
O ENTENDIMENTO SOBRE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO E O SISTEMA DE RETALIAÇÃO CRUZADA EM PROPRIEDADE INTELECTUAL

Ana Paula Soares Jucá da Silveira e Silva

Advogada da União, Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB), Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Panorama Geral da Organização Mundial do Comércio; 2 O Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio – Acordo TRIPS; 3 O Entendimento sobre Solução de Controvérsias e o Mecanismo de Retaliação Cruzada; 3.1 O Entendimento sobre Solução de Controvérsias - principais características; 3.2 O Mecanismo de Retaliação Cruzada - e a possibilidade de sua utilização no campo da propriedade intelectual; 4 Os Direitos de Propriedade Intelectual e os Preceitos Constitucionais; 5 O Papel da Advocacia Geral da União na Implementação das Contramedidas Conclusão. Lista de Siglas. Referências.

RESUMO: O artigo analisa a possibilidade de implementação de contramedidas em propriedade intelectual como consequência da utilização do sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC). Para tanto, a autora buscou apresentar o atual regime de solução de controvérsias da OMC, a opção da retaliação cruzada, bem como procedeu à avaliação do papel que a Advocacia Geral da União (AGU) pode desempenhar no auxílio à execução interna de tais medidas, tanto do ponto de vista jurídico quanto prático. Foram apresentados requisitos, conceitos e implicações de tal aplicação bem como as dificuldades e obstáculos jurídicos a serem vencidos, tendo em vista o essencial papel da AGU neste processo. O sistema de aplicação da chamada “retaliação cruzada” é complexo e demanda um embasamento jurídico sólido para que as ações cheguem a resultados efetivos e, diante destes efeitos suportem a credibilidade do sistema de solução de controvérsias e demonstrem a utilidade de sua aplicação para os países em desenvolvimento.

PALAVRAS-CHAVE: solução de controvérsias; Organização Mundial do Comércio; retaliação cruzada; contramedidas; propriedade intelectual.

ABSTRACT: This article analyzes the possibility of implementing countermeasures in the intellectual property field as a consequence of the Dispute Settlement Regime of the World Trade Organization (WTO). To achieve this objective, the author has presented the Dispute Settlement system, the possibility for using “cross retaliation” measures and, also, had analyzed the role that the Brazilian Public Advocacy (AGU) can develop in order to help the implementation of those measures, from a legal and practical perspective. There were presented requirements, concepts and implications of this option, and also difficulties and obstacles that must be overlapped, taking into consideration the essential role of AGU. The utilization of the so-called regime of “cross-retaliation” measures is complex and demands a strong juridical basis in order to reach effective results and with this effects be able to support the credibility of the whole Dispute Settlement Regime and demonstrates the utility of its application by developing countries.

KEYWORDS: dispute settlement; World Trade Organization; cross-retaliation; countermeasures; intellectual property.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo discutir as implicações das contramedidas autorizadas no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) no campo da propriedade intelectual, em face da legislação interna, bem como o papel que a AGU pode desempenhar na possível implementação de tais medidas.

De forma a analisar o tema, buscou-se, em um primeiro momento, apresentar o arcabouço normativo da Organização Mundial do Comércio, do Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS)¹ e do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC). Foram descritas a estrutura e o funcionamento de tais acordos e foi feita uma breve análise do sistema de “retaliação cruzada” e a possibilidade normativa de sua aplicação no campo da propriedade intelectual. Foram analisadas, também, as interfaces entre os direitos de propriedade intelectual e os preceitos constitucionais, de forma a demonstrar as potenciais vantagens e dificuldades relacionadas à hipótese de aplicação do mecanismo de retaliação cruzada em propriedade intelectual. Por fim, se procurou situar o papel da Advocacia Pública no apoio ao Poder Executivo para a implementação de contramedidas nesta área, considerando sua atuação e linhas de trabalho.

A aplicação do mecanismo de retaliação em setores e Acordos diversos daqueles relativos ao comércio de bens pode ser uma saída para a efetiva aplicação do Sistema de Solução de Controvérsias no que se refere aos países em desenvolvimento, uma vez que a retaliação neste campo pode trazer aos nacionais daqueles países prejuízos muitas vezes maiores do que o montante a ser autorizado para a retaliação. Um dos campos que pode vir a ser bastante efetivo para esta finalidade é o Acordo TRIPS, onde se permite a aplicação de contramedidas em matéria de direitos de propriedade intelectual.

Os direitos de propriedade intelectual (DPI), por sua vez, possuem natureza complexa e peculiaridades que suscitam questionamentos a respeito da factibilidade da adoção de retaliações mediante suspensão de concessões ou outras obrigações do Acordo TRIPS. Eventuais contramedidas em propriedade intelectual serão intrinsecamente diferentes de retaliações no âmbito do comércio de bens, previstas e adotadas desde o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio - GATT -

1 Neste artigo, utiliza-se a sigla TRIPS relativa ao nome do Acordo em inglês “Trade Related Intellectual Property Rights”, como ficou conhecida no Brasil.

e preservadas na OMC, usualmente implementadas sob a forma de imposição de direitos aduaneiros adicionais, estabelecimento de quotas ou simples proibição do comércio de determinados produtos.

1 PANORAMA GERAL DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

A OMC, organização surgida em 1995, decorrente de oito rodadas de negociação ocorridas no âmbito do GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio, sigla em inglês)², tem por objetivo a condução e manutenção das boas regras do comércio internacional, o que inclui seu papel na solução de controvérsias de natureza comercial, surgidas entre seus Membros. Para tanto, cuida da execução de mais de vinte Acordos comerciais diferentes.³

As negociações para a criação da OMC foram um importante marco nas relações internacionais e no regime multilateral de comércio. Seu diferencial está centrado no processo que o aprovou, pois contou com participação significativa dos países em desenvolvimento (PEDs). Igualmente importante foi a criação de um “sistema de solução de controvérsias”, de caráter vinculante e possuidor de regras jurídicas claras e precisas.

Essas negociações, ocorridas no âmbito da Rodada Uruguai, abarcavam praticamente todas as questões de política comercial pendentes à época, inclusive com a possibilidade de revisão de todos os artigos do GATT. Com tamanha amplitude de negociação, foram trabalhados temas nas mais diversas áreas do comércio, destacando-se o Acordo sobre os Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS) e o Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC).

Trata-se, respectivamente, do Anexo 1C e do Anexo 2 da Ata Final que Incorpora os Resultados das Negociações Comerciais Multilaterais, adotada em 15 de abril 1994, em Marraqueche, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994⁴ e incorporada ao ordenamento

2 Para um histórico compreensivo das oito rodadas de negociação do GATT e comparação entre o GATT e OMC ver Barral (2001), Caldas (1997), Caldas (1998), Costa (1996) Croome (1998), Lafer (1998), Lancini (2004) e Thorstensen (1999)

3 Para informações adicionais vide Thorstensen (1999) e Barral (2001) além do endereço da Organização na internet: www.wto.org

4 BRASIL. Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994. Aprova a Ata Final da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, as listas de concessões do Brasil na área tarifária

jurídico nacional pelo Decreto no 1.355, de 30 de dezembro de 1994.⁵

2 O ACORDO SOBRE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL RELACIONADOS AO COMÉRCIO – ACORDO TRIPS

O Acordo TRIPS significou a introdução do tópico de propriedade intelectual no sistema multilateral de comércio. Sua aplicação está centrada em quatro pilares básicos: (i) no reconhecimento de que os direitos de propriedade intelectual são de natureza privada e (ii) no estabelecimento de padrões mínimos de proteção à propriedade intelectual, acompanhado de (iii) medidas para sua implementação nacional e (iv) da possibilidade de aplicação do sistema de solução de controvérsias da OMC. Está estruturado em sete partes do Acordo, detalhadas a seguir.

