

Os princípios estruturantes do acordo TRIP's: um contributo para a liberalização do comércio mundial.*

Por Alberto Francisco Ribeiro de Almeida

Sumário:

1. Introdução.
2. Origem da OMC.
3. Génese do acordo TRIP's.
4. Princípios e regras gerais.
5. Princípio do tratamento nacional.
6. Princípio do tratamento da nação mais favorecida.
7. A relevância da inserção destes princípios na propriedade intelectual enquanto elemento de um sistema de comércio multilateral.
8. Esgotamento dos direitos de propriedade intelectual.
9. Aplicação efectiva.
10. O acordo TRIP's no *post* Ciclo do Uruguai.
11. Conclusão: a “exportação” de um modelo – consequências económicas.

1. Introdução.

O capitalismo comercial – fins do século XV até os finais do século XVIII – (espelho da mentalidade burguesa que rompe com o espírito nobiliárquico ou cavalheiresco medieval, que seculariza a actividade material e que se afasta do ideal social da doutrina canónica da Igreja) desenvolve uma política mercantilista (que se iniciou, como teoria, nas obras dos chamados bulionistas e que se centrou, fundamentalmente, nas medidas adoptadas por políticos como *lord* Burghley, Richelieu ou Colbert) de índole nacionalista-intervencionista, reditícia-acumulativa (mediante o aumento do estoque de metais preciosos com vista ao engrandecimento do Estado) e isolacionista-proteccionista (através, designadamente, de elevadas pautas alfandegárias), mas impregnada de um profundo individualismo racionalista (alienado de concepções

* Texto publicado no *Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 2004.

teocêntricas e pressupostos metafísico-teológicos) que vaticina a revolução industrial e o capitalismo moderno.

A viragem para a doutrina do “*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*” (o princípio da liberdade enquadrado numa ordem natural racionalista pré-estabelecida e em perfeita harmonia – a herança do “século da razão”) inicia-se com os fisiocratas franceses (apesar da sua visão estreita da economia e do vínculo com a monarquia absoluta) e desenvolve-se, de forma comprometida com os interesses económicos ingleses, com a Escola Clássica inglesa (é a época da liberalismo clássico). Neste período (fins do século XVIII até 1914) a situação económica caracterizava-se, genericamente, por uma economia de mercado (livre exercício dos mecanismos de auto-regulamentação do mercado), pelo não intervencionismo do Estado (o livre jogo das forças económicas privadas assegura a harmonia entre o interesse individual e o interesse colectivo nacional e internacional), pela liberdade de trabalho, de indústria e de comércio, pela existência (sintoma mínimo da presença do Estado) de pautas aduaneiras estáveis e moderadamente baixas (exaltando-se, assim, o livre câmbio internacional¹), e pela ausência de assunção de obrigações no plano internacional (salvo acordos bilaterais, mas que pela sua natureza – simplesmente bilateral – não colocavam restrições ao desenvolvimento do comércio internacional²)³. Contudo, existem dois momentos: a época capitalista ou da revolução industrial (até 1870) e a época do capitalismo financeiro (até 1914). A primeira caracteriza-se por uma economia de liberdade e concorrência, por um capitalismo de pequenas unidades. A segunda época

¹ Sublinhe-se que Frederico List defendia o protecçãoismo na fase inicial do desenvolvimento nacional e quando o país estivesse em condições de competir poderia abrir-se ao intercâmbio, tal como o tinha feito o Reino Unido (política protecçãoista nos séculos XVII e XVIII, livre-cambista no século XIX). A teoria de List, principalmente através de Henry Charles Carey (discípulo de List), influenciou a política comercial dos EUA que, em 1816, estabeleceram legalmente o protecçãoismo (que se manteve após a Guerra de Secessão).

² Estamos perante tratados de amizade, comércio e navegação que se irradiaram a partir de 1860 com o tratado entre a França (o grande negociante foi Michel Chevalier) e a Inglaterra (o famoso tratado *Cobden-Chevalier*). Todavia, este tratado tinha a novidade de ter consagrado a cláusula da nação mais favorecida. Ora, como os tratados bilaterais posteriores se inspiraram, em regra, naquele, todos contribuíram, em virtude da cláusula da nação mais favorecida, para o estabelecimento de um comércio multilateral baseado no livre-câmbio.

³ Como referimos no texto, o liberalismo clássico, principalmente no plano da economia internacional, servia os interesses britânicos em virtude da supremacia indiscutível da sua economia (o poderio político-militar do Reino Unido, o desenvolvimento da sua indústria, a expansão colonial que garantia o fornecimento de matéria-prima barata, asseguravam à economia britânica uma capacidade de produção e de exportação em todos os sectores comerciais sem qualquer receio de concorrência).

evidencia uma concorrência alterada por elementos exógenos, isto é, um capitalismo de grandes unidades (concentrações, cartéis, *trusts*, *holdings*, etc.).

Após a primeira guerra mundial⁴ (com a morte, já anunciada, do capitalismo clássico de liberdade e concorrência “perfeitas”) – a que acresce a catástrofe financeira de 1929 (a exigir um forte intervencionismo estatal perante a ineficácia dos mecanismos auto-reguladores) – as regras do comércio mundial moldam-se pelo proteccionismo (é a época do nacionalismo económico): elevação dos direitos de importação (de que é exemplo a pauta Smoot-Hawley dos EUA); restrições quantitativas; estímulos à exportação (prémios e auxílios públicos às empresas e incentivos ou imposições à constituição de cartéis); política de *dumping*; controlo de câmbios (através do mecanismo de câmbios múltiplos ou da desvalorização da moeda nacional); e outros entraves ao comércio (relevante é a adopção pelo Reino Unido em 1932 do sistema de preferências imperiais).⁵ O pós-guerra perturbou as trocas mundiais (sem negligenciar a insensatez dos aliados na questão das reparações e dívidas de guerra) mediante a acentuação de tendências autárquicas (num obstinado nacionalismo, cada nação decidiu restabelecer a economia por si própria, ou seja de forma unilateral e discriminatória) e a consequente ausência de uma normalização da economia internacional (uma verdadeira guerra comercial externa desenfreada⁶), num momento em que se exigia cooperação internacional face a novas unidades políticas e potências económicas que alteravam o mapa geo-estratégico regional e mundial.

2. Origem da Organização Mundial do Comércio (OMC)

⁴ Contudo, antes do fim do século XIX, os princípios comerciais proteccionistas já se tinham espalhado por quase todo o mundo. Mesmo a Inglaterra na década de 1880-1890 manifestou tendências proteccionistas. O mecanismo de eleição eram os impostos alfandegários (dando lugar a guerras aduaneiras), cujo âmbito merceológico variava em função dos interesses nacionais a proteger. Sobre a evolução do proteccionismo *vide*, em especial, Bernard GUILLOCHON, *Le protectionnisme*, Éditions La Découverte, Paris (2001), 19, ss.

⁵ É certo que nos anos 30, durante a administração Roosevelt, é adoptado o *Reciprocal Trade Agreements Act* com um sentido timidamente liberal, consagrando a cláusula da nação mais favorecida. Todavia, esta cláusula não mereceu, nesse momento, acolhimento, significando para muitos governantes atribuir benefícios a outros.

⁶ No plano convencional fica prejudicada a cláusula da nação mais favorecida constante de acordos comerciais, sendo de realçar a exclusiva consagração de regras que possam ser vantajosas para as partes participantes na convenção (por exemplo, acordos de contingentamento).

Num “*climate of cultural and linguistic privatization being advanced through outright copyright and trademark harassment. (...) a competitor is anyone doing anything remotely related, because anything remotely related has the potential to be a spin-off at some point in the synergistic future.*”

NAOMI KLEIN, *No Logo*, New York (2002), 177.

Os erros cometidos após a I Guerra Mundial constituíram uma lição quando a II Guerra Mundial estava a acabar. A conferência de Bretton Woods (Julho de 1944) tentou antever os problemas do após guerra mediante a construção de mecanismos que assegurassem a cooperação internacional e a regulação internacional do comércio, ou seja, o estabelecimento de relações económicas multilaterais institucionalizadas com a consequente limitação (de intensidade variável) estadual da autonomia intervencionista (em especial no plano comercial, monetário e financeiro) e transferência (de extensão oscilante) de poderes soberanos para instituições internacionais. Criaram-se dois organismos: o *International Bank for Reconstruction and Development* – Banco Mundial – (destinado à concessão de créditos a longo prazo para a reconstrução europeia) e o *International Monetary Fund* (FMI). No domínio da disciplina do comércio internacional previu-se que no seio da Organização das Nações Unidas (ONU) existisse um Conselho Económico e Social com o objectivo de criar um terceiro pilar: uma organização internacional do comércio. Esta construção institucional – inserida nos objectivos das Nações Unidas – deveria contribuir para garantir a paz, a segurança internacional, a melhoria das condições de vida (assegurando o pleno emprego, condições de progresso e desenvolvimento económico e social, e a colaboração internacional cultural e educativa) e, consequentemente, eliminar as causas de conflitos.

A edificação de uma ordem económica neo-liberal no após guerra implicava um afastamento quer do liberalismo clássico quer, em especial, do nacionalismo económico, exigindo, ao invés, a aproximação a um liberalismo organizado, institucionalizado, internacionalizado e garantístico (embora, como veremos e cumprindo a história, funcionalizado e amplamente merceológico-mercável ou “*trade-off*”). Todavia, as dificuldades eram múltiplas: a ausência de uma regularização (ou simples cooperação) do comércio internacional; os problemas económicos (incluindo a instabilidade monetária) do após guerra transcendiam os cerrados nacionalismos

político-económicos; a reconstrução europeia e a crescente tensão entre a Europa Ocidental e a URSS; e a eliminação dos impedimentos e proteccionismos nacionais (impostos aduaneiros elevados; restrições quantitativas e qualitativas; controlo de câmbios; etc.). Dificuldades que constituíam desafios para o Conselho Económico e Social (entre 1946 e 1948) aquando da conferência de Havana destinada a elaborar uma carta constitutiva de uma organização internacional do comércio (Carta de Havana)⁷.

