, detentoras, respectivamente, das patentes dos medicamentos anti-retrovirais a base dos princípios ativos NELFINAVIR, EFAVIRENZ e LOPINAVIR/RITONAVIR. Os dois últimos casos se mostraram mais abertos às razões negociadoras; mas no caso do NELFINAVIR somente a perspectiva real de licença compulsória levou que a Roche chegasse a oferecer ao Ministério da Saúde, ao final de 2003, uma proposta mais razoável para o preço e suprimento do NELFINAVIR, tanto na apresentação em comprimidos como em solução oral. A nova proposta da empresa para 2004 acabou sendo muito

⁵¹ Doc. WT/MIN(01)/DEC/2 of 20 November 2001

⁵² Quanto à questão, vide nosso artigo sobre a nova regulamentação da licença compulsória de interesse público, Revista da ABPI de novembro de 2003.

próxima dos valores que seriam obtidos pelo Ministério da Saúde na produção do medicamento pelo órgão oficial Far-Manguinhos.

Para o sucesso das negociações foi crucial a modificação do regulamento brasileiro de licença compulsória por interesse pública, e a hipótese de aplicação do regime de importação sob licença compulsória previsto no parágrafo 6º da Declaração de Doha sobre Saúde.

TRIPs, Doha e a nova legislação de licença compulsória

Em face das relevantes solicitações da área de saúde, em particular do sistema de combate a AIDS, o Governo Federal havia emitido, em outubro de 1999, através do Decreto 3.201, detalhada regulamentação sobre a concessão, de ofício, de licença compulsória nos casos de emergência nacional e de interesse público. Para isso, entendia-se que havia apoio tanto na lei brasileira quanto nos tratados, inclusive o Acordo TRIPs da OMC.

Como já mencionado, não obstante a clareza do mandato de TRIPs, quando se suscitou pela primeira vez a hipótese da concessão de uma licença compulsória de interesse público no Brasil, a reação dos Estados Unidos fez deflagrar um procedimento contencioso na OMC. Ante o clamor tanto dos outros países como também de resistências internas americanas, os Estados Unidos deram um passo atrás na sua reclamação. E o assunto acabou sendo discutido na 5ª. reunião ministerial da OMC, realizada em outubro de 2001, em Doha, no Qatar.

Acontece que, após Doha, o Decreto 3.201 estava desatualizado. Além disso, não obstante sua extrema relevância e o superior interesse público que pretende atender, o normativo incorria também em acessos, ilegalidades e inconstitucionalidades flagrantes.

Para suprir algumas de tais impropriedades, foi emitido o decreto 4.830 de 4 de setembro de 2003. O novo decreto se propunha a utilizar as flexibilidades oferecidas pelo Acordo TRIPs e os preceitos da Declaração Ministerial de Doha relativa ao Acordo TRIPs e a Saúde Pública. de 2001, também da OMC. Evoca, ainda, a ‘experiência administrativa adquirida na temática do licenciamento compulsório, com vistas a assegurar a devida amplitude de ação do Estado, particularmente do Ministério da Saúde, na defesa dos interesses legítimos na promoção da saúde pública’.

Doha e as Licenças compulsórias de importação

O ponto crucial de Doha veio a ser o parágrafo 6 da Declaração específica, na qual os ministros reconhecem que os membros da OMC sem adequada capacidade de fabricação poderiam enfrentar dificuldades em fazer o uso eficaz da licença compulsória sob o acordo TRIPs, determinando que o Conselho do Acordo encontrar uma solução rápida para este problema antes do fim de 2002.

Realmente antes do prazo, os países membros chegaram a um acordo, afinal aprovado pela Assembléia Geral de TRIPs em 30 de agosto de 2003; uma declaração do Presidente da Assembléia Geral esclarece certos aspectos da decisão.

A decisão de 30 de agosto de 2003 permite que todo o país membro exporte produtos farmacêuticos sob licença compulsória. Todos os países membros da OMC são elegíveis *como importadores*, desde que declarem sua impossibilidade de fabricar o bem licenciado compulsoriamente, mas 23 países envolvidos anunciaram que renunciaram a tal direito. Outros países anunciaram separadamente que se usassem o sistema seria somente para emergências ou situações extremamente urgentes.

A decisão impõe que os instrumentos cobertos por ela serão usados em boa fé, para os fins de cuidar dos problemas de saúde pública, e não para alcançar objetivos de política industrial ou comercial; uma característica importantíssima é a garantia de que as importações não sejam desviadas para terceiros países. A nova decisão durará até que o acordo de propriedade intelectual da OMC seja emendado.