A Parte I trata das regras e princípios gerais, onde se destacam o Princípio do Tratamento Nacional⁶ e da Cláusula da Nação mais Favorecida⁷.

A Parte II estabelece os padrões relativos à existência, abrangência e exercício de direitos, conforme as diferentes categorias da propriedade intelectual. Nesta parte, estão previstas algumas das flexibilidades em relação ao cumprimento do Acordo, como as licenças compulsórias e a obrigação de os Membros protegerem as informações não divulgadas contra a concorrência desleal.

A Parte III trata da aplicação (*enforcement*) dos direitos de propriedade intelectual - DPI, prescrevendo remédios e procedimentos, administrativos e judiciais, no sentido de assegurar que os titulares tenham à disposição medidas para impedir ou coibir as violações de seus direitos. O Acordo TRIPS reconhece, porém, não

(Lista III) e no setor de serviços e o texto do Acordo Plurilateral sobre Carne Bovina. Diário Oficial da União nº 239, de 19 de dezembro de 1994, seção 1, página 19889.

5 BRASIL. Decreto no 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Diário Oficial da União nº 248-A, de 31 de dezembro de 1994, seção 1, página 21394.

6 O Princípio do Tratamento Nacional consta do Artigo III do GATT e diz respeito à necessidade de o Membro não tratar de forma discriminatória nacionais e estrangeiros, conferindo direitos iguais aos dois.

7 A Cláusula da Nação Mais Favorecida ou Princípio da Nação Mais Favorecida está no Artigo I do GATT e estabelece que não pode haver discriminação entre os Membros. Ou seja, toda vantagem, privilégio ou imunidade concedida a um dos Membros deve ser, em geral, imediata e incondicionalmente concedida aos outros Membros. Apenas algumas exceções são permitidas, como no caso de Acordos de Livre Comércio entre alguns Membros.

existir qualquer obrigação de criação de sistema jurídico próprio para a aplicação de normas de proteção da propriedade intelectual distinto do já existente, sendo permitido ao Estado Membro utilizar-se de seu arcabouço normativo vigente, por exemplo, em matéria cível, penal ou de defesa da concorrência, para a proteção ou ressarcimento decorrentes dos direitos de propriedade intelectual conferidos aos titulares.

A Parte IV estabelece o princípio da razoabilidade de formalidades, procedimentos e prazos relacionados à aquisição e manutenção dos DPI, determinando, ainda, a disponibilidade de recurso judicial de decisões administrativas. A Parte V determina que o ESC é aplicável ao Acordo TRIPS e a Parte VI contém as disposições transitórias, como os prazos diferenciados de transição conforme o nível de desenvolvimento dos países signatários e as cláusulas sobre cooperação técnica. Por fim, a Parte VII traz o estabelecimento do Conselho para TRIPS, no âmbito da OMC, responsável por monitorar a implementação do Acordo e dar oportunidade aos Membros de estabelecerem consultas relativas ao Acordo.

Os DPI são bastante complexos e envolvem uma grande gama de categorias de atividades e setores que podem ser objeto de avaliação quando da consideração de eventuais sanções neste campo. Sua aplicação pode se dar, por exemplo, em áreas diversas desde a questão patentária ligada a medicamentos, sementes transgênicas, produtos alimentícios, até a proteção dos direitos autorais em relação a CDs e DVDs ou livros, aplicáveis também à proteção de indicações geográficas ou aos modelos de utilidade que protegem embalagens ou ainda ao monopólio sobre produtos eletrônicos ou programas de computador, além de outras possibilidades.

Do ponto de vista jurídico, igualmente, a diversidade de procedimentos, requisitos e formas de aquisição e manutenção destes direitos permite que, na hipótese de opção por suspender sua concessão ou outras obrigações do Acordo, sejam selecionados os setores mais apropriados para tornar efetivas as retaliações, conforme as circunstâncias do caso concreto e o interesse público envolvido.

Ademais, é importante ressaltar que da análise do preconizado no Acordo TRIPS depreende-se que os DPI são direitos subjetivos de natureza exclusiva, de caráter monopolístico, ainda que temporário, e que são sujeitos a limitações sobre certas condições. Entretanto, é importante considerar que estes direitos têm natureza territorial e são constituídos sob a jurisdição de cada um dos Membros. Portanto, estão sujeitos ao arcabouço legal nacional vigente.

A implementação do Acordo TRIPS é alvo de divergência acerca de seus efeitos sócio-econômicos, em especial considerando a realidade

dos países em desenvolvimento. Acreditava-se anteriormente que, quanto mais rigorosa⁸ a lei de propriedade intelectual, maiores seriam os investimentos em inovação. Segundo essa corrente, uma vez protegidos os DPI, universidades e setor privado perceberiam os benefícios de investir em inovação pelo recebimento de royalties e o número de patentes registradas aumentaria progressivamente. Entretanto, esta relação de causa e efeito não ocorreu no Brasil.

A Lei 9.279 foi editada em 1996, com o intuito de reestruturar a legislação em propriedade intelectual no Brasil. Entre outros aspectos, a Lei 9.279/96 incorporou as cláusulas contidas no Acordo TRIPS e ainda adicionou o que se convencionou chamar de cláusulas *TRIPS plus*. Este conceito define cláusulas mais rigorosas que aquelas contempladas no Acordo em tela. Com a nova legislação, o Brasil passou a ter um sistema de proteção de DPI muito mais rigoroso, criando possibilidades anteriormente não previstas, como a concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos. No entanto, ao contrário da corrente dominante que levou à criação da Lei, não houve o aumento esperado nas questões de inovação e número de patentes⁹.

Diante das dificuldades enfrentadas por países como o Brasil na condução de políticas públicas face à proteção dos DPI, algumas fórmulas alternativas para a garantia de direitos de proteção e estímulos às inovações vêm sendo largamente discutidas nos foros internacionais, em vista da preocupação atual com os aspectos ligados aos direitos humanos e ao desenvolvimento nacional¹⁰. A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), órgão do Sistema das Nações Unidas que discute e harmoniza temas relacionados à área, criou em sua estrutura um Comitê para elaboração de propostas concretas a serem observadas por todos os outros setores da Organização. Esse Comitê é fruto de uma discussão originada na chamada “Agenda para

8 Uma legislação é considerada como tendo maior rigor quanto maior for o grau de proteção que confere aos direitos dos titulares dos DPI (prazo estendido em relação ao exigido por TRIPS, por exemplo) bem como quanto mais ampla for a gama de direitos que se propõe a proteger (proteção de áreas não exigíveis por TRIPS, como partes de seres vivos).