A Carta de Havana era ambiciosa: consagração de uma gradual liberalização internacional do comércio de produtos; regulamentação no domínio das práticas comerciais restritivas e, genericamente, dos obstáculos ao comércio, dos investimentos internacionais, dos serviços e dos produtos de base; disciplina no domínio do emprego (designadamente na consecução de condições justas de trabalho), do desenvolvimento económico e da reconstrução (promovendo-os); regras sobre a resolução de diferendos; e a criação de uma Organização Internacional do Comércio (OIC) com uma estrutura funcional obediente à divisão de poderes, que deveria funcionar como uma agência especial das Nações Unidas. Todavia, a Carta de Havana nunca entraria em vigor (após

⁷ O processo com vista ao estabelecimento dessa organização começou em Fevereiro de 1946 com uma decisão do Conselho Económico e Social (“Resolution calling a United Nations Conference on Trade and Employment for the purpose of promoting the expansion of trade and production, exchange and consumption of goods”; palavras inseridas no primeiro parágrafo da acta final da referida conferência que aprova a Carta de Havana). Um primeiro projecto (baseado numa proposta dos EUA) foi apresentado em Westminster entre Outubro e Novembro de 1946, mas sem sucesso (divergências surgiram, de modo especial, no domínio da votação, disposições organizacionais e “on state trading”), tendo sido acordado que se iniciassem negociações sobre as pautas aduaneiras e o comércio com vista à conclusão de um acordo geral. Em Nova Iorque, nos inícios de 1947, um Comité especial apresentou um segundo projecto da Carta e um projecto completo do acordo geral. As negociações continuaram em Genebra (entre Abril e Outubro de 1947), tendo sido apresentado em Setembro um projecto da Carta para ser discutido em Havana e foi adoptado o texto do Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e o Comércio (GATT) em 30 de Outubro para entrar em vigor em 1 de Janeiro de 1948 (ano em que teve lugar a primeira redução das pautas aduaneiras em consequência deste primeiro ciclo – “round” – de negociações comerciais – pautais – multilaterais). Finalmente, entre 21 de Novembro de 1947 e 24 de Março de 1948, teve lugar a conferência de Havana com a aprovação da Carta. Sobre esta evolução veja-se *Guide to GATT Law and Practice, Analytical Index*, WORLD TRADE ORGANIZATION, Volume I, Geneva (1995), 3, ss. Para uma breve análise histórica vide WOLFGANG FIKENTSCHER, “GATT Principles and Intellectual Property Protection”, in *IIC Studies, 11, GATT or WIPO? New Ways in the International Protection of Intellectual Property*, Friedrich-Karl BEIER and Gerhard SCHRICKER (ed.), Published by the Max Plank Institute for Foreign and International Patent, Copyright, and Competition Law, Munich (1989), 101, ss., e Daniel JOUANNEAU, *Le GATT et l’Organisation Mondiale du Commerce*, Presses Universitaires de France, Paris (1996), 5, ss.

a recusa da sua ratificação por parte do Congresso dos EUA⁸, apesar deste país ter sido o seu promotor) e a OIC não chega a nascer.

Neste quadro, em Outubro de 1947, 23 Estados (incluindo os EUA, pois o *Reciprocal Trade Agreements Act* legitimava, em condições de reciprocidade, o presidente a reduzir os direitos aduaneiros⁹) avançam com o GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade* – Acordo Geral sobre as Pautas Aduaneiras e o Comércio) destacando do projecto da Carta de Havana o capítulo IV relativo à política comercial internacional. Assim, este Acordo Geral é muito menos ambicioso que a Carta, pois está muito circunscrito nos seus objectivos e competências (designadamente está desprovido de todo o conteúdo programático da Carta de Havana; conteúdo que seria, porventura, contraditório com um simples instrumento de liberalização progressiva das trocas, modelado e dirigido por uma vontade histórica, política e economicamente situada)¹⁰. O GATT, tratado multilateral em forma simplificada e não um tratado internacional no sentido formal, mas um simples acordo contratual entre Estados (designados, por isso, como partes contratantes e não membros¹¹), dotado de uma estrutura institucional flexível (sem funcionários próprios por incapacidade jurídica do GATT¹²), entra em

⁸ O Congresso dos EUA era maioritariamente republicano (o presidente, Truman, era democrata) e defensor das novas orientações isolacionistas. Por outro lado, as relações entre os EUA e o Reino Unido tinham-se deteriorado em virtude deste país pretender manter (em derrogação aos princípios da Carta) o sistema de preferências imperiais no seio da *Commonwealth*. Por fim, além de os EUA recearem que a sua liberdade no domínio comercial fosse restringida com uma organização mundial do comércio, a guerra-fria orientou as trocas comerciais norte-americanas para os aliados europeus ocidentais, pelo que um dos fundamentos para a constituição da OIC caiu (num mundo dividido em dois, não há lugar a uma organização internacional). Diz-nos Daniel GERVAIS, *The TRIP's Agreement – Drafting History and Analysis*, Londres (2001), 4: “(...) it is fair to say that a perceived loss of sovereignty was a key element of the decision” (refere-se à decisão do Congresso). Veja-se, ainda, Daniel JOUANNEAU, *ob. cit.*, 19, ss.

⁹ Na reunião preparatória da conferência de Havana (que teve lugar em Genebra, como vimos) já os EUA tinham manifestado uma forte vontade de se proceder a negociações com vista ao abaixamento das robustas barreiras pautais em vigor (“... meet to negotiate concrete arrangements for the relaxation of tariffs and trade barriers of all kinds...”). *Vide Guide to GATT Law and Practice, ob. cit.*, 5.

¹⁰ A não entrada em vigor da Carta de Havana e o conteúdo restrito do GATT, representou uma perda para os países em vias de desenvolvimento.

¹¹ Aliás, e como diremos a seguir, não se criou uma organização internacional.

¹² A gestão do GATT de 1947 era assegurada por uma Comissão Interina da Organização Internacional do Comércio (destinada a garantir o funcionamento da OIC), órgão auxiliar do Conselho Económico e Social das Nações Unidas. Após a não ratificação da Carta de Havana, aquela Comissão continuou a apoiar, de facto, o funcionamento do GATT. O elemento institucional essencial do GATT é a Assembleia das PARTES CONTRATANTES (em letras maiúsculas significa o conjunto dos Estados agindo como órgão plenário: artigo XXV, n.º 1; em letras minúsculas significa os Estados que aplicam provisoriamente o Acordo Geral).

vigor em 1 de Janeiro de 1948 em virtude do Protocolo de aplicação provisória¹³. Nestes termos, o GATT vincula¹⁴ os governos (apesar de, pelo facto de nunca ter entrado formalmente em vigor, as suas normas serem desprovidas de força obrigatória¹⁵), mas não gera efeitos jurídicos para os cidadãos, não sendo “*self-executing*” ou directamente aplicável no direito interno¹⁶. Por fim, brotando de um acidente histórico, aquele Acordo Geral foi até 1994 o único instrumento multilateral a disciplinar o comércio mundial¹⁷, apesar do seu lacónico conteúdo, da sua flexível disciplina e da sua limitada

¹³ O Acordo Geral é originariamente concebido pelas partes contratantes como um instrumento temporário: aguardava-se a entrada em vigor da OIC que assumiria, de forma estável, amplas funções na regulação do comércio internacional. Com o malogro da OIC existiram, em 1954-55, tentativas de alterar a natureza e a estrutura do GATT (um acordo constitutivo de uma organização para o comércio e a cooperação e um protocolo com alterações organizacionais ao Acordo Geral), mas não houve consenso (sobre estas propostas *vide Guide to GATT Law and Practice, ob. cit.*, II, 1086). Assim, a aplicação provisória do Acordo Geral só terminou com a criação da Organização Mundial do Comércio (as partes contratantes decidiram, a 8 de Dezembro de 1994, que os instrumentos legais que legitimaram a aplicação do GATT de 1947 terminariam um ano após a entrada em vigor do Acordo OMC).

¹⁴ Contudo, nos termos do protocolo de aplicação provisória [artigo 1.º, alínea b)], a Parte II do GATT, que contém as disposições fundamentais correspondentes à filosofia do Acordo, só se aplicaria se não fosse incompatível com a legislação em vigor nas partes contratantes (“... to apply... Part II of that Agreement to the fullest extent not inconsistent with existing legislation.”). É a designada cláusula *Grandfather*, que deveria ter uma natureza provisória (até à entrada em vigor da Carta de Havana), mas que permitiu a indefinida manutenção de práticas comerciais contrárias às disposições e aos objectivos do Acordo Geral. Sobre a interpretação e aplicação desta cláusula veja-se *Guide to GATT Law and Practice, ob. cit.*, II, 1072, ss.

¹⁵ Na verdade, por falta de ratificação (só aderiram plenamente ao GATT a Libéria e o Haiti, o que, nos termos do artigo XXVI, n.º 6, não é suficiente para o Acordo entrar em vigor), o GATT nunca entrou em vigor e apenas subsistiu juridicamente com base no protocolo de aplicação provisória (ou protocolos subsequentes de adesão ao Acordo Geral). Ora, a doutrina dominante qualifica tais acordos de aplicação provisória como acordos jurídicos concluídos em forma simplificada, mas cujas disposições não têm força obrigatória ou vinculativa. Todavia, como nos diz Paolo PICONE e Aldo LIGUSTRO (*Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2003, 10) na prática os Estados não invocaram o regime de aplicação provisória ou a ausência de ratificação, para se subtraírem ao cumprimento das obrigações do Acordo ou para justificarem uma eventual violação do mesmo (tanto mais que o regime era muito flexível, com vastas excepções).

¹⁶ Sobre a natureza jurídica do GATT *vide* WOLFGANG FIKENTSCHER, *ob. cit.*, 108, ss., em especial no que concerne à ausência do carácter “*self-executing*” (mesmo ponderando as diversas acepções desta expressão) das regras do GATT ou à necessidade de cada membro adoptar normas internas (*Anwendungsvorbehalt*).

¹⁷ Vejamos, de forma enunciativa, os principais princípios e regras do GATT. A) Parte I: princípio (apesar das suas vastas excepções) da nação mais favorecida. B) Parte II (onde encontramos a parte substantiva do GATT, a sua estrutura-base, cuja aplicação não tem sido consensual e, nos termos do protocolo de aplicação provisória, apenas efectiva na medida em que não fosse incompatível com a legislação em vigor nas partes contratantes, como vimos): princípio do tratamento nacional; regras relativas aos direitos *anti-dumping* e compensadores; regras sobre marcas de origem; proibição (com a importante excepção dos produtos agrícolas e, pelo menos durante os primeiros anos do GATT, das restrições destinadas a assegurar o equilíbrio da balança de pagamentos) de estabelecimento ou manutenção de restrições quantitativas (quotas, licenças de importação ou exportação ou outras medidas); regras (com excepções) relativas à aplicação não discriminatória das restrições quantitativas; regras no domínio da política cambial (em cooperação com o FMI); disciplina dos subsídios (em geral e à

capacidade. Na verdade, se, por um lado, o modo do seu nascimento moldou o seu âmbito com vastas ausências de regulação (por exemplo, no domínio dos produtos agrícolas, das matérias primas, dos serviços, dos movimentos internacionais de capitais, dos problemas monetários, da propriedade intelectual) que permitiram uma grande liberdade de acção aos Estados, por outro lado, as vastas excepções, a cláusula *Grandfather*, as medidas de salvaguarda, etc., permitiram a sobrevivência de um licitamente fundado sistema paralelo. Acresce, ainda, que o GATT não era um centro autónomo de imputação de direitos e obrigações, não era uma organização internacional dotada de personalidade jurídica própria distinta da dos Estados contratantes. É certo, deve sublinhar-se, que ao longo do tempo, se manifestaram desejos de maior capacidade de regulação e disciplina. Mas apenas isso.