Um série cuidados formais foram introduzidos para viabilizar a licença por importação, entre outras a notificação prévia à OMC da intenção de licenciar, com a natureza da demanda e as quantidades necessárias.

Os países menos desenvolvidos, que foram beneficiários de uma decisão de junho de 2002 estendendo o prazo para aplicar as regras de TRIPS sobre patentes até 2016 ⁵³, são, no caso de licenças compulsórias para atendimento de necessidades de saúde pública, presumidos incapazes de fabricação local.

Conclusões

O que a história das relações do Brasil com o TRIPs parece ensinar é que se tem de distinguir certos parâmetros estruturais do regime do Acordo, e a função que eles exercem no funcionamento da OMC em geral.

A idéia da uniformização dos parâmetros de proteção da Propriedade Intelectual é o problema crucial, e mesmo estrutural, do modelo TRIPs ⁵⁴. Mas ela não se restringe ao Acordo; pelo contrário, ela se incorpora nos exercícios de harmonização de Propriedade Intelectual, em propostas como os tratados substantivos de patentes e marcas, em discussão na OMPI, e, agravadamente, no escopo de pressões unilaterais entre países.

O que se tem de valioso na experiência de TRIPs é o da consolidação de parâmetros previsíveis pelos quais são avaliados o nosso sistema nacional de Propriedade Intelectual. Tais parâmetros, que não são os que se ambicionava no início do questionamento do papel

⁵³ Decision of the Council for TRIPS of 27 June 2002. The Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (the "Council for TRIPS"), Having regard to paragraph 1 of Article 66 of the TRIPS Agreement; Having regard to the instruction of the Ministerial Conference to the Council for TRIPS contained in paragraph 7 of the Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health (WT/MIN(01)/DEC/2) (the "Declaration"); Considering that paragraph 7 of the Declaration constitutes a duly motivated request by the least-developed country Members for an extension of the period under paragraph 1 of Article 66 of the TRIPS Agreement; Decides as follows: 1. Least-developed country Members will not be obliged, with respect to pharmaceutical products, to implement or apply Sections 5 and 7 of Part II of the TRIPS Agreement or to enforce rights provided for under these Sections until 1 January 2016. 2. This decision is made without prejudice to the right of least-developed country Members to seek other extensions of the period provided for in paragraph 1 of Article 66 of the TRIPS Agreement.

⁵⁴ Modelo global de patente é questionado na OMC, Gazeta Mercantil, página C8, 17 de Setembro de 2002. O sistema global de patentes aumenta os preços dos remédios e das sementes em grande parte dos países em desenvolvimento, tornando mais difícil a redução da pobreza. A constatação é de uma comissão independente sobre os direitos de propriedade intelectual, criada pela ministra de desenvolvimento internacional da Grã Bretanha, Caire Short, que apresentou, em Genebra, suas conclusões a negociadores da Organização Mundial de Comércio (OMC). A mensagem da comissão é de que hoje a proteção dos direitos de patentes através de Trips (acordo de propriedade intelectual relacionada ao comércio) beneficia basicamente os países ricos. O grupo de especialistas de várias partes do mundo sugere que os países pobres devem ter o direito de limitar a proteção de patentes e encorajar a produção de cópias de genéricos de remédios importantes. O modelo brasileiro de produção de medicamentos contra a Aids é bem avaliado no documento. Mas seus autores dizem que nem todos os países em desenvolvimento têm condições financeiras de copiar o programa, nem a força do Brasil para obrigar as companhias farmacêuticas a baixar os preços de outros remédios. +O presidente da comissão, John Barton, professor de direito da Universidade de Stanford, disse que o problema sobre o controverso modelo global de regime de propriedade intelectual nem é a má interpretação, e sim que foi longe demais. "Países desenvolvidos freqüentemente partem da idéia de que o que é bom para eles é possivelmente benéfico também para os países em desenvolvimento", nota Barton. "Mas os países em desenvolvimento não devem ser encorajados ou coagidos a adotar regimes de propriedade intelectual mais fortes sem considerar o impacto sobre o seu desenvolvimento e sobre sua população."

da Propriedade Intelectual para o desenvolvimento, em 1962, também não são os delírios patrimonialistas da era Reagan.