9 Esta questão pode ser constatada ao se observar a estatística produzida pelo INPI que consolida o número de depósitos de pedidos de patentes no período de 1997 (após a entrada em vigor da Lei no. 9279/96) a 2006. Em 1997, o número total de pedidos depositados era de 19.443 e em 2006; 10 anos após a vigência da Lei, este número era de 10.750. No decorrer da série histórica percebe-se que o número se manteve praticamente estável sem o aumento esperado nos pedidos de patentes, havendo, em alguns casos, diminuição. As estatísticas podem ser verificadas na página de internet do INPI – <http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/instituto/resolveUId/91645bdbb775b3aafc453ec07b105b5a>

10 A discussão dessas alternativas é muito importante para o tema de propriedade intelectual, mas não estão no escopo deste artigo. Para informações mais detalhadas, ver (JUCÁ SILVA.e VALLINI, 2004)

o Desenvolvimento”, movimento que tinha por objetivo inserir nas agendas cotidianas da OMPI esta dimensão (desenvolvimento), em respeito às necessidades dos países em desenvolvimento.¹¹

A Organização Mundial da Saúde, preocupada com os efeitos da propriedade intelectual sobre o acesso a medicamentos e seus reflexos nas políticas de saúde aprovou, na 61^a. Assembléia Mundial da Saúde, a Resolução WHA 61.21¹² “*Estratégia Global sobre inovação, propriedade intelectual e saúde pública*” onde mecanismos alternativos são apresentados para discussão como meios de proteção dos investimentos em detrimento de direitos monopolísticos que podem aumentar a desigualdade social e dificultar a consecução de políticas públicas.¹³

3 O ENTENDIMENTO SOBRE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E O MECANISMO DE RETALIAÇÃO CRUZADA

O estabelecimento do “Entendimento sobre Solução de Controvérsias” no âmbito da OMC, conhecido como ESC, teve um significado bastante importante na forma de condução da política comercial dos países no plano internacional. JACKSON (2008) caracteriza a evolução dos procedimentos de solução de controvérsias de um sistema orientado pela força (*power-oriented*) para uma diplomacia

11 Para maiores informações, vide BRANDELLI, Otávio. *Agenda para o Desenvolvimento em Matéria de Propriedade Intelectual*. In: Anais do XVI Seminário Nacional da Propriedade Intelectual, Brasília, 28 a 30/8/06. Rio de Janeiro: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, 2006, p. 76-77.

12 O documento pode ser acessado na íntegra através do endereço eletrônico http://www.who.int/gb/ebwha/pdf_files/A61/A61_R21-en.pdf

13 Acerca do risco derivado da “mercantilização” de alguns setores sociais, o Professor Marcus Faro, em seu artigo “Direitos Sociais, Econômicos e Culturais: uma abordagem pós-neo-clássica” (2005), na discussão sobre “reserva de indisponibilidade, estrutura social e dinâmica econômica”, assumiu que a propriedade intelectual aplicada a áreas sociais, como a de saúde, pode ser um exemplo para preocupação no que se refere à mercantilização, o que prejudicaria a justiça social, *in verbis*:

“Tome-se o caso da política de saúde, hoje sujeita a crescente mercantilização na forma dos planos de saúde e das patentes de remédios. Sobre as patentes incide a política de propriedade intelectual, hoje amplamente relevante do ponto de vista das políticas bilaterais e multilaterais de comércio. No primeiro caso (políticas bilaterais), destaca-se o papel de “estratégias coercitivas” de alguns países, notadamente dos Estados Unidos, sob a influência de poderosos grupos de interesse, tais como a *harmaceuticals Manufacturing Association*. No caso das políticas multilaterais, ganha relevância o conjunto de regras chamado TRIPs (*Trade-Related Intellectual Property Rights*) aprovado como legislação da Organização Mundial do Comércio (OMC). No âmbito de tais políticas, o desenvolvimento de jurisprudência, em consonância com princípios de proteção aos direitos humanos, e corretiva de excessos da “modelagem econômica” de interesses, poderia contrapor-se aos consensos tecnocráticos tipicamente formados sem preocupação com ideais de justiça.” disponível em https://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/artigos/Marcus_rev74.htm

comercial orientada pelas regras (*rule-oriented*). Este novo paradigma é uma forma de solução de conflitos pela negociação com referência a regras ou normas sobre as quais as partes envolvidas acordaram previamente e não com relação ao poder relativo das partes envolvidas, como ocorria anteriormente.

Nesse sentido, a OMC adquiriu a capacidade *sui generis* de impor sanções em decorrência do descumprimento de suas normas. Essa característica causou dois fenômenos marcantes: (i) a demanda pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) tornou-se maior do que o recurso a outros tribunais internacionais; e (ii) o cumprimento das determinações do OSC é significativo (BARRAL, 2002). Considera-se que o ESC reforçou e aperfeiçoou os mecanismos de solução de controvérsias do GATT, ao estabelecer um sistema integrado na OMC, que cobre diferentes acordos mencionados em seu apêndice. Além disso, o aperfeiçoamento institucional se deu também pela adoção de automatismo no processo e da noção de “consenso negativo”¹⁴.

O Entendimento sobre Solução de Controvérsias – principais características

Do ponto de vista institucional, o artigo 2 do ESC estabeleceu o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), em caráter permanente, para aplicar as normas, procedimentos e disposições em matéria de consultas e solução de controvérsias referentes aos acordos abrangidos, salvo disposição em contrário de um desses acordos. O OSC tem competência para estabelecer painéis (Grupos Especiais), acatar relatórios dos Grupos Especiais e do Órgão de Apelação (OA), supervisionar a aplicação das decisões e recomendações e autorizar a suspensão de concessões e de outras obrigações determinadas pelos acordos abrangidos.

Entre os principais objetivos do ESC estão a segurança jurídica e previsibilidade do sistema multilateral de comércio, preservando direitos e obrigações dos acordos cobertos pelo ESC e muitas vezes fornecendo esclarecimentos quanto a estes direitos e obrigações mediante interpretação dos Acordos da OMC¹⁵; e a garantia de solução positiva para as controvérsias. A solução mutuamente aceitável para as partes em controvérsia é privilegiada, desde que em conformidade com

14 Os conceitos de “automatismo” e “consenso negativo” serão mais bem desenvolvidos no próximo capítulo quando da explicação sobre a estrutura e funcionamento do ESC

15 O esclarecimento dos direitos e obrigações é feito segundo as normas usuais do Direito Internacional Público. Embora não haja menção explícita, o Órgão de Apelação (OA) resolveu que os artigos 31 a 33 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados são particularmente úteis (OMC, 2004). Estes artigos são frequentemente usados pelas partes em suas defesas, bem como nas conclusões dos painéis (que são como sentenças).

as disciplinas cobertas pelo acordo. Na impossibilidade de uma solução mutuamente acordada, o objetivo primordial do mecanismo de solução de controvérsias da OMC será o de conseguir a supressão das medidas incompatíveis com as disposições de qualquer dos acordos abrangidos.

MAFRA (2008) afirma que este sistema, apesar de haver sido concebido como um foro para expressão de desentendimentos, não foi planejado para ser uma instância de conflitos. O objetivo expresso no artigo 11 do ESC, ao contrário, é de apresentar caminhos para o estabelecimento de uma solução em que ambas as partes possam ter benefícios, por acordo mútuo.

O artigo 4 trata dos procedimentos de consulta prévia, reafirmando a determinação das partes de fortalecê-lo. Contrariamente ao que ocorria no GATT, na OMC a não aceitação do pedido de consultas não bloqueia os procedimentos, podendo a parte reclamante, na forma e prazos definidos no artigo 4.3, proceder diretamente à solicitação de estabelecimento de painel.

Em contrapartida aos benefícios derivados deste sistema, os Membros têm obrigações específicas que podem ser consideradas como contrapeso aos direitos, sendo elas: (i) a obrigação de jurisdição exclusiva, ou seja, renunciar a recorrer a outros foros, uma vez solicitado o estabelecimento de um painel junto ao OSC, e também (ii) renúncia à aplicação de sanções unilaterais sem autorização do mesmo OSC.¹⁶

Com relação à estrutura e funcionamento do sistema de solução de controvérsias, destacam-se os Grupos Especiais, que constituem a primeira instância do OSC. São formados por especialistas previamente cadastrados junto à OMC, que prestam serviço de maneira independente, sem vínculo a um governo ou organização. Estes Grupos Especiais, que não possuem formação fixa, têm a função de examinar todos os aspectos factuais e jurídicos do caso que lhes é apresentado e constituem um órgão de primeira instância.¹⁷ As conclusões do Grupo Especial podem ser contestadas no Órgão de Apelação - OA, de função eminentemente jurídica e de formação fixa¹⁸.