As insuficiências (no domínio institucional e substantivo) e as contradições (que o decurso do tempo evidenciou) do Acordo Geral (que surge num incidente historicamente situado) foram-se exteriorizando ao longo dos oito ciclos de negociações comerciais multilaterais quer com a conclusão de protocolos pautais ou alfandegários (que correspondiam aos objectivos iniciais limitados do GATT) quer com a adopção de textos jurídicos destinados a completar aquele Acordo. Contudo, a evolução normativa do GATT e as alterações verificadas na comunidade internacional ao longo do tempo exigiram uma mutação profunda no sistema do comércio internacional. Em função da ambição (e conseqüente alargamento da regulação comercial internacional) dos ciclos de negociações (ou *Rounds*), podemos classificá-los em três grupos¹⁸.

exportação), das empresas comerciais do Estado, das ajudas de Estado em favor do desenvolvimento económico e das medidas de urgência relativas à importação de certos produtos (estas regras foram objecto de diversas contendas – desde logo durante o Ciclo do Uruguai – entre os países industrializados, em especial os EUA, e os países em desenvolvimento); e regras sobre a resolução de diferendos (tema central do Ciclo do Uruguai). C) Parte III: preceitos, de carácter fundamental, relativos às uniões aduaneiras e zonas de comércio livre, bem como aos procedimentos no campo das negociações pautais; normas sobre a acção colectiva (*joint action*) das partes contratantes, designadamente com vista ao estabelecimento de derrogações (*waivers*) às obrigações do acordo; e disposições operacionais. D) Parte IV: consagra (desde 8 de Fevereiro de 1965) um tratamento diferenciado mais favorável para os países em vias de desenvolvimento, após as críticas que estes efectuaram ao GATT (não diferenciava, por princípio, aqueles países dos industrializados).

¹⁸ Sobre esta classificação *vide* THIÉBAUT FLORY, *L'Organisation Mondiale du Commerce - Droit institutionnel et substantiel*, Bruxelles (1999), 4-5. Sobre estas conferências *vide*, igualmente, Daniel JOUANNEAU, *ob. cit.*, 32, ss.

Num primeiro grupo incluímos as conferências de Genebra (1947), de Annecy (1949), de Torquay (1950-51), de Genebra (1955-56), o Ciclo de Dillon (1961-62) e o Ciclo de Kennedy (1964-67), que se limitaram a negociar o abaixamento dos direitos aduaneiros (embora muito tenham contribuído para a liberalização do comércio internacional). Merece especial relevo o Ciclo de Kennedy por quatro razões. Em primeiro lugar, obtiveram-se reduções pautais bastante elevadas (muito acima das conseguidas nos outros ciclos, embora abaixo do inicialmente pretendido) no domínio dos produtos industriais. Em segundo lugar, procurou-se alargar o âmbito dos produtos abrangidos (pretendendo-se concessões nos produtos não industriais; todavia, os resultados alcançados foram insignificantes), debater os obstáculos não pautais (tendo-se concluído o Código *Anti-Dumping* de 1967) e melhorar o regime das subvenções públicas às empresas. Em terceiro lugar, as partes contratantes acordaram, no início das negociações, que aos países em vias de desenvolvimento não seria exigível o mesmo nível de contribuição para a liberalização global do comércio, designadamente não seria adequado impor o princípio de reciprocidade a estes países (como acontecia nas negociações entre países industrializados) e dever-se-iam ponderar as suas carências no domínio do comércio e do desenvolvimento. Por fim, o Ciclo de Kennedy contribuiu decisivamente, embora interessadamente, para combater tendências proteccionistas. A Comunidade Europeia apresentava-se como um bloco económico forte (embora longe dos objectivos de hoje) e os EUA receavam que a Comunidade se transformasse numa fortaleza económica proteccionista face ao exterior. Para evitar a formação de tais blocos, os EUA aprovaram (em Novembro de 1962) o *Trade Expansion Act* (nova versão do *Reciprocal Trade Agreements Act*) como um instrumento de liberalização global das trocas comerciais que poderia permitir, no limite, a eliminação total dos direitos pautais.

Num segundo grupo encontramos o Ciclo de Tóquio (1973-79) que – tentando responder à crítica de o GATT ter negligenciado diversas preocupações directa ou indirectamente relacionadas com o comércio mundial, e apenas se ter centrado fundamentalmente nos direitos aduaneiros – englobou não apenas os aspectos pautais ou alfandegários, mas também os não pautais, a conclusão de diversos acordos plurilaterais e a reforma do sistema institucional do GATT (os negociadores norte-americanos

tinham mandato para que o GATT se orientasse para um sistema económico mundial liberal e não discriminatório). Assim, foi debatido de forma sistemática o problema das restrições quantitativas (consideradas no quadro do GATT como medidas excepcionais, mas usadas como uma forma normal de protecção) e foram negociados diversos Códigos ou instrumentos multilaterais¹⁹. Os resultados do Ciclo de Tóquio não corresponderam às preocupações norte-americanas e, em consequência, os EUA adoptaram diversas medidas legislativas proteccionistas e retaliadoras (designadamente em relação aos países que dificultassem o acesso ao mercado ou não protegessem, de forma adequada e eficaz, os direitos de propriedade intelectual).

No terceiro grupo incluímos o Ciclo do Uruguai (1986-93) que foi, até à data, o mais ambicioso de todos, evidenciando a erosão do GATT e dando origem à Organização Mundial do Comércio (OMC) que surge quase tão acidentalmente quanto o próprio GATT. O desgaste do GATT, demonstrativo da sua incapacidade (originária e evolutiva), resulta da impotência (a concepção de um certo sistema endógeno) para se adaptar às alterações político-económicas (um sistema exógeno que absorve e destrói o sistema endógeno, gerando, todavia, um outro de natureza diferente: a OMC) verificadas após 1947 e, em especial, depois de 1960. Na verdade, o GATT foi concebido de e para uma grande potência, os EUA, e os países contratantes detinham um desenvolvimento económico, assente numa economia de mercado, e um modelo político muito semelhantes (condições que lhes garantiam, no comércio internacional evolutivamente liberalizado, uma concorrência “produtiva”). Contudo, o surgimento, no mapa económico internacional, de blocos ou regiões economicamente fortes e adeptas

¹⁹ Acordo relativo aos obstáculos técnicos ao comércio; Acordo relativo à interpretação e à aplicação dos artigos VI (direitos *anti-dumping* e compensadores), XVI (subsídios) e XXIII (protecção das concessões e vantagens); Acordo relativo aos procedimentos em matéria de licenças de importação; Acordo relativo à execução do artigo VI (direitos *anti-dumping* e compensadores, com a conclusão de um segundo código *anti-dumping*); Acordo relativo aos mercados públicos; e Acordo relativo à execução do artigo VII (valor aduaneiro). Simultaneamente foram adoptados três códigos sectoriais relativos ao comércio de aeronaves civis, aos lacticínios e à carne bovina. Salientamos, ainda, a declaração sobre medidas comerciais no âmbito da balança de pagamentos, o memorando sobre a resolução de diferendos e, em relação aos países em vias de desenvolvimento, são adoptadas duas decisões (uma relativa às medidas de salvaguarda e outra sobre o tratamento diferenciado e mais favorável, à reciprocidade e à maior participação daqueles países). Por fim, sob a égide do GATT é concluído, em 1974, o Acordo multifibras (substituiu o acordo anterior, da década de 60, sobre os têxteis).

de medidas proteccionistas (como a Comunidade Económica Europeia²⁰ ou o Japão), alterou a estabilidade do GATT e provocou a desilusão dos EUA em relação à eficácia deste acordo. O GATT demonstrou a sua incapacidade pela ausência de controlo e regulamentação das novas formas de proteccionismo adoptadas após o Ciclo de Tóquio (apesar das medidas eleitas neste Ciclo). A concorrência (considerada pelos EUA como desleal) dos novos países industrializados da Ásia (colocando em causa o pilar da reciprocidade do GATT) legitimou a adopção de medidas defensivas e unilaterais por parte, em especial, dos EUA e da Comunidade Europeia. Desenvolve-se, na verdade, um neo-proteccionismo multiforme, assente em medidas não pautais, não enquadráveis no sistema do GATT.²¹

Dois outros elementos vão provocar, ainda mais acentuadamente, desequilíbrios naquele Acordo Geral. Por um lado, o carácter interessado do GATT ao serviço dos países industrializados é sublinhado pelos (“novos”) países em vias de desenvolvimento (resultantes dos processos de descolonização) que reclamam um tratamento diferente (dando origem – embora evidenciando as “fraquezas” que teimarão em permanecer –, nomeadamente, em 1964, à Parte IV do GATT e, em 1979, à Decisão relativa ao tratamento diferenciado e mais favorável, à reciprocidade e à maior participação destes países). Por outro lado, se durante algum tempo os países socialistas, de economia planificada, permaneceram fora do GATT, a partir dos finais da década de 60 alguns desses países (por exemplo, a Hungria, a Polónia, a Roménia, e a Jugoslávia)

²⁰ Quando foi criada, a Comunidade tinha um objectivo de abertura em relação ao exterior. Nesse sentido expressamente o consagrava o Tratado de Roma no seu art. 110.º (numeração original): “ao instituírem entre si uma união aduaneira, os Estados membros propõem-se contribuir, no interesse comum, para o desenvolvimento harmonioso do comércio mundial, para a superação progressiva das restrições às trocas internacionais e para a redução das barreiras alfandegárias”. Aliás, só assim se dava cumprimento ao art. XXIV do GATT, pois ao permitir uniões aduaneiras e zonas de comércio livre como excepções à aplicação da cláusula da nação mais favorecida, o objectivo era que tais uniões ou zonas constituíssem formas provisórias de se caminhar para o comércio livre mundial. E, na verdade, até aos anos 70 a Comunidade viveu um quadro de abertura em relação ao exterior. Todavia, após a primeira crise petrolífera (1973) assistimos à consagração de orientações proteccionistas de que a Política Agrícola Comum (PAC) é o exemplo máximo de defesa do mercado interno. A mudança da agulha comunitária para o livre-cambismo só se verificará a partir de meados da década de 80 (nas vésperas do Ciclo do Uruguai) com uma política de reforço das condições de competitividade da Comunidade, designadamente com medidas de coesão económica e social, de investigação e desenvolvimento tecnológicos, e com medidas directas de intervenção. Todavia, a reforma da PAC – reduzindo as medidas proteccionistas e com a clareza de que a evolução da agricultura depende de uma perspectiva mundial e não apenas europeia – apenas terá lugar em 1992.

²¹ Sobre isto *vide* Bernard GUILLOCHON, *ob. cit.*, 92, ss.

começaram a participar no GATT (embora sem se sujeitarem total e incondicionalmente à disciplina deste Acordo), o que demonstrou as limitações normativas e a incapacidade de adaptação (por incompatibilidade) do modelo económico subjacente àquele Acordo.