Mas não são esses parâmetros os mais importantes, e sim os processos de interpretação e aplicação deles, previstos no texto consensual. Importantes também são os procedimentos de resolução de controvérsias, tanto quando é aplicado (como no caso das patentes indianas), como quando é evitado (como no caso das licenças compulsórias brasileiras).

Se esses parâmetros e procedimentos serão favoráveis à situação brasileira, não está ainda claro. Mas se pode precisar que a atual situação, dez anos após TRIPs, é melhor para o Brasil do que era na época das sanções unilaterais americanas. Que podem certamente voltar, não obstante a proibição de tais medidas pelo Tratado de Marrakesh - ocorreu no caso do acordo extraído da Argentina.

O ambiente depois de TRIPs não é mais o da Convenção de Paris, com seu respeito à diversidade nacional; mas, dez anos depois, também não é o círculo de ferro da uniformidade. Com temas urgentes e clamantes, como o da Aids, quebrou-se a opressão pétreia do sistema que só atendia o interesse do proprietário; com menor pressão dos lobbies empresariais, pode-se atender a certos interesses de diversidade, se não nacionais, pelo menos de categorias de países em desenvolvimento.

Com efeito, a fase corrente tem como característica relevante o aumento do papel dos estados nacionais e grupos supraestatais no âmbito do TRIPs, com abatimento do papel dos lobbies empresariais.

Autores há que enfatizam o papel relevante de novos atores institucionais no campo da Propriedade Intelectual ⁵⁵. Assim como Reagan contornou a OMPI para resolver os problemas de patrimonialização no foro do GATT, assim também interesses outros, que não das empresas de Reagan, encontraram ressonância em outros atores do processo internacional.

Deve-se também considerar, já pelo lado negativo dessa tendência, a exurgência da discussão de falsos temas, ou temas de relevância retórica., no campo da Propriedade Intelectual. Sobre cantochão da biodiversidade, tema por si só relevantíssimo, tem-se vocalizado sem cessar as questões de reconhecimento de valores culturais e tecnológicos tradicionais. È um belo tema, mas nem por isso mais relevante para o enfrentamento real de interesses relativos à cultura e ao conhecimento tecnológico.

Ante a importância da difusão da tecnologia, e do acesso à informação gerada pelos setores mais dinâmicos da economia e da criação contemporânea, tais valores tradicionais são certamente significativos. No entanto, qualitativa e quantitativamente, são marginais. Os remédios contra a Aids, se não fossem licenciados compulsoriamente, não poderiam ser substituídos pelo encantamento de algum pajé. Concentrar em tais temas a libido dos países em desenvolvimento é deixar que os dedos se percam, para concentrar a atenção nos anéis que ficam, em toda sua cintilante irrelevância

⁵⁵ Helfer, Laurence R., "Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking" . Yale Journal of International Law, Vol. 29, 2004: " Intellectual property is now at or near the top of the agenda in intergovernmental organizations such as the World Health Organization and the Food and Agriculture Organization, in international negotiating fora such as the Convention on Biological Diversity's Conference of the Parties and the Commission on Genetic Resources for Food and Agriculture, and in expert and political bodies such as the United Nations Commission on Human Rights and its Sub-Commission on the Protection and Promotion of Human Rights. In some of these venues, intellectual property lawmaking has led to the negotiation of new treaties; in others, challenges to TRIPs are framed through reinterpretation of existing agreements and the creation of nonbinding declarations, recommendations, and other forms of soft law" .

No caso específico do Brasil, a nossa insanidade presente tem de ser curada pela administração vigorosa de dois remédios: pela aplicação do escrutínio constitucional, de forma a limpar os excessos de irrazoabilidade e ofensa ao *substantive due process of law*. E pela aplicação de TRIPs, como ela foi consensual e está se aplicando na prática corrente.

Por mais que se tenha demonizado TRIPs durante a última década, certo é que nós, brasileiros, fomos os responsáveis por todos os excessos, todas as disfunções, todas as opressões que resultam da legislação em vigor. Foram os legisladores e juízes brasileiros que desequilibraram os interesses da sociedade e dos investidores, contra o interesse nacional.

Terminando, observo que na própria Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, muitas vezes tida como patrimonializante, se conduz agora um exercício de reparar o alcance da lei autoral de 1998, naquilo que tem de tão loucamente excessivo, que fere os interesses de todos. A solução dos excessos, como ensina a História, resulta quase sempre do refluxo do bom senso.