Esta estrutura visa garantir a análise devida do contencioso comercial e permite a apresentação dos argumentos de todas as partes envolvidas. O cuidado com o processo justifica-se, pois há a possibilidade

16 Artigo 23 do ESC (OMC, 2004: 362)

17 Ibidem, p.26

18 O OA foi a primeira instância recursal criada em um órgão multilateral e foi criada com o intuito de dar maior coerência e previsibilidade jurídica às decisões do OSC (LAFER, 1998)

de autorizar ações que possam acarretar em prejuízo comercial para os Membros, conforme explicitado a seguir.

3.2 O MECANISMO DE RETALIAÇÃO CRUZADA E A POSSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO NO CAMPO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

O artigo 22 do ESC trata da compensação e da suspensão de concessões ou de outras obrigações (também chamadas “retaliações”). Estas suspensões são disponíveis em caráter temporário, caso as recomendações ou decisões do OSC não sejam implementadas pela parte reclamada, dentro de um prazo considerado como suficiente ou razoável. A retaliação é o instrumento utilizado para coagir o reclamado a implementar a decisão do OSC. É uma sanção comercial. Também tem natureza compensatória, já que serve para compensar os prejuízos em tese sofridos pelo reclamante em virtude de violação ao acordo da OMC praticada pelo reclamado, mas sempre no intuito de levá-lo à suspensão da medida violadora. A retaliação, no entanto, não é automática, devendo o Estado Membro reclamante levar a proposta de retaliação ao OSC para que este órgão a autorize.

O ESC estabelece a hipótese de que o país reclamante em um procedimento de solução de controvérsias possa adotar medidas contra o país reclamado que não implementar as determinações do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) em casos de descumprimento de obrigações internacionais contraídas naquele foro. Em determinadas circunstâncias, o ESC admite que essas retaliações¹⁹ sejam adotadas em setores ou acordos diferentes daqueles em que ocorreu a violação ou descumprimento de obrigações.

A possibilidade de suspender concessões e obrigações em setores ou acordos diferentes daquele em que foram constatados a violação ou descumprimento, comumente denominada de “retaliação cruzada”, oferece maior número de instrumentos para levar o país reclamado ao cumprimento das determinações do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, reequilibrando, assim, em tese, o respeito ao conjunto de direitos e obrigações assumidas pelas partes como membros da OMC.

19 O termo “retaliação” não consta dos acordos da OMC, mas é de uso corrente na OMC e entre especialistas. No ESC, a linguagem utilizada é “suspensão de concessões ou outras obrigações,” e no Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) empregou-o termo “contramedida.” Nesta tese serão usadas a três expressões indistintamente para fazer referência às medidas do país reclamante contra o país reclamado, autorizadas pelo OSC em caso de não implementação de suas determinações pelo país reclamado.

É importante salientar que, na maioria dos casos, a assimetria entre as economias de países em desenvolvimento e países desenvolvidos torna, para os primeiros, impraticáveis ou ineficazes contramedidas incidentes apenas no mesmo setor do mesmo acordo tido por violado. Muitas vezes, a retaliação pode até acabar prejudicando o reclamante que deixará de aplicar a sanção, causando o enfraquecimento da eficácia das decisões do OSC. Para evitar tais situações, o ESC permite que a retaliação incida sobre outro setor do mesmo acordo, ou, até mesmo sobre outro acordo.

Daí advém a possibilidade de adoção de contramedidas no âmbito do Acordo TRIPS da OMC, o que pode ser do interesse do Brasil, em particular com relação a países desenvolvidos que atribuem alto valor político e econômico à propriedade intelectual.

A disciplina quanto aos princípios e procedimentos que serão considerados nesses casos constam do artigo 22.3 do ESC. Da análise das alíneas existentes neste citado dispositivo legal teóricos como BREUSS (2001) desenvolveram uma classificação terminológica de três diferentes tipos de suspensão, concessões ou outras obrigações. Esta classificação engloba as categorias de:

- *Retaliação Paralela* - é a regra geral, a contramedida aplicada ao mesmo setor do Acordo que foi descumprido e que causou prejuízo ao Membro. Essa é a hipótese prevista na alínea “a” do artigo 22.3 do ESC²⁰.
- *Retaliação Cruzada Setorial* - trata-se da contramedida aplicada em setores distintos, porém abrangidos sob o mesmo Acordo que foi descumprido e que em tese causou prejuízo ao Membro reclamante. Essa hipótese está prevista na alínea “b” do artigo 22.3 do ESC.²¹
- *Retaliação Cruzada ou Retaliação Cruzada entre Acordos* - é a contramedida aplicada em Acordo diferente daquele descumprido, prevista na alínea “c” do artigo 22.3 do ESC.²²

20 Art. 22.3 a) o princípio geral é o de que a parte reclamante deverá procurar primeiramente suspender concessões ou outras obrigações relativas ao(s) mesmo(s) setor(es) em que o grupo especial ou órgão de Apelação haja constatado uma infração ou outra anulação ou prejuízo;”

21 Art. 22.3 “b) se a parte considera impraticável ou ineficaz a suspensão de concessões ou outras obrigações relativas ao(s) mesmo(s) setor(es), poderá procurar suspender concessões ou outras obrigações em outros setores abarcados pelo mesmo acordo abrangido;”

22 Art. 22.3 c) se a parte considera que é impraticável ou ineficaz suspender concessões ou outras obrigações relativas a outros setores abarcados pelo mesmo acordo abrangido, e que as circunstâncias são suficientemente graves, poderá procurar suspender concessões ou outras obrigações abarcadas por outro acordo abrangido;”

O artigo 22.3 do ESC define, ainda, nas alíneas “f” e “g”, o que se considera como “setor” e como “Acordo” para fins de aplicação das contramedidas. Os setores são divididos em bens, serviços e propriedade intelectual e correspondem aos Acordos (i) GATT, (ii) Acordo Geral sobre Comércio de Serviços e (iii) Acordo TRIPS, respectivamente.

O ESC estabelece, portanto, a hipótese de que o Órgão de Solução de Controvérsia - OSC autorize, em caso de descumprimento das determinações do Grupo Especial ou do Órgão de Apelação - OA, que o Membro reclamante em uma controvérsia suspenda concessões ou outras obrigações, com relação ao Membro reclamado que não cumprir as determinações referidas. Se a parte reclamante considerar impraticável ou ineficaz suspender concessões ou outras obrigações em setores abarcados pelo mesmo acordo objeto da violação, e se as circunstâncias forem suficientemente graves, poderá procurar suspender concessões ou outras obrigações de outro acordo da OMC, tal como o Acordo TRIPS.

A percepção de que a aplicação de contramedidas de um país em desenvolvimento dirigidas a um país desenvolvido no campo do comércio de bens teria pouca eficácia foi estudada por alguns autores como BREUSS (2001), WHALLEY (1985) e KENNAN e RIEZMAN (1998), que comprovaram essa tese mediante cálculos de modelo econométrico e simulações empíricas relacionadas à elevação de tarifas. BREUS (2001), por exemplo, constata que o aumento das tarifas resulta em elevação dos preços domésticos, com reflexos diretos no preço oferecido ao consumidor e onerando os produtores nacionais. Este autor, conclui, portanto, que o sistema da OMC favorece as economias maiores e mais ricas e distorce a alocação de recursos econômicos.