Este quadro de mutação político-económica vai reflectir-se no interior do GATT gerando incongruências na ordenação normativa e na organização institucional. O carácter aglutinante (diversificante) do GATT (o número de partes contratantes aumenta consideravelmente: 23 no início, 92 em 1986) implicou um esartejamento do seu ordenamento jurídico em consequência da multiplicidade de acordos concluídos, geradores de uma diversidade de relações e regimes jurídicos. Na verdade, estamos perante acordos moldados à vontade de alguns (as características das partes contratantes são, como vimos, muito diferentes) e de adesão voluntária, causando um aproveitamento indevido do princípio da nação mais favorecida²². Diga-se, ainda, que os acordos celebrados eram por vezes contraditórios ou de difícil compatibilidade. Esta contradição ou difícil compatibilidade verificava-se quer entre o Acordo Geral e os acordos autónomos (aquele aplicável a todos – embora permitindo-se diversas derrogações e regimes excepcionais – e estes só aos que voluntariamente aderiam), quer entre os acordos autónomos (muito diferentes nos seus objectivos e regime: por exemplo o acordo sobre as aeronaves civis não correspondia a uma finalidade liberalizadora, antes disciplinadora, e, por isso, era completamente distinto dos acordos sobre os obstáculos não pautais).

No plano institucional, a tendência universalista do GATT (países com níveis de desenvolvimento e economias muito diferentes que exigiu, como verificámos, uma diferenciação de regimes jurídicos) impôs a admissão de diversos modos de participação no seu seio. Assim tivemos: a aceitação plena do Acordo mediante ratificação, nos termos do art. XXVI (que, como vimos, foi muito pouco usado); a adesão ao Protocolo de aplicação provisória no caso das partes contratantes originárias; contudo, se se tratavam de adesões após 30 de Outubro de 1947, celebravam-se

²² Diz-nos, a tal propósito, Paolo PICONE e Aldo LIGUSTRO, *ob. cit.*, 18, o seguinte: “(...) la clausula della nazione più favorita prevista dall’art. I dell’Acordo generale richiedeva l’estensione immediata e incondizionata dei benefici derivanti dall’applicazione dei Codici anchi a tutti gli Stati membri. Si veniva così a porre il problema del cosiddetto *free riding*: termine (...) con cui si designa la possibilità per le parti contraenti che non li avevano sottoscritti di godere dei vantaggi collegati a tali Codici senza assumersi i correlativi oneri”.

protocolos de adesão, de acordo com estipulado no art. XXXIII (mas retomando as disposições do protocolo de aplicação provisória); por fim, no caso dos países que adquiriram independência após um processo de descolonização, poderiam aderir ao GATT através de uma simples declaração de aceitação das obrigações do Acordo (adesão em forma simplificada), com base no art. XXVI, n.º 5, alínea c) (neste caso aplicavam-se as condições e os termos da adesão do país-mãe, incluindo o protocolo de aplicação provisória ou os protocolos de adesão). Ou seja, assistimos ao reconhecimento de múltiplas “qualidades” de parte contratante²³. Realce-se, ainda, que as diversas tentativas de substituir a aplicação provisória por uma aplicação definitiva, exigindo-se uma adesão plena, nunca teve lugar, pelo que o temporário se tornou permanentemente definitivo e uma desejável aplicação plena se limitou a ser atenuada em virtude da cláusula *Grandfather*.

Outra consequência da evolução político-económica e da vocação aglutinadora do GATT foi a alteração verificada na sua orgânica. Assiste-se a uma musculação organizativa do GATT (com novos órgãos e com competências alargadas) com vista a dar resposta às referidas transformações, dando origem a uma estrutura tríplice²⁴ próxima de uma organização internacional. Todavia, a divisão dos poderes entre o

²³ Além das partes contratantes de pleno direito, diversos países participavam a título provisório, ou mediante uma aplicação *de facto* do Acordo (sobre a aplicação *de facto vide Guide to GATT Law and Practice, ob. cit.*, 921-923), ou na qualidade de associado ou, ainda, como observadores (neste caso incluem-se também organizações).

²⁴ A assembleia das PARTES CONTRATANTES (órgão deliberativo, com competências gerais e normativas); o Conselho de Representantes (órgão executivo); e o Secretariado (competências administrativas). Acrescem ainda órgãos auxiliares. A assembleia é o elemento estrutural do GATT, no qual se adoptam as decisões e que reunia (quase sempre a nível de embaixadores), em regra, uma vez por ano. No intervalo das assembleias, o trabalho era assegurado pelo Conselho de Representantes, órgão permanente que se reunia igualmente, em regra, a nível de embaixadores. Os poderes do Conselho de Representantes alargaram-se ao longo do tempo; se inicialmente se limitava a preparar as reuniões entre as Partes Contratantes, veio, posteriormente, a deter quase as mesmas funções das Partes Contratantes. Quanto ao Secretariado do GATT (cujas funções eram formalmente exercidas no quadro da Comissão Interina da Organização Internacional do Comércio), é de salientar a decisão de 23 de Março de 1965 que estabelece que as obrigações e poderes conferidos ao Secretariado Executivo do GATT serão exercidos “by the person holding the position of Director-General, who shall, for this purpose, also hold the position of Executive Secretary”. A figura do Director-Geral é o representante efectivo do GATT (com funções de depositário e de custódia dos acordos sob administração do GATT), tendo desempenhado um importante papel para o progressivo crescimento do sistema jurídico disciplinador das relações comerciais multilaterais. Por fim, o GATT era ainda dotado de numerosos órgãos auxiliares (comités, conselhos, grupos de peritos, etc.). Tiveram um papel relevante os grupos de peritos (*panels of experts*) na análise dos diferendos comerciais entre as partes contratantes (que esteve na origem do sistema actual de resolução de diferendos previsto na OMC).

órgão deliberativo e o executivo não é plenamente conseguida (este não é mais do que um “espelho” do primeiro, destinado a dar-lhe continuidade funcional: o órgão executivo está subordinado ao deliberativo; as competências dos dois órgãos coincidem em grande medida; e a composição é semelhante) e o GATT continua a configurar-se como um fenómeno *sui generis*. Esta natureza do GATT – marcada desde a origem pela provisoriedade historicamente situada – ressalta, em especial, na sua duvidosa subjectividade internacional (mesmo após as alterações institucionais que analisámos) em virtude de não agir como um centro autónomo de imputação ou emanação de direitos e obrigações (a assembleia das partes contratantes não gozava de independência face aos Estados) não tendo capacidade para vincular Estados, organizações ou outros sujeitos jurídicos. Ou seja, o GATT não detinha autonomia face aos Estados (contratantes), designadamente na interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas. Sintoma desta condição jurídica era a atitude dos Estados na assembleia das partes contratantes que adoptaram o sistema de votação por consenso²⁵ (*id est*, desde que não existisse oposição expressa) em prejuízo do explicitamente disposto no art. XXV do Acordo (votação por maioria), transformando aquela assembleia (negando-lhe autonomia) numa conferência de Estados e dificultando a consecução dos objectivos constitutivos do GATT.

Em face do exposto, o tempo era de mudança. Era necessário superar o modelo de crescimento económico do pós-guerra (o crescimento estável tinha já terminado nos anos 60 e a crise surge a partir de 1973) e estender a liberdade de comércio no plano mundial (até agora praticamente limitada aos produtos industriais) a novos domínios (exemplo de uma era pós-industrial). Novas circunscrições que compreendiam, designadamente, os sectores industriais geradores/utilizadores de novas tecnologias, os serviços (que começavam a demonstrar um papel fundamental nas economias modernas), a agricultura (era opinião unânime – não necessariamente concretizada nos mesmos termos – que a agricultura tinha uma importante função a desempenhar no desenvolvimento de diversas regiões do globo) e a propriedade intelectual (as trocas

²⁵ Sobre o sistema de votação *vide Guide to GATT Law and Practice, ob. cit.*, 1108, ss. No que respeita às dificuldades de alteração do Acordo Geral (que promoveu o recurso a acordos autónomos com a dimensão e as consequências que acima referimos) veja-se o art. XXX e o citado *Guide to GATT Law and Practice*, 1001, ss.

comerciais de produtos patenteados, com marca ou objecto de direito de autor, tinham-se incrementado e uma ausência de disciplina poderia constituir, do ponto de vista de alguns, um obstáculo ao comércio).

O Ciclo do Uruguai vai significar a superação do GATT, dos seus limites e das suas lacunas, tendo os EUA (com o apoio dos países industrializados)²⁶ tomado a iniciativa deste novo ciclo de negociações multilaterais (a sugestão surge já em 1981)²⁷. Sendo certo que esta iniciativa vai demarcar interessadamente as linhas orientadoras das negociações, a Conferência ministerial de Punta del Este (15-19 de Setembro de 1986) não foi pacífica, manifestando-se oposições entre diversas partes contratantes. São de realçar dois blocos de oposição. Por um lado, entre os EUA e a Comunidade Europeia (CE) em que as divergências se relacionavam com a inserção da agricultura no sistema comercial multilateral: os EUA e o grupo de Cairns que inclui, nomeadamente, a Austrália e a Nova-Zelândia, defendiam tal inclusão, enquanto que a CE se opunha dada a estrutura da Política Agrícola Comum, em especial o sistema de subvenções. Por outro lado, entre os países industrializados (do Norte) e os países em vias de desenvolvimento (do Sul) em que a discordância versava sobre o domínio dos têxteis (os países do Sul, ao contrário dos do Norte, desejavam a sua inserção no sistema comercial multilateral) e sobre o alargamento do GATT a novas matérias, em especial os serviços e a propriedade intelectual (os países do Norte, contra a vontade dos do Sul, solicitavam tal extensão).

Na declaração de Punta del Este (19 de Setembro de 1986) e após alguns compromissos, são estabelecidos os seguintes objectivos para as negociações que então se iniciavam. Em primeiro lugar, a agricultura e os têxteis serão incluídos nos mecanismos de consecução de uma progressiva liberalização multilateral. No plano agrícola os países industrializados apresentam excedentes agrícolas resultantes de apoios artificiais concedidos a este sector, e os países em vias de desenvolvimento vivem situações de penúria, seja por razões naturais (conjugadas com um insuficiente poder de compra dos consumidores), seja por incapacidade de concorrência face aos

²⁶ Para uma análise crítica à proposta dos EUA bem como à inserção da propriedade intelectual no GATT *vide*, entre outros, Hanns ULLRICH, "GATT: Industrial Property Protection, Fair Trade and Development", in *IIC Studies*, *ob. cit.*, 129, ss.

²⁷ *Vide* Daniel JOUANNEAU, *ob. cit.*, 63, ss.

mecanismos protectores dos países industrializados (contudo, o Ciclo do Uruguai foi marcado pelos diferendos no âmbito agrícola entre a CE e os EUA²⁸). No que concerne aos têxteis os países em vias de desenvolvimento tinham enormes interesses neste sector. Em segundo lugar, prevê-se a celebração de acordos multilaterais em novos domínios: investimentos, serviços (resultado de uma tomada de consciência da importância deste sector – que inclui, por exemplo, as telecomunicações – nas relações económicas internacionais, apesar dos interesses opostos entre os EUA e a CE e entre os países industrializados e os em vias de desenvolvimento) e propriedade intelectual (os países industrializados têm importantes interesses neste campo, cada vez mais relevante nas trocas internacionais, tendo-se discutido se o GATT era o local adequado para disciplinar este problema no sentido não apenas de que existiam organizações especializadas nesta matéria, mas também porque se iria imprimir uma nova filosofia à propriedade intelectual). Em terceiro lugar, deseja-se reforçar a organização institucional com vista à criação de uma nova organização internacional do comércio (sentia-se a necessidade de reforçar a disciplina das relações comerciais internacionais).