Para permitir, portanto, a utilização de contramedidas sem sofrer prejuízos decorrentes de sua aplicação, a retaliação “cruzada” se apresenta como uma alternativa importante. Assim, a aplicação de contramedidas no campo da propriedade intelectual pode tornar-se um meio eficaz de superação das limitações que se apresentam para as medidas no campo do comércio de bens.

Não se pretende com isto dizer que a retaliação cruzada incidindo sobre os DPIs seja sempre uma alternativa viável. Pode haver situações nas quais este recurso se apresente prejudicial a detentores de direitos desta natureza em âmbito nacional. Este seria o caso, por exemplo, dos licenciados de uma marca cujo detentor teve seus direitos suspensos por autorização da OMC. Nessa hipótese, o nacional do Membro que aplica a decisão sofrerá diretamente os efeitos da contramedida em seu negócio. Entretanto, há alternativas neste campo que ensejam a

realização de estudos setoriais para que se possa atingir diretamente o Membro contra o qual se tem autorização de retaliar. Uma alternativa poderia ser o licenciamento de patentes (o que não significa exatamente o licenciamento compulsório previsto na Lei 9279/96).²³

Em 2005, o Brasil reservou direitos de aplicar retaliações em matéria de propriedade intelectual contra os EUA, na controvérsia relativa aos subsídios norte-americanos à produção e exportação de algodão, da qual saiu vencedor. A justificativa utilizada foi no mesmo sentido do estudo de BREUSS (2001), de que a aplicação de contramedidas no comércio de bens não seria efetiva e, ao contrário, traria prejuízos à economia nacional. O Brasil teve o seu direito confirmado pelo Órgão de Apelação e está à espera de que os EUA implementem efetivamente as determinações do OSC. Do ponto de vista procedimental, a fase agora é a de definição dos valores a serem designados como prejuízos decorrentes do descumprimento pelos EUA e que serão a base das contramedidas que serão propostas oportunamente pelo Brasil, após avaliação de vários setores do Governo.

Sobre a matéria genericamente tomada, há antecedente no qual o Equador foi autorizado pelo OSC, em 2000, a aplicar retaliação cruzada em propriedade intelectual contra a União Européia²⁴, na controvérsia sobre o regime comunitário de importação e comercialização de bananas, conhecida como “EU – bananas”. Não obstante, as contramedidas nunca foram efetivadas pelo Equador.

Outra referência pode também vir a ser útil. Em 2007, Antígua e Barbuda solicitaram autorização para retaliar os EUA em propriedade intelectual, no contexto de controvérsia na qual foram condenadas certas práticas norte-americanas relativas à prestação de serviços transfronteiriços de jogos de azar. A reunião do OSC que tratará da solicitação de Antígua e Barbuda ainda não se realizou. Assim, a efetiva aplicação de retaliações cruzadas em propriedade intelectual é ainda inédita na OMC.

23 O licenciamento autorizado por força de medida de retaliação difere do licenciamento compulsório, medida existente no Acordo TRIPS e prevista na legislação nacional – LPI – especificamente pelo fato de não necessitar cumprir com todos os requisitos existentes na legislação nacional para que haja a declaração de licenciamento compulsório. Pelo simples fato de haver uma autorização para retaliar o licenciamento já pode ser declarado, prescindindo, por exemplo da fase de negociação prévia com o titular da patente, imprescindível para o licenciamento compulsório.

24 “Comunidades Européias” seria o termo mais adequado, se levada em conta a entidade jurídica representada na OMC. Não obstante, serão igualmente empregados neste artigo “União Européia” ou “Comunidade Européia”, a depender do contexto.

Algumas das dificuldades de adoção de retaliações cruzadas em propriedade intelectual apontadas por estudiosos do tema²⁵ e pela experiência do Equador, dizem respeito a aspectos jurídicos. Os DPIs são constituídos à luz da legislação nacional, e não mediante aplicação direta do Acordo TRIPS, o que gera particularidades e diferenças na implementação destes direitos e pode restringir a amplitude da aplicação das retaliações autorizadas (por exemplo o caso dos países que não incorporaram a possibilidade de licenciamentos em sua legislação nacional). Outras dificuldades referem-se a aspectos econômicos, como a possibilidade efetiva de produção ou suprimento alternativo de certos bens protegidos por propriedade intelectual, ou políticos, referentes à avaliação de conveniência de adoção de retaliações cruzadas, tendo em vista o tratamento da propriedade intelectual no âmbito internacional e o relacionamento com certos países na matéria.

Tais dificuldades decorrem do fato de que os direitos de propriedade intelectual possuem natureza complexa e peculiaridades que suscitam questionamentos a respeito da factibilidade da adoção de retaliações mediante suspensão de concessões ou outras obrigações do Acordo TRIPS. Eventuais contramedidas em propriedade intelectual serão intrinsecamente diferentes de retaliações no âmbito do comércio de bens, previstas e adotadas desde o GATT e preservadas na OMC, usualmente implementadas sob a forma de imposição de direitos aduaneiros adicionais, estabelecimento de quotas ou simples proibição do comércio de determinados produtos.

Logo após a autorização do OSC para o que Equador retaliasse a União Européia em decorrência das conclusões do Grupo Especial EU – bananas, SUBRAMANIAN e WATAL (2000) publicaram artigo contendo análise e sistematização da hipótese de aplicação de contramedidas com base no Acordo TRIPS, sob a ótica dos países em desenvolvimento. Os autores afirmam que a mera presença no arcabouço legal dos países em desenvolvimento da possibilidade de retaliação em propriedade intelectual pode significar uma ameaça concreta, o que levará a um grau de cumprimento maior das obrigações por parte dos países desenvolvidos. Não deixam de reconhecer, entretanto, as dificuldades da aplicação, em especial quanto aos possíveis efeitos econômicos adversos relacionados à atração de investimentos diretos estrangeiros no país. É possível, entretanto, que, em uma visão prospectiva, a OMC e seus Membros poderão adquirir paulatinamente experiência quanto à suspensão de concessões e obrigações do Acordo TRIPS, superando as dificuldades

25 Algumas dessas dificuldades serão examinadas mais adiante.

porventura existentes com relação à matéria de propriedade intelectual, introduzida de maneira estruturada no sistema multilateral de comércio tão-somente a partir das discussões da Rodada Uruguai.

4 OS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal Brasileira contempla os direitos de propriedade intelectual no rol do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), artigo 5º, incisos XXVII, XXVIII e XXIX. Ademais, a Constituição Federal determina que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, artigo 5º, XXXV), assim como não se prejudicará o direito adquirido (CF, artigo 5º, XXXVI), os princípios gerais previstos na Carta Magna, que se relacionam às questões de propriedade intelectual.

Não estaria descartada a hipótese, portanto, de que a adoção de retaliações cruzadas, mediante suspensão de concessões ou outras obrigações do Acordo TRIPS, pudesse ter sua constitucionalidade questionada perante o Judiciário brasileiro, em especial por se tratar de direito de natureza privada, conforme reconhecido no próprio Acordo.