Tendo sido estes os objectivos fundamentais²⁹, a verdade é que muitos outros (sintoma de outros movimentos internacionais) foram adquirindo um relevo crescente³⁰,

²⁸ A demora da conclusão do Ciclo do Uruguai deveu-se, em parte, à questão agrícola. Contudo, deve sublinhar-se que a Comunidade desde, pelo menos, meados da década de 80 manteve uma política de abertura em relação ao exterior. Mesmo com a crise da década de 90 (a que não foi alheio a não conclusão, na data prevista, do Ciclo do Uruguai, mas a que deve acrescentar-se, nomeadamente, o processo de integração dos países da Europa Central e do Leste) a Comunidade resistiu à tentação de adoptar uma atitude proteccionista, continuando a impulsionar o processo de negociação do Ciclo do Uruguai e a professar medidas de melhoria das estruturas produtivas da Comunidade de forma a lhe permitir condições de competitividade no exterior. Por outro lado, as críticas dirigidas à PAC – como o principal obstáculo à conclusão do Ciclo do Uruguai –, merecem duas observações: países terceiros (como os EUA) dispunham (e dispõem) de fortes mecanismos proteccionistas em diversos sectores, incluindo o agrícola; fazer depender a conclusão do Ciclo, como os seus múltiplos acordos (contribuindo de forma significativa para a liberalização das trocas no plano mundial), de um único dossier, não deixa de ser censurável.

²⁹ Para além de terem sido ponderadas outras matérias, como os efeitos negativos da instabilidade monetária, o crescente endividamento dos países em vias de desenvolvimento e a consagração do princípio da integração graduada (*id est*, a subordinação às regras do Acordo em função do desenvolvimento económico) dos países em vias de desenvolvimento (apesar de estes terem sempre argumentado durante as negociações do Ciclo do Uruguai que o GATT estava construído à medida dos interesses dos países industrializados, designadamente no que respeita à interpretação dos arts. XI, XVI, XVIII e XIX) como atenuação ao princípio da não reciprocidade.

³⁰ É verdade que o primeiro considerando (ao contrário dos seguintes que plasmam os objectivos tradicionais) do acordo que cria a OMC faz referência a propósitos e valores que só no *post* Ciclo do Uruguai adquiriram (com recuos, incertezas e sempre colocados em segundo plano) uma eficaz relevância normativa (é caso da utilização óptima dos recursos naturais, da protecção do ambiente, da melhoria dos

projectando-se nas Conferências Ministeriais realizadas após a entrada em vigor do acordo que criou a OMC, como veremos.

A multiplicidade dos dossiers em análise, os ambiciosos objectivos que tinham sido traçados e a particular dificuldade de algumas matérias (em especial a agrícola) foram algumas das causas para justificar o fim das negociações apenas a 15 de Dezembro de 1993 e a assinatura oficial dos acordos que puseram termo ao Ciclo do Uruguai na Conferência de Marraquexe (a 14-15 de Abril de 1994).

Os acordos de Marraquexe entraram em vigor a 1 de Janeiro de 1995 e representaram a concretização não só do projecto da Carta de Havana (apesar dos EUA apenas terem aceite a criação da OMC – cuja proposta coube, na verdade, à CE – quase no final das negociações, por continuarem – após mais de quarenta e cinco anos – a recear pela sua liberdade em matéria comercial³¹), mas também – e de forma mais alargada – do desejo de uma organização da economia mundial à luz dos ideais neo-liberais de Bretton Woods.

A amplitude dos resultados alcançados verifica-se a diversos níveis. Por um lado, a multiplicidade das matérias abrangidas³² (a integração de sectores delicados como a agricultura ou os têxteis, bem como novas matérias, como vimos) garantem efeitos de

níveis de vida, da realização do pleno emprego, do aumento dos rendimentos reais, etc.). Além destes, podemos ainda mencionar o *dumping* social ou o *dumping* monetário.

³¹ Os EUA reagiram negativamente à proposta de criação da inicialmente designada *Multilateral Trade Organisation* (proposta pela CE e constante do *Dunkel Draft*) principalmente no que dizia respeito aos mecanismos de voto (previa-se que a regra seria a da maioria e os EUA desejavam o processo de decisão por consenso). A proposta de uma *Multilateral Trade Organisation* obteve ainda críticas por parte dos ambientalistas.

³² A Acta Final do Ciclo do Uruguai é constituída pelo acordo que cria a OMC (um pequeno acordo, também designado por Mini-Carta) e pelas Declarações e Decisões Ministeriais. O acordo que cria a OMC abrange os Acordos Multilaterais sobre o Comércio de Mercadorias (Acordo Geral sobre as Pautas Aduaneiras e o Comércio de 1994; Acordo sobre a Agricultura; Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias; Acordo sobre os Têxteis e o Vestuário; Acordo sobre os Obstáculos Técnicos ao Comércio; Acordo sobre as Medidas de Investimento Relacionadas com o Comércio; Acordo sobre a aplicação do Artigo VI do GATT de 1994; Acordo sobre a aplicação do Artigo VII do GATT de 1994; Acordo sobre a Inspeção antes da Expedição; Acordo sobre as Regras de Origem; Acordo sobre os procedimentos em matéria de Licenças de Importação; Acordo sobre as Subvenções e as Medidas de Compensação; e o Acordo sobre Medidas de Salvaguarda), o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS), o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (TRIP's) incluindo o Comércio de Mercadorias de Contrafacção, o Memorando de Entendimento sobre as Regras e Processos que regem a Resolução de Litígios, os Mecanismo de Exame das políticas comerciais e os Acordos Comerciais Plurilaterais. Esta estrutura complexa, algo singular, e a não integração dos diversos acordos resultou do facto de a criação da OMC só se ter verificado numa fase final das negociações e ter-se querido evitar uma ulterior reelaboração dos acordos já negociados e encerrados.

liberalização evolutiva do comércio mundial nunca vistos (além de se terem conseguido baixar de forma significativa os direitos aduaneiros e diminuir os obstáculos não pautais). Por outro lado, a criação de uma organização mundial do comércio (dotada de personalidade jurídica e capacidade jurídica necessárias ao exercício das suas funções, com vastas competências³³, uma estrutura institucional forte³⁴, munida de mecanismos de resolução de diferendos que lhe asseguram eficácia³⁵, e verdadeiramente multilateral

³³ Compete à OMC a administração dos acordos de Marraquexe, constituindo o enquadramento institucional para as relações comerciais entre os membros nas matérias relativas aos acordos, ou seja, apresenta-se como um sistema unificado (em especial no quadro dos acordos comerciais multilaterais) e não fragmentado como acontecia, nos termos que vimos, no GATT (*vide* o art. II do acordo que cria a OMC). Com o mesmo objectivo, a OMC é igualmente o fórum para as negociações entre os membros no que respeita às suas relações comerciais multilaterais, quer, obrigatoriamente, nas matérias disciplinadas pelos acordos da OMC, quer, se os membros assim o desejarem, em outros domínios (art. III do citado acordo). Por fim, a OMC (de acordo com o art. V) é competente para concluir acordos ou outras medidas adequadas com vista a assegurar uma cooperação eficaz (em busca de coerência na elaboração de políticas económicas a nível mundial) com outras organizações intergovernamentais ou mesmo não governamentais, desde que se “ocupem de questões relacionadas com as da OMC”. Estamos, nestes termos, perante o terceiro pilar da regulação do comércio mundial, ao lado do FMI e do Banco Mundial (aliás a OMC já celebrou acordos de cooperação com estas organizações).

³⁴ O órgão máximo da OMC é a Conferência Ministerial, composta por representantes de todos os membros e competente para decidir em todas as matérias reguladas por qualquer dos acordos comerciais multilaterais. No intervalo das Conferências Ministeriais (que se reúne, pelo menos, uma vez de dois em dois anos) as funções deste órgão são exercidas por um Conselho Geral, composto por representantes de todos os membros, que exerce igualmente funções de Órgão de Resolução de Litígios e Órgão de Exame das Políticas Comerciais. Foram instituídos diversos órgãos auxiliares: Conselhos (por exemplo o Conselho TRIP's) e Comitês (*vide* art. IV do acordo OMC). Por fim, foi criado um Secretariado da OMC, dirigido por um Director-Geral.

³⁵ O acordo da OMC inclui um Memorando de Entendimento sobre as regras e processos que regem a Resolução de Litígios. Deste memorando resulta a consagração de um sistema único ou integrado para a resolução dos diferendos em relação aos acordos multilaterais e plurilaterais concluídos em Marraquexe, (sendo certo que consagra procedimentos especiais para os países membros menos desenvolvidos). Pretendeu-se consagrar um sistema de resolução de litígios que garantisse segurança, certeza e previsibilidade para o sistema multilateral do comércio emanado e estabelecido na OMC. Trata-se de um sistema exclusivo, obrigatório e tendencialmente jurisdicional. Na verdade, a disciplina das relações comerciais internacionais é assegurada através do recurso obrigatório às regras e aos processos do referido memorando (não podem ser os próprios membros a determinar se houve ou não violação de uma norma de algum acordo), ficando proibido – tal como era solicitado pela CE – o recurso a medidas coercivas unilaterais (o objectivo era, designadamente, pôr termo às sanções unilaterais aplicadas pelos EUA ao abrigo da secção 301 do *Trade Act*, a que nos referiremos mais adiante). O processo de resolução de diferendos assenta num órgão criado para o efeito: o Órgão de Resolução de Litígios (ORL) composto por representantes de todos os membros da OMC e cujas decisões são adoptadas, nos termos do art. 2.º, n.º 4, do memorando, por consenso (trata-se, todavia, da técnica do consenso negativo, isto é, as decisões e recomendações do ORL são adoptadas automaticamente, salvo se por consenso o ORL decidir não as tomar). Se, em certos momentos, o ORL assume uma natureza diplomática ou negocial, noutros comporta-se como um órgão jurisdicional. Assim, numa primeira fase de resolução do diferendo (e sem prejuízo de as partes, por comum acordo, decidirem recorrer à arbitragem), prevêem-se consultas entre os países membros em causa (é a via diplomática), mas, em caso de insucesso das negociações, o país membro queixoso pode solicitar a constituição de um painel (ou grupo especial) cujos membros, além de poderem ser impostos às partes, agem de forma independente em relação aos Estados envolvidos (agem

e universal tendo em conta o número de países membros e a área geográfica coberta) que garante uma disciplina fortemente regulamentada e simultaneamente coordenada (nunca antes obtida) das relações comerciais mundiais³⁶. Sublinhe-se que a contradição – para os liberais puros ou desatentos – entre a progressiva liberalização das trocas e regulamentação reforçada é ilusória, pois são concertadas e orientadas num certo sentido (livre-cambista – maior abertura; o que significa uma maior exigência em termos competitivos – impondo um reforço da capacidade de produção).