Não obstante, outros princípios constitucionais deveriam ser igualmente observados. Em primeiro lugar, cabe recordar que os acordos que integram a Ata Final da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, adotada em 15 de abril 1994, em Marraqueche, dentre os quais o Acordo TRIPS e o ESC, foram devidamente aprovados pelo Congresso Nacional, tendo passado pelo crivo de avaliação de constitucionalidade no Poder Legislativo, em obediência ao determinado pelos artigos 49, I, e 84, VIII da Constituição Federal. Seria, portanto, constitucional a aplicação do ESC no sentido da suspensão de concessões ou outras obrigações do Acordo TRIPS.

Em segundo lugar, cabe avaliação sobre se os direitos de propriedade intelectual, uma vez que contemplados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo XXVII.2 (“Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.”), seriam objeto da “prevalência dos direitos humanos” no que toca aos princípios que regem o Brasil nas relações internacionais, como dispõe o artigo 4º, II, da CF/88²⁶. Igualmente, os

26 A Emenda Constitucional nº 45/2004, inseriu o §3º ao artigo 5º da CF, deu maior força normativa aos Tratados de direitos humanos aprovados no Brasil, determinando que “ Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional,

artigos 196 e 197 da CF/88 preconizam de forma clara e inequívoca o direito à saúde, como conceito amplo previsto pela Organização Mundial da Saúde, dever do Estado e direito de todos, sem distinção de nacionalidade, inclusive.

Em terceiro lugar, é de interesse considerar o Capítulo I (Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica) do Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira) da Constituição Federal, sobretudo seu artigo 170, incisos I a IV.

Esses dispositivos da Constituição Federal expõem a tensão entre princípios aparentemente contraditórios, em particular na matéria de propriedade intelectual. Se, por um lado, asseguram-se os direitos de exclusividade comercial (monopolísticos) decorrentes da propriedade privada, que incluiria a propriedade intelectual, por outro lado, a livre concorrência é um dos princípios a orientar a ordem econômica nacional.

Além disso, o mesmo tempo em que assegura a propriedade privada, a Constituição Federal também determina que deva ser observada sua função social. O artigo 5º, XXIX, da CF estabelece, por sua vez, a proteção da propriedade industrial, mas dispõe que se deve ter em vista “o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”. BARBOSA (2006) argumenta que a resolução das tensões entre diferentes princípios constitucionais se dá mediante a aplicação do princípio da razoabilidade:

Ocorre que a Constituição é um sistema, e não uma coleção de imperativos desconexos. Quando há colisão entre dois interesses constitucionais igualmente valiosos, impõe-se a regra da razoabilidade, ponderação ou balanceamento, uma das mais argutas técnicas do direito constitucional.

BARBOSA (2006) foi taxativo ao afirmar que, em seu entendimento, não há vedação de caráter constitucional referente à hipótese de suspensão de concessões ou outras obrigações do Acordo TRIPS.

É forçoso reconhecer, porém, que a existência de princípios constitucionais aparentemente contraditórios é campo fértil para a contestação, nos tribunais nacionais, de medidas relacionadas à suspensão de concessões ou outras obrigações do Acordo TRIPS, adotadas no âmbito de controvérsia na OMC. Na hipótese de adoção

em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

de retaliações cruzadas na OMC, o Governo brasileiro terá de estar preparado não apenas para atuar junto à OMC, mas também para participar de batalhas jurídicas nos tribunais nacionais, dado o risco de que venham a ser anulados, pelo Judiciário brasileiro, os efeitos de possíveis retaliações em propriedade intelectual.

5 O PAPEL DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO NA IMPLEMENTAÇÃO DAS CONTRAMEDIDAS

A atuação da AGU está baseada em duas principais linhas de trabalho. São elas: A linha contenciosa, que consiste em representar a União nas ações judiciais que envolvam interesses dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, suas autarquias e fundações, e dos órgãos públicos que exercem função essencial à justiça; e o papel consultivo, que consiste em Orientar os dirigentes do Poder Executivo Federal quanto à constitucionalidade e legalidade de seus atos²⁷. Por isso, a AGU tem um papel bastante importante no apoio ao Poder Executivo brasileiro para a execução de medidas de retaliação em matéria de propriedade intelectual.

O papel consultivo da AGU, no campo das retaliações envolvendo DIPs, provavelmente será preponderante na discussão sobre a necessidade de adaptar a legislação brasileira para aplicação de contramedidas e na elaboração de eventuais modificações à legislação atual em propriedade intelectual. De fato, tramitam no Congresso Nacional dois Projetos de Lei (PLs) nesse sentido.

O primeiro é o PL No. 5489/05, de autoria do Deputado Fernando Gabeira (PV/RJ). O segundo é o PL No. 1893/2007, de autoria do Deputado Paulo Teixeira (PT/SP). Este último PL dispõe sobre as medidas de suspensão e diluição temporárias ou extinção da proteção de direitos de propriedade intelectual no Brasil em caso de descumprimento de obrigações multilaterais por Estado estrangeiro no âmbito da OMC. O Projeto do Deputado Paulo Teixeira constitui um avanço porque engloba todas as categorias de propriedade intelectual previstas em TRIPS e propõe diferentes hipóteses de aplicação concretas das contramedidas.

As propostas de modificação da legislação nacional em propriedade intelectual citadas acima merecem análise cautelosa quanto aos aspectos constitucionais envolvidos na questão. Deve a AGU, no cumprimento de sua missão institucional, realizar um estudo jurídico

²⁷ Informações adicionais podem ser obtidas no site www.agu.gov.br

deste tema com o fito de aprimorar a proposta inicialmente colocada e, igualmente, proceder a uma análise de eventuais necessidades de adaptação do arcabouço legal vigente em matéria de propriedade intelectual. A Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) instituiu Grupo de Trabalho Governamental sobre o tema, em vista do interesse da União nesta questão. A AGU certamente poderia participar ativamente deste GT.

No campo contencioso, o papel da AGU é indispensável. Isto se explica porque, considerada a ausência de “automatismo” no Brasil, no que se refere à aplicação dos compromissos internacionais em nosso território, deve haver uma incorporação destes compromissos ao ordenamento jurídico pátrio para que eles tenham vigência plena e eficácia jurídica. Como os direitos de propriedade intelectual são constituídos a partir da legislação nacional, há risco significativo de que os particulares prejudicados pela suspensão de concessões ou outras obrigações do Acordo TRIPS venham a recorrer ao Poder Judiciário nacional em defesa da preservação de seus direitos, sob o argumento da ilegalidade ou mesmo da inconstitucionalidade de eventuais contramedidas em propriedade intelectual autorizadas em procedimento de solução de controvérsias na OMC.

Não se ignora o fato de que alguns dos preceitos estabelecidos no Acordo TRIPS tratam de matérias que, no Brasil, possuem hierarquia constitucional, como, por exemplo, a garantia de acesso ao Poder Judiciário (Constituição Federal, artigo 5º, XXXV) e a proteção dos direitos adquiridos (Constituição Federal, artigo 5º, XXXVI). Em vista deste fato, os lesados pela aplicação de contramedidas em território nacional podem vir a recorrer ao Poder Judiciário para garantirem a manutenção de seus direitos assegurados por lei ou mesmo pela Constituição Federal. Essa possibilidade reforça, ainda mais, a necessidade de edição de medida legislativa própria, que regulamente a aplicação destas retaliações em território nacional. De qualquer modo, devido à garantia de acesso ao Poder Judiciário, não se afasta, em nenhum momento, a possibilidade de que os particulares venham a recorrer a esta esfera.

Deve-se ter em mente que a estratégia da busca do Poder Judiciário pode ser eficaz para que contramedidas nesta área não tenham aplicação concreta, uma vez que o provimento favorável do Poder Judiciário às demandas dos particulares poderia vir a reduzir os efeitos práticos de contramedidas em propriedade intelectual. Eventualmente, esta hipótese daria força à tese de que a aplicação de contramedidas neste campo não teriam utilidade prática.

Na eventualidade de decisões dos tribunais nacionais contrárias à implementação de retaliações em propriedade intelectual, estar-se-ia diante de precedente de grande seriedade e importantes repercussões, pois o próprio valor e eficácia de contramedidas autorizadas pela OMC estariam sendo questionadas, lançando dúvidas sobre a credibilidade do sistema de solução de controvérsias naquele foro multilateral.

Parece claro, portanto, que, neste campo, a AGU pode ter uma atuação voltada tanto para a instrumentalização de suas defesas para eventuais questionamentos junto aos tribunais quanto para a contribuição por meio de estudos jurídicos aprofundados, que subsidiem a decisão governamental de escolhas das contramedidas, a fim de que sejam selecionadas aquelas com menor potencial de questionamento junto ao Poder Judiciário e com efeitos mais benéficos para o país.

Um recente exemplo concreto da importância da atuação da AGU na área de propriedade intelectual foi a aplicação, pelo Governo brasileiro, do licenciamento compulsório do medicamento Efavirenz²⁸, a partir de uma das flexibilidades previstas no Acordo TRIPS, com uma economia significativa na compra de medicamentos pelo Programa Nacional de HIV/AIDS do Ministério da Saúde. A AGU participou ativamente do Grupo de Trabalho que elaborou a medida de licenciamento e envolveu parte de seus membros em questões conexas para a eventual defesa do tema junto ao Poder Judiciário. Até o momento, não houve propositura de ação judicial contra o ato governamental.

CONCLUSÃO

A aplicação do sistema de retaliação “cruzada”, em propriedade intelectual, é inédita no mundo. Desde o fim das negociações que levaram à criação da OMC e ao estabelecimento do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC) ainda não houve aplicação de contramedidas nesta matéria. Os três antecedentes de pedidos de autorização ao Órgão de Solução de Controvérsias para adoção de contramedidas, na modalidade cruzada, em propriedade intelectual foram feitos em demandas de países em desenvolvimento contra países desenvolvidos (EUA - algodão, União Européia - bananas e EUA - jogos de azar). O desenrolar desses três casos

28 Decreto nº 6.108, de 4 de maio de 2007. Concede licenciamento compulsório, por interesse público, de patentes referentes ao Efavirenz, para fins de uso público não-comercial. Diário Oficial da União, 7 de maio de 2007.

poderá mostrar aspectos relevantes sobre a experiência de aplicação de eventuais retaliações em propriedade intelectual autorizadas na OMC.

Existem diversas dificuldades jurídicas relacionadas à aplicação das contramedidas, em especial quanto à implementação dos requisitos de retaliação e os potenciais conflitos entre as retaliações autorizadas pela OMC e o arcabouço jurídico nacional vigente. Enquanto algumas possibilidades de retaliação estão excluídas por vedação constitucional, há hipóteses concretas de adoção de contramedidas que seriam absolutamente conformes com os preceitos jurídicos vigentes no país. Entretanto, é imprescindível a criação de uma lei que permita a suspensão ou exceção aos direitos de propriedade intelectual constituídos pela legislação nacional vigorante em caso de autorização de aplicação de contramedidas neste campo.

A principal dificuldade de implementação nacional destas contramedidas está no âmbito jurídico, em vista do elemento imponderável ligado às possíveis ações judiciais que possam redundar deste exercício. Apesar de se observar uma mudança importante no atual comportamento do Poder Judiciário com relação às ações envolvendo propriedade intelectual, nos quais o interesse público tem prevalecido em detrimento do interesse privado abusivo²⁹, o risco de decisões contrárias aos objetivos do Governo Brasileiro nesta matéria podem ter consequências graves, que poderiam reduzir as possibilidades de o Brasil aplicar retaliações em contenciosos comerciais, inviabilizando, em muitos casos, a efetivação da autorização concedida.

Ficou demonstrada, neste artigo, a importância do envolvimento da AGU, na elaboração do projeto de legislação brasileira que embasará a aplicação das retaliações neste campo. A discussão acima também permite perceber que uma legislação clara e bem fundamentada, construída com todo cuidado para preservar a legalidade e a constitucionalidade de eventuais aplicações de retaliação cruzada, contribuiria para reduzir o risco de decisões tomadas sem o devido conhecimento de causa.

29 Pela prevalência do interesse público, vale ressaltar recentes julgados: TRF 2ª Região. Primeira Turma Especializada. AMS 62790/RJ, Rel. Desembargadora Federal MARCIA HELENA NUNES, Primeira Turma Especializada, julgado em 17.07.2008, DJ 31.07.2008 p. 255; TRF 2ª Região. AGTPT 1478/RJ, Rel. Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS, ÓRGÃO ESPECIAL, julgado em 07.07.2005, DJ 20.02.2006 p. 139; TRF 2ª Região. AC 415692/RJ, Rel. Desembargador Federal ANDRÉ FONTES, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, julgado em 24.06.2008, DJ 12.09.2008 p. 509; TRF 2ª Região. AC 384826/RJ, Rel. Desembargador Federal ANDRÉ FONTES, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, julgado em 28.03.2007, DJ 02.05.2007 p. 104; TRF 2ª Região. AC 351035/RJ, Rel. Desembargador Federal GUILHERME CALMON, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, julgado em 23.05.2007, DJ 14.06.2007 p. 253

Pode-se ainda inferir, da análise feita, que a eficácia da aplicação das medidas de retaliação cruzada em matéria de propriedade intelectual somente poderá ser aferida quanto às suas vantagens e limitações na medida em que houver uma aplicação desta possibilidade de forma concreta. Até que isto ocorra, não se pode afirmar que as potenciais dificuldades que se identificam são impedimentos absolutos à sua aplicação pelo contrário deve-se buscar de todas as formas o meio mais eficaz para sua concretização.

O reconhecimento da impossibilidade de aplicação da retaliação cruzada sobre o acordo TRIPS pode enfraquecer o próprio sistema de solução de controvérsias da OMC, uma vez que, na prática, é inviável a aplicação das contramedidas pelos países em desenvolvimento no campo do comércio de bens, visto que, em geral, trazem mais prejuízos do que benefício àqueles países que foram vencedores na demanda

A retaliação cruzada utilizando o Acordo TRIPS para sanções autorizadas em decorrência de violações ao GATT é um instrumento complexo e que pode causar interpretações distintas a partir da legislação nacional sobre política comercial e propriedade intelectual e frente à Constituição Federal. A aplicação de contramedidas derivadas de contenciosos suscitados na OMC pode causar reflexos sobre os direitos coletivos e sobre os direitos individuais. Por isso, exige participação ativa da AGU tanto em sua função consultiva, na elaboração das normas que venham a regulamentar o tema, como na sua função contenciosa, caso os interesses do Estado Brasileiro venham a ser questionados junto ao Poder Judiciário.

AGU Advocacia Geral da União

DPI Direitos de Propriedade Intelectual

ESC Entendimento sobre Solução de Controvérsias

GATT Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio

OA Órgão de Apelação

OMC Organização Mundial do Comércio

OMS Organização Mundial da Saúde

OSC Órgão de Solução de Controvérsias

PED Países em Desenvolvimento

TRIPS Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Frederick. WTO Dispute Settlement and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. In: *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*. Londres, Haia, Boston: Kluwer Law International, 1997.

BARBOSA, Denis Borges. *Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com>>.