exclusivamente a título individual). O painel elaborará um relatório que será adoptado pelo ORL. Da decisão do painel pode haver recurso (quanto às questões de direito) para um Órgão de Recurso composto por “pessoas que não deverão estar ligadas a qualquer governo” (art. 17.º, n.º 3 do citado memorando), ou seja, independentes, e que tem uma natureza permanente (n.ºs 1 e 2 do referido art. 17.º). A criação deste Órgão de Recurso permanente talha o caminho da jurisdicionalização da OMC (estamos “muito longe” do GATT). Uma vez adoptado o relatório do painel ou do órgão de recurso pelo ORL, este órgão tomará as decisões ou recomendações que o país membro infractor deverá cumprir. Se as recomendações ou decisões não forem executadas num prazo razoável (art. 22.º, n.º 1) serão adoptadas medidas temporárias de compensação e de suspensão de concessões (que podem assumir a natureza de retorsões cruzadas). Todavia, se a parte em causa colocar objecções quanto ao nível ou natureza da suspensão, haverá recurso à arbitragem (é a terceira etapa). Por fim, “o ORL será informado atempadamente da decisão do árbitro e concederá, mediante pedido, autorização para suspender as concessões ou outras obrigações nos casos em que esse pedido seja compatível com a decisão do árbitro, salvo se o ORL decidir por consenso rejeitar o pedido” (art. 22.º, n.º 7). Em Setembro de 2003 o ORL já tinha recebido mais de 300 diferendos, número que o GATT não alcançou em quase 50 anos de existência. Sobre o sistema de resolução de diferendos da OMC *vide* Ernst-ULRICH PETERSMANN, *The GATT/WTO Dispute Settlement System, International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Kluwer Law International, London (1998), e Miguel MOURA e SILVA, *Direito Internacional Económico, Jurisprudência Relativa ao Sistema GATT/OMC*, AAFDL, Lisboa (2002), esp. 119, ss.

³⁶ Convém sublinhar que o acordo da OMC inclui acordos que se impõem aos países que pretendam aderir, constituindo um bloco indivisível (os acordos multilaterais), sendo apenas de adesão facultativa os acordos plurilaterais (a sua autonomização deveu-se às particulares dificuldades de negociação verificadas nos domínios – muito circunscritos – abrangidos por estes acordos). Ou seja, a eficácia (traduzida em estabilidade e assente num compromisso único sem excepções) da liberalização mundial das trocas abrangendo diversos sectores e a regulamentação uniforme do comércio multilateral é igualmente assegurada por esta via (que se impõe a todos, quer a países como os EUA que têm de cumprir regras e disciplinas por vezes severas, quer às economias em desenvolvimento ou de nova industrialização que têm de assumir obrigações de que antes estavam isentas), evitando-se, como acontecia no GATT, a multiplicidade divergente de relações jurídicas entre os membros (geradora de efeitos perversos para os objectivos do Acordo) e aquilo que Paolo PICONE e Aldo LIGUSTRO, *ob. cit.*, 27, referem, e que acima citámos, como *free riding*: os Estados não podem apenas aceitar os acordos que lhes sejam mais vantajosos. Por outro lado, estabelece-se (art. XIII do acordo OMC) uma cláusula de não aplicação em termos muito rigorosos [que só pode ser aplicada entre membros da OMC para o conjunto dos acordos concluídos no âmbito daquela Organização, mas com excepção dos acordos plurilaterais – que têm regras próprias – e o acordo relativo ao mecanismo de exame das políticas comerciais (aqui não há derrogações, só importando a análise da política comercial de cada Estado com as regras da OMC e não as relações inter-estaduais)], não existindo a cláusula *Grandfather* (que no GATT permitiu a subsistência dos entraves ao comércio e impediu a realização dos objectivos desse Acordo Geral) e consagrando-se, expressamente, que os países membros assegurarão a conformidade do seu ordenamento jurídico com as suas obrigações resultantes do acordo OMC e acordos anexos (art. XVI, n.º 4, do acordo OMC).

É neste novo quadro – integrado (do ponto de vista institucional e material) – de organização económica (sublinhando-se o simbolismo da queda do muro de Berlim e uma nova realidade político-económica e militar que gerou) e jurídica (funcionalizando-se o jurídico ao económico e afiançando-se a implementação de um certo modelo) das relações comerciais multilaterais que é celebrado o acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio (TRIP's) incluindo o comércio de mercadorias de contrafacção.

Este acordo é um exemplo do crescente interrelacionamento e mundialização – como veremos no *post* Ciclo do Uruguai – das actividades com algum relevo económico [sejam de natureza económico-social (por exemplo, o *dumping* social ou a protecção do consumidor), de índole económico-cultural (por exemplo, a protecção do conhecimento tradicional) ou relevem do sector económico-jurídico (por exemplo, a propriedade intelectual)] e de natureza essencialmente não comercial (direitos laborais, segurança social, ambiente, saúde pública, etc.), de que a OMC – se quer assegurar não apenas um *free trade*, mas também um *fair trade*³⁷ – não se pode alienar (além de outras com uma clara vertente comercial, como o comércio electrónico ou a defesa da concorrência).

Estamos perante uma Organização Mundial do *Comércio* que quer ser planetária no plano subjectivo (*id est*, Estados membros) e no modelo económico neo-liberal, mas tê-lo-á que ser também no plano material, dando cumprimento às exigências (não altruísticas) de grupos de interesses da sociedade civil.³⁸

³⁷ Um comércio livre deve ser igualmente um comércio justo, com “igualdade de armas”. As importações de países que não respeitem as regras mínimas no domínio das condições de trabalho ou de respeito do ambiente, além de prejudicar os produtores e os trabalhadores dos países – como os da União Europeia – que respeitam tais regras (sendo certo que os beneficiários poderão ser os consumidores que podem comprar a preço mais baixo), há uma “responsabilidade moral e política (dos países importadores) perante os cidadãos dos próprios países terceiros, afectados na sua dignidade e na sua qualidade de vida por não estarem asseguradas as condições mínimas nos domínios indicados” – Manuel PORTO, *Portugal, o Uruguai Round e a União Europeia* (1994), 36.

³⁸ Sobre o multilateralismo, a internacionalização e a globalização *vide*, entre outros, ULRICH BECK, *Qué es la globalización? Falácias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona (2001); ZYGMUNT BAUMAN, *Globalization, The Human Consequences*, Polity Press, Cambridge (1998); Hans-Peter MARTIN e HARALD SCHUMANN, *A Armadilha da Globalização, o assalto à democracia e ao bem-estar social*, Terramar, Lisboa (2000); Joseph E. STIGLITZ, *Globalization and its Discontents*, New York (2003); ZYGMUNT BAUMAN, *Postmodernity and its Discontents*, Polity Press, Oxford (1998); JÜGEN HABERMAS, *L'espace public*, Éditions Payot, Paris (1993); JÜGEN HABERMAS, *The Structural Transformation of the Public Sphere*, Polity Press, Oxford (2002); Michel BÉLANGER, *Instituições Económicas Internacionais, A Mundialização Económica e os seus Limites*, Instituto Piaget, Lisboa (1997). Contra o comércio internacional global *vide* TIM LANG, COLIN HINES, *O Novo Protecționismo*,

3. Génese do acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio (TRIP's).

“...authorship generates control, control generates authority, and authority generates power. We should take every step necessary to ensure that the controlling voices of the few but powerful are balanced by the yet-unheard voices of the weaker multitudes.”

Tyanna K. HERRINGTON, *Controlling voices*, USA (2001), 154.

A disciplina da propriedade intelectual numa economia globalizada foi adquirindo uma importância crescente ao longo do Ciclo do Uruguai. Na verdade, desde a década de 80 que se assistia a um aumento no número de patentes concedidas e de marcas registadas, bem como a um desenvolvimento acentuado no sector do direito de autor. O comércio internacional de produtos e serviços incorporava, de forma crescente, direitos de propriedade intelectual. Hoje, no valor dos produtos (e não apenas os tecnológicos) pesam, de forma cada vez mais significativa, os esforços de invenção, inovação e investigação³⁹. A esta extensão (merceológica e de valor económico) deve-se acrescentar que é a própria noção de propriedade intelectual que se amplifica (extensão jurídica quer no plano da intensidade quer do alargamento a novos objectos)⁴⁰. O reforço da tutela da propriedade intelectual verifica-se, em primeiro lugar, no plano interno (principalmente nos países industrializados), de seguida no domínio dos acordos bilaterais e depois nas convenções multilaterais (de que o Ciclo do Uruguai constituiu, até à data, o exemplo mais representativo). Gustavo Ghidini é claro: “(...) die

Protegendo o Futuro Contra o Comércio Livre, Instituto Piaget, Lisboa (1994) e, dos mesmos autores, “La ‘relocalisation’, un nouveau protectionisme”, in AA.VV., *Le Procés de la Mondialisation*, sous la direction de Edward GOLDSMITH et Jerry MANDER, Librairie Arthème Fayard, 2001, 459, ss. Entre a economia de mercado e a regulação leia-se, entre nós, Maria Manuel LEITÃO MARQUES e Vital MOREIRA, *A Mão Invisível, Mercado e Regulação*, Almedina (2003).

³⁹ Vide Margaret BLAIR e Steven WALLMAN, “The Growing Intangibles Reporting Discrepancy”, in AA.VV., *Intangible Assets, Values, Measures, and Risks*, Edited by John HAND and BARUCH LEV, Oxford Management Readers, Oxford University Press, New York (2003), 449, ss.

⁴⁰ A propriedade intelectual tem-se deparado com crescentes problemas em virtude do quadro societário dominante ser profundamente comunicativo e simbólico. Sobre isto vide, entre muitos, Manuel CASTELLS, *A Sociedade em Rede*, Editora Paz e Terra, Brasil (2000); deste mesmo autor leia-se *O Poder da Identidade*, Editora Paz e Terra, Brasil (1999); e Giovanni SARTORI, *Homo Videns, televisão e pós-pensamento*, Terramar, Lisboa (2000).

anhaltende und vielfältige Tendenz der Ausweitung der Ausschließlichkeitsrechte sowohl an den Ergebnissen gewerblicher Erfindungen als auch an den Unterscheidungszeichen von Unternehmen und Erzeugnissen.”⁴¹.

Sendo certo que no início das negociações do Ciclo do Uruguai havia muita incerteza quanto aos resultados que se poderiam alcançar (os países em vias de desenvolvimento estavam muito relutantes e questionava-se o papel da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI), a verdade é que os EUA estavam empenhados neste dossier (exigindo alterações – face ao quadro jurídico convencional à data em vigor – em relação a alguns direitos de propriedade intelectual e sublinhando a relevância de uma tutela eficaz de tais direitos⁴²) e sentia-se que um acordo multilateral era preferível a sanções unilaterais. A conclusão foi o acordo TRIP's, cujo âmbito de aplicação (*id est*, direitos privativos abrangidos), conteúdo normativo (regime jurídico) e eficácia (aplicação efectiva) ultrapassam as convenções anteriormente celebradas.

Até à data de celebração deste acordo a propriedade intelectual assentava, no plano internacional, fundamentalmente em convenções administradas pela OMPI. Estamos-nos a referir, em especial, à Convenção da União de Paris (CUP) de 1883 relativa à protecção da propriedade industrial e à Convenção de Berna de 1886 para a protecção das obras literárias e artísticas. A CUP constituiu um avanço significativo na medida em que a disciplina da propriedade intelectual deixou de assentar exclusivamente no direito nacional e em acordos bilaterais (tratou-se da adopção de uma atitude internacionalista). Por outro lado, esta convenção tem dois princípios estruturantes: o do direito de prioridade e o do tratamento nacional. A Convenção de Berna admite igualmente este princípio do tratamento nacional embora lhe conceda, *inclusive*, uma maior extensão (que poderá ser subordinada ao princípio da reciprocidade). O princípio do tratamento nacional tem uma faceta negativa muito importante: ausência de discriminação entre nacionais de países membros da convenção. Mas não impõe qualquer conteúdo mínimo

⁴¹ “Protektionistische Tendenzen im gewerblichen Rechtsschutz”, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (GRUR Int.)*, 1997, Heft 10, 773.

⁴² Sobre a posição da indústria norte-americana que defendia um sistema de propriedade intelectual forte de modo a assegurar a sua competitividade, *vide*, entre outros, OVE GRANSTRAND, *The Economics and Management of Intellectual Property, Towards Intellectual Capitalism*, Edward Elgar Publishing Limited, United Kingdom (1999), 39, ss. Aquela atitude da indústria norte-americana veio a ser partilhada pelas multinacionais europeias e japonesas.

de tutela, isto é, não exige uma harmonização mínima dos ordenamentos jurídicos. O tratamento nacional às coisas imateriais estrangeiras pode ser inadequada ou insuficiente quando o ordenamento jurídico em causa não tutela eficazmente os direitos de propriedade intelectual (podendo um país membro – com um menor nível de protecção da propriedade intelectual em relação a outros – comportar-se como um *free-rider*).

O acordo TRIP's tentou superar as diversas críticas que eram dirigidas a estas convenções. Em primeiro lugar, a ausência de sistemas obrigatórios de resolução de litígios entre Estados ou sistemas sancionatórios em relação aos membros que não cumpram as obrigações consagradas nas convenções (sublinhe-se que o recurso ao Tribunal Internacional de Justiça nos termos do art. 28.º da CUP e do art. 33.º da Convenção de Berna, tem um carácter voluntário)⁴³. Em segundo lugar, a inexistência de regras relativas à aplicação efectiva – através de autoridades judiciais ou administrativas – dos direitos privativos. Em terceiro lugar, a não exigência de uma harmonização, ainda que mínima (seja no plano do direito substantivo seja no domínio do direito adjectivo), entre os ordenamentos jurídicos (sendo certo que as referidas convenções estabelecem algum conteúdo mínimo, aos Estados membros é deixada grande liberdade de conformação interna, por vezes desajustada aos interesses das empresas multinacionais). Por fim, o comércio globalizado exigia outras regras – actualizadas (as principais convenções, ainda que revistas, datavam de finais do século XIX) – para a propriedade intelectual.

Este sector do direito adquiriu uma relevância não despicienda no comércio internacional, desde logo nos domínios da indústria cinematográfica e farmacêutica, da agricultura (em especial no campo agro-alimentar), dos programas de computador, da tecnologia digital e das transferências de tecnologia. Se as convenções relativas à propriedade intelectual de finais do século XIX procuraram responder às exigências da mundialização ou internacionalização da economia (associada às invenções e inovações

⁴³ Sobre as soluções apresentadas ou permitidas, neste domínio, pela CUP, veja-se Hans Peter KUNZ-HALLSTEIN, “The US Proposal for a GATT-Agreement on Intellectual Property and the Paris Convention for the Protection of Industrial Property”, in *IIC Studies, ob. cit.*, 87, ss. O autor sublinha que a CUP dispõe de mecanismos que garantem um cumprimento efectivo das suas disposições, mas reconhece o seu carácter arcaico.

do tempo), também agora, nos finais do século XX, era preciso assegurar que a propriedade intelectual respondia aos novos desafios da revolução tecnológica e da globalização económica. Os esforços da OMPI em modernizar a propriedade intelectual eram inglórios⁴⁴ (o que pôs em causa o seu papel na cena internacional da propriedade intelectual) fora de um sistema de comércio multilateral submisso a uma lógica amplamente merceológico-mercável⁴⁵ (mas desigual).

O GATT, por sua vez, continha poucas regras no domínio da propriedade intelectual. Sem prejuízo de algumas disposições gerais do GATT (por exemplo as relativas a resolução de diferendos, a restrições às importações ou ao princípio do tratamento nacional) se poderem aplicar à propriedade intelectual (mas não vocacionadas para esta matéria), encontramos, fundamentalmente, duas normas. O art. IX relativo às marcas de origem e em particular o n.º 6 desta disposição, tem alguma relação, ainda que distante (desde logo devido à interpretação restritiva de que foi objecto⁴⁶), com as indicações geográficas, e o art. XX, alínea d), permite, observadas certas condições (ausência de discriminação arbitrária ou restrição dissimulada ao comércio internacional), que uma parte contratante adopte medidas (contrárias à liberdade de comércio) com vista a proteger patentes, marcas e o direito de autor ou com a finalidade de prevenir práticas enganosas (entendia-se que estavam aqui incluídas as falsas indicações geográficas de origem)⁴⁷. Todavia, o motivo da consagração destas regras era assegurar um comércio mundial sem obstáculos e não regular ou proteger direitos de propriedade intelectual.

Por outro lado, durante e após o Ciclo de Tóquio o problema do comércio de produtos contrafeitos ou pirateados foi adquirindo uma relevância crescente⁴⁸. Em virtude da insuficiente protecção concedida aos direitos de propriedade intelectual por

⁴⁴ Sobre as dificuldades de revisão da CUP veja-se, entre outros, Michael MCKEE, “You Can’t Always Get What You Want: Lessons From the Paris Convention Revision Exercise”, in AAVV, *The Economics of Intellectual Property, Volume IV – Competition and International Trade*, Edited by Ruth TOWSE e Rudi HOLZHAUER, Published by Edward Elgar Publishing Limited, UK (2002), 391, ss.

⁴⁵ As dificuldades de avanço da propriedade intelectual, designadamente, no quadro da CUP terão justificado a sua deslocação para o GATT. Sobre isto *vide* Hans Peter KUNZ-HALLSTEIN, *ob. cit.*, 77, ss.

⁴⁶ Sobre esta questão *vide* *Guide to GATT Law and Practice*, *ob. cit.*, 287-291, em especial a queixa da Comunidade Europeia contra o Japão relativa à utilização, em produtos originários deste país, de nomes geográficos europeus.

⁴⁷ Em relação a este artigo veja-se *Guide to GATT Law and Practice*, *ob. cit.*, 582-583.

⁴⁸ Sobre os prejuízos da indústria norte-americana causados pelos produtos contrafeitos ou pirateados *vide*, entre outros, Michael BLAKENEY, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the TRIPs Agreement*, Londres (1996), 2.

parte de alguns países (designadamente os países em vias de desenvolvimento que, em alguns casos, não tinham aderido às convenções internacionais relativas à propriedade intelectual ou não garantiam a sua eficaz aplicação), tornava-se fundamental, segundo outros países (os industrializados), reforçar e harmonizar ao nível mundial o regime jurídico desses direitos (harmonização que se imporia aos ordenamentos jurídicos de cada Estado e que permitiria aos operadores económicos que operassem em mercados estrangeiros a possibilidade da consecução de uma tutela eficaz dos seus direitos privativos). Embora – até ao Ciclo do Uruguai – todos os esforços tenham falhado (desde logo porque se discutia se o GATT era o “local” apropriado para disciplinar esta questão; os países em vias de desenvolvimento defendiam que a competência era da OMPI), existia consenso acerca da necessidade de se encontrarem formas eficazes de eliminar tal comércio⁴⁹. Segundo a opinião dos defensores de um sistema harmonizado

⁴⁹ E a eliminação desse comércio de produtos contrafeitos ou pirateados não deveria implicar a adopção de medidas unilaterais já experimentadas no passado. Na verdade, os EUA (seguidos pelo Japão e pela CE) perfilharam medidas comerciais unilaterais de retaliação em relação aos países que não reprimissem a contrafacção e a pirataria. Estamos-nos a referir à emenda introduzida (a pedido da poderosa indústria norte-americana) em 1984 na *Section 301* do *Trade Act* de 1974 dos EUA de modo a incluir a propriedade intelectual e a permitir medidas de retaliação (por exemplo, restrições às importações) em relação aos países que não protegessem a propriedade intelectual (tais medidas vieram a ser adoptadas em relação à República da Coreia e ao Brasil). Estas medidas vieram a ser reforçadas em 1988 com a *Special 301* em que o *United States Trade Representative* poderia colocar “sob observação” (uma “*watch list*” ou “*priority watch list*”) os países que não tutelassem eficazmente a propriedade intelectual de modo a serem eventualmente adoptadas medidas de retaliação (dessas listas constaram países como a Índia, a Tailândia, a China, o Brasil, mas também a CE, o Japão ou a Austrália). Contudo, a apreciação da não protecção da propriedade intelectual era efectuada em função dos interesses da indústria (farmacêutica, cinematográfica, informática, etc.) norte-americana. Por outro lado, o recurso ao sistema norte-americano de preferências comerciais (*Generalized System of Preferences*) estava circunscrito aos países que tutelassem os direitos privativos de propriedade intelectual (embora, de início, o GSP não tivesse como pressuposto a tutela da propriedade intelectual). Por fim, os EUA recorreram a negociações bilaterais (por exemplo, com Singapura) de modo a exigir de alguns países modificações no seu ordenamento jurídico no sentido de uma protecção acrescida da propriedade intelectual. Sobre isto *vide* Paolo PICONE e Aldo LIGUSTRO, *ob. cit.*, 400, Michael BLAKENEY, *ob. cit.*, 4-6, e ULRICH JOOS e RAINER MOUFANG, “Report on the Second Ringberg-Symposium”, in *IIC Studies*, *ob. cit.*, 14. Esta legislação norte-americana constituiu uma estratégia não só ao serviço dos interesses da indústria norte-americana (que, diga-se, teve sucesso; diversos países alteraram a sua legislação interna no sentido de protegerem os direitos de propriedade intelectual), mas também para forçar as negociações do Ciclo do Uruguai no domínio da propriedade intelectual. Ou seja, as medidas unilaterais e bilaterais facilitaram as disposições multilaterais consagradas no acordo TRIP's. Mas se muitos países se “vergaram” face a esta legislação, outros (como a Índia) só “caíram” com a barganha multilateralista permitida na OMC. Após a OMC, as atitudes bilaterais dos EUA não terminaram, continuaram com vista à consagração de níveis de tutela ainda mais elevados do que os consagrados no TRIP's. Veja-se, sobre isto, Dominique JAKOB, “Die Zukunft US-amerikanischer unilateraler Section 301-Maßnahmen; Zugleich: Bericht über den Report des WTO-Streitschlichtungs-Panels vom 22. Dezember 1999 (WT/DS152/R)”, in *GRUR Int.*, 2000, Heft 8-9, 715, ss., em que o autor conclui “Eines jedenfalls scheint sicher: Der Streit um die Rechtmäßigkeit amerikanischer 301-Maßnahmen kann und wird so in einigen Jahren von neuem entbrennen”.

e reforçado a nível planetário da propriedade intelectual, a ausência deste sistema poderia constituir um obstáculo ao comércio ou à exportação (ou seja, a substituição dos produtos genuínos importados por produtos pirateados produzidos localmente)⁵⁰.