BARRAL, Welber (Org.). *Solução de Controvérsias na Organização Mundial do Comércio*. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Fundação Alexandre Gusmão, 2007.

BASSO, Maristela; BEAS, Edson. *Cross-Retaliation through TRIPS in the Cotton Dispute?* In: *Bridges*, ano 9, vol. 5. Genebra: International Centre for Trade and Sustainable Development-ICTSD, 2005.

BRANDELLI, Otávio. O Contencioso da Propriedade Intelectual. In: *Carta Internacional*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1993.

BRANDELLI, Otávio; JAGUARIBE, Roberto. Espaços para os Países em Desenvolvimento. In: *Propriedade Intelectual. Tensões entre o Capital e a Sociedade*. Org. VILLARES, Fábio. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BRANDELLI, Otávio; GURGEL, Renato P. A.; MORAES, Henrique C. Uma Análise do Regime Internacional da Proteção da Propriedade Intelectual à Luz dos Efeitos Sobre Políticas Públicas de Gestão do Conhecimento. In: *Gestão do Conhecimento – Uma Estratégia Empresarial*. Orgs.: CARVALHO, Isamir M.; MENDES, Sérgio P.; VERAS, Viviane M. Brasília: JJ Gráfica e Comunicações, 2006.

BRAZ, Mario Sergio Araújo. *Retaliação na OMC*. Curitiba: Juruá, 2006.

BREUSS, Fritz. *WTO Dispute Settlement from an Economic Perspective – More Failure than Success?*. Viena: Research Institute for European Affairs – University of Economics and Business Administration, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 7, 1998.

DELICH, Valentina. Developing Countries and the WTO Dispute Settlement. In: *Development, Trade and the WTO: a Handbook*. Washington: Banco Mundial, 2002.

ESPINOSA, Cristian. The WTO Banana Dispute: Do Ecuador's Sanctions Against the European Communities Make Sense? In: *Bridges*, ano 4, vol. 4. Genebra: International Centre for Trade and Sustainable Development-ICTSD, 2000.

ETHIER, Wilfred F. Intellectual Property Rights and the Dispute Settlement in the World Trade Organization. In: *Journal of International Economic Law* 7(2). Reino Unido: Oxford University Press, 2004.

FARO, Marcus. Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (uma abordagem pós-neo-clássica). In: *Revista Jurídica da Presidência da República*, nº 7 volume 74, agosto/setembro, 2005. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br/revistajuridica/>>

JACKSON, John. The WTO Dispute Settlement System after ten years: the first decade's promises and challenges pp. 23-37. In SACERDOTI, Giorgio et al.(eds.). *The WTO at Ten: The contribution of the Dispute Settlement Body*. Cambridge: Cambridge University, 2006

JAGUARIBE, Roberto; BRANDELLI, Otávio. *Propriedade Intelectual – Espaços para os Países em Desenvolvimento*. Documento apresentado no seminário Propriedade Intelectual: Tensões entre a Lógica do Capital e as Demandas Sociais e Desenvolvimentistas. São Paulo: Instituto de Estudos Econômicos e Internacionais, 8 e 9 de março de 2007.

JUCÁ SILVA, A.P. y VALLINI, Juliana Vieira. *Correio Braziliense*, Patentes Farmacêuticas e a Anuência Prévia, Direito e Justiça, 2004

LAFER, Celso. A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.

KELSEN, Hans. *Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2. ed. 1ª. reimpressão, 1996.

KOGAN, Lawrence A. *Brazil's IP Opportunism Threatens U.S. Private Property Rights*. In: *Inter-American Law Review*, vol. 38:1. EUA: 6 de fevereiro de 2007. Disponível em: <[http://www.itssd.org/publications/ial105-ii\(frompublisher\)\[2\].pdf](http://www.itssd.org/publications/ial105-ii(frompublisher)[2].pdf)>.

- MAFRA, Rafael d'Aquino. *Os Acordos SPS e TBT sob a ótica dos regimes internacionais*. Brasília, 2008. Dissertação - (Mestrado) - Universidade de Brasília.
- MORAES, Henrique Choer. A Atuação Internacional do Estado em Benefício de Interesses Privados: uma Análise Jurídica da Formação da “Micropolítica” Externa. In: *Revista Brasileira de Política Internacional*, ano 45, n° 2. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais.
- RAGHAVAN, Chakra V. *WIPO to Prepare IPR Dispute Settlement Draft Treaty*. Genebra: 1° de março de 1990. Disponível em: <<http://www.sunsonline.org/trade/areas/intellect/03010190.htm>>. Acesso em: 10 de maio de 2007.
- RICUPERO, Rubens. Notas sobre a Rodada Uruguaí e seu Impacto sobre o Brasil”. In: *Boletim de Diplomacia Econômica*, n° 18, p. 19, Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 1994.
- SMITH, James McCall. Compliance Bargaining in the WTO: Ecuador and the Bananas Dispute. In: *Conference on Developing Countries and the Trade Negotiation Process*. Genebra: UNCTAD, 2003.
- SPADANO, Lucas Eduardo Freitas do Amaral. *Cross-agreement Retaliation in the WTO Dispute Settlement System: an Important Enforcement Mechanism for Developing Countries?* Londres: London School of Economics, Law Department, dissertação de mestrado, 2005.
- STEGEMANN, Klaus. *The integration of intellectual property rights into the WTO system*. Oxford: Blackwell Publishers Ltd, 2000.
- SUBRAMANIAN, Arvind; WATAL, Jayashree. Can TRIPS serve as an enforcement device for developing countries in the WTO?. In: *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press, 2000.
- VIANA, José Marcos Nogueira. *Negociações sobre Patentes Farmacêuticas entre o Brasil e os Estados Unidos da América no Âmbito da Organização Mundial do Comércio*. Brasília: MRE, Instituto Rio Branco, L Curso de Altos Estudos, 2006.
- VRANES, Erich. Cross Retaliation under GATS and TRIPS — An Optimal Enforcement Device for Developing Countries? In: *The Banana Dispute: An Economic and Legal Analysis*. Viena: Springer, 2003.

WILSON, Bruce. Compliance by WTO Members with Adverse WTO Dispute Settlement Rulings: The Record to Date. In: *Journal of International Economic Law*, vol. 10, n° 2, maio de 2007. Reino Unido: Oxford University Press, 2007

BRASIL. *Lei n° 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. .Diário Oficial da União no 93, de 15 de maio de 1996.

BRASIL. *Lei no 10.196, de 14 de fevereiro de 2001*. Acresce inciso VII ao artigo 43 da Lei n° 9.279, de 14 de maio de 1996. .Diário Oficial da União de 16 de fevereiro de 2001.

BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de lei n° 5489/05*.

BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de lei n° 1893/07*.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Acordo Final da Rodada Uruguai. Textos que Compõem a Ata Final da Rodada Uruguai*. In: *Boletim de Diplomacia Econômica* n° 18. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 1994.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Contenciosos Encerrados ou Suspensos*. Disponível na página eletrônica da Coordenação-Geral de Contenciosos do MRE. <<http://www.mre.gov.br>>. Acesso em: 10 de março de 2007.

OMC. *Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*. Documento WT/MIN(01)/DEC/2, de 20 de novembro de 2001.

OMC. *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas - Recourse to Article 21.5 of the DSU by Ecuador - Constitution of the Panel*. Documento WT/DS27/82. Genebra: 18 de junho de 2007.

SOUTH CENTRE. *The WTO Dispute Settlement System: Issues to Consider in the DSU Negotiations*. Documento SC/TADP/TA/DS/1. Genebra: outubro de 2005.