A inclusão na agenda do Ciclo do Uruguai do tema da propriedade intelectual não foi, como vimos, pacífica: os EUA e o Japão apresentaram propostas que abrangiam todos os direitos de propriedade intelectual e acentuavam a necessidade de uma aplicação efectiva; outros países (como o Brasil e a Argentina) opunham-se à inclusão deste tema no Ciclo⁵¹. Tendo em conta o texto final do acordo TRIP's, os objectivos traçados em Punta del Este para a propriedade intelectual eram muito limitados (salvo a referência à elaboração, em termos apropriados, de novas regras e disciplinas): a regulação da propriedade intelectual tinha por finalidade, apenas, reduzir as distorções e obstáculos ao comércio internacional; os negociadores limitar-se-iam a clarificar as disposições já existentes no GATT (que acima vimos); os negociadores deveriam ter especial preocupação pelo comércio internacional de produtos contrafeitos, tendo em conta o trabalho já efectuado (que era mínimo e não consensual); os esforços a desenvolver no GATT não prejudicariam o trabalho complementar da OMPI; por fim, tratava-se da propriedade intelectual “relacionada com o comércio” pretendendo-se inculir que se estava nos domínios tradicionais do GATT. Ou seja, a Declaração Ministerial de Punta del Este não abordava autonomamente a propriedade intelectual, pelo contrário, incluía-a no comércio de mercadorias e estava centrada no comércio de mercadorias contrafeitas.

As negociações progrediram lentamente não só porque se tratava de uma matéria nova (em especial pela dimensão que se lhe queria imprimir), mas também porque se verificaram divergências entre os países industrializados (como os EUA, a CE ou o Japão) que desejavam um acordo muito completo e além dos objectivos inicialmente fixados, e os países em vias de desenvolvimento (como o México ou o Brasil) que estavam receosos de um excesso de protecção que gerasse dificuldades no campo das transferências de tecnologia e implicasse um aumento dos custos nos produtos agrícolas e farmacêuticos (a Índia defendia que as regras do GATT só se deveriam aplicar quando

⁵⁰ THIÉBAUT FLORY, *ob. cit.*, 172.

⁵¹ *Vide* Daniel GERVAIS, *ob. cit.*, 10.

se provasse distorção do comércio)⁵². Outras dificuldades eram acentuadas: a relação com as principais convenções internacionais relativas à propriedade intelectual (em especial as convenções de Berna e de Paris); os princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida estavam associados ao comércio de mercadorias (não se adequando à propriedade intelectual); as licenças obrigatórias de patentes (defendidas pelo Brasil e pela Coreia com a oposição – ou pelo menos exigindo restrições – da Áustria e de Hong-Kong); as excepções à patenteabilidade ou a não inclusão dos segredos comerciais (matérias defendidas pelos países em vias de desenvolvimento);

⁵² Nesta divergência de posições dos países industrializados e dos países em vias de desenvolvimento importa sublinhar que aqueles países argumentavam que a criatividade e a inovação tinham assumido uma importância muito relevante no comércio internacional (e, por isso, as disposições do GATT de 1947 eram insuficientes) em termos de o comércio de produtos protegidos por marcas, patentes, segredos ou direito de autor ter crescido de forma significativa e que, neste sentido, a elevação dos níveis de protecção da propriedade intelectual no plano mundial constituía um estímulo ao investimento em novas tecnologias. A ausência ou insuficiência dessa protecção implicaria, ainda segundo os países industrializados, uma distorção e diminuição do comércio, prejudicando a produção de produtos legítimos e um menor aproveitamento racional dos recursos com diminuição da riqueza e do investimento (designadamente em projectos de investigação). Falta, todavia, é estabelecer o nexo de causalidade entre a protecção da propriedade intelectual e o desenvolvimento económico (tema a que voltaremos mais adiante). Invocavam, ainda, a protecção do consumidor que seria enganado – nos casos de contrafacção e pirataria – quanto à qualidade dos produtos adquiridos, bem como a erosão da reputação dos produtos (desde logo das marcas de prestígio). A disciplina da propriedade intelectual seria, aliás – diziam os países industrializados – do interesse dos próprios países em vias de desenvolvimento, na medida em que lhes assegurava transferência de tecnologia em condições legítimas. A todos estes argumentos os países em vias de desenvolvimento respondiam que uma protecção elevada da propriedade intelectual é geradora de proteccionismos (protegendo-se, eventualmente, o que não é legítimo ou é excessivo) que só favorece os países industrializados, em virtude de limitar o acesso daqueles países às inovações e às novas tecnologias (basta pensarmos nas patentes de produtos farmacêuticos ou no domínio da biotecnologia a favor dos países industrializados e as exigências de saúde pública nos países em vias de desenvolvimento ou da diversidade de opiniões entre estes grupos de países no que respeita às patentes de material genético, às variedades vegetais, à protecção do conhecimento tradicional e do folclore ou ao nível de protecção a conceder às indicações geográficas). Ou seja, são bem claros os interesses económicos em jogo. Mas deve acrescentar-se que alguns dos países em vias de desenvolvimento gozavam de uma crescente capacidade tecnológica, pelo que não viam com bons olhos um aumento da tutela da propriedade intelectual que os proibiria de reproduzir, a baixo custo, produtos protegidos por direitos privativos propriedade de empresas de países industrializados. Por fim, haveria ainda a ponderar se as medidas e os procedimentos a adoptar para elevar o nível de tutela da propriedade intelectual não poderiam constituir um obstáculo ao comércio, uma limitação excessiva da concorrência ou um impedimento ao investimento (argumentos que destruiriam as razões invocadas pelos países industrializados no quadro dos objectivos de uma organização mundial do comércio). Sobre algumas destas questões *vide* Pedro ÁLVARES, *O GATT, de Punta del Este a Marraquexe*, Publicações Europa-América (1994), 237, ss. Refira-se que a propriedade intelectual vive numa constante dialéctica entre a tutela dos interesses dos titulares dos direitos privativos e os interesses colectivos (de uma ampla difusão das inovações ou de defesa da concorrência), e o acordo TRIP's é um reflexo desta dicotomia e da solução geralmente conseguida: supremacia do interesse económico sobre o da colectividade.

por fim, outros países, como o Chile, continuavam a defender que qualquer acordo neste domínio do direito deveria ser administrado pela OMPI⁵³.

A partir de 1990 verifica-se uma evolução significativa a caminho do acordo TRIP's. A CE apresenta uma proposta – em forma de texto de acordo – bastante detalhada (aplicação dos princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida à propriedade intelectual; regime dos diversos direitos privativos; aquisição e aplicação efectiva destes direitos) que é seguida – nos seus elementos fundamentais – pelos EUA. Além do Japão, da Suíça e da Austrália (que submeteu um texto exclusivamente dedicado às indicações geográficas) terem apresentado as suas propostas (o que gerava, no seio dos países industrializados, discrepâncias) um grupo de países (no total de 14) em vias de desenvolvimento fizeram ouvir a sua voz através de uma proposta que divergia substancialmente da dos países industrializados. Em face destas propostas o presidente do grupo de trabalho para as questões da propriedade intelectual (criado para o Ciclo do Uruguai) preparou um texto composto (que mantinha as divergências apesar da estrutura de base ter sido inspirada nas propostas da CE e dos EUA). O próximo passo foi a conferência Ministerial de Bruxelas (Dezembro de 1990). O Ciclo do Uruguai não terminou aqui devido, fundamentalmente, às questões agrícolas e aos serviços, mas na propriedade intelectual tudo estava quase pronto, ou pelo menos as oposições estavam bem identificadas e já não eram inultrapassáveis. As questões ainda a negociar eram as seguintes: no domínio do direito de autor subsistia o problema da exclusão dos direitos morais, da protecção dos programas de computador, das compilações de dados e dos direitos conexos; no campo da propriedade industrial discutia-se a patenteabilidade dos produtos farmacêuticos (e, em geral, as excepções à patenteabilidade) e a protecção das indicações geográficas (em que a CE tinha esperanças de colocar termo aos “pecados” do passado); por fim, era necessário acertar a natureza e a duração dos períodos transitórios para os países em vias de desenvolvimento, bem como decidir sobre a inclusão do sistema de resolução de

⁵³ Sobre a competência do GATT e as relações com a OMPI *vide*, entre outros, ULRICH JOOS e RAINER MOUFANG, *ob. cit.*, 30, ss., Hans Peter KUNZ-HALLSTEIN, *ob. cit.*, 80, ss., e Josef DREXL, “Nach ‘GATT und WIPO’: Das TRIPs-Abkommen und seine Anwendung in der Europäischen Gemeinschaft”, in *GRUR Int.*, 1994, Heft 10, 777, ss. (no que respeita à relação da OMC com a OMPI o autor responde: “Die Antwort lautet damit nicht ‘GATT statt WIPO’, sondern ‘GATT und WIPO’”).

diferendos no GATT (o que estava “em cima da mesa” era a possibilidade de retaliação cruzada, ou seja, o que todos tinham em mente era a secção 301 do *Trade Act* dos EUA que consagrava sanções unilaterais).

O momento final traduz-se na apresentação pelo Director-Geral Arthur Dunkel de um novo projecto de acordo TRIP's (um projecto integrado e não composto, ou seja sem possibilidades de opção). Esta proposta sofreu muito poucas alterações⁵⁴ e tornou-se o acordo definitivo. Este acordo só era possível no quadro do GATT e nunca da OMPI. Na verdade, o modo de negociação do GATT e a multiplicidade das matérias abrangidas, facilitou a conclusão do acordo TRIP's, permitiu as conquistas dos países industrializados (que de facto conseguiram neste acordo espelhar, quase integralmente, a sua concepção de propriedade intelectual ao serviço de certos valores e interesses) e a cedência dos países em vias de desenvolvimento. A globalização do princípio da reciprocidade das concessões comerciais [isto é, as concessões que um Estado membro efectue a favor de outro deverão ser compensadas com concessões deste outro membro a favor do primeiro (ainda que em sectores diferentes) e tudo isto conjugado com princípio da nação mais favorecida] possibilitou que os países em vias de desenvolvimento – a troco de compensações comerciais em outros sectores, designadamente no agrícola e nos têxteis – assumissem o compromisso de elevar o nível de tutela a conceder na propriedade intelectual. A isto acresce que a adesão à OMC implica a vinculação – nos termos que vimos – a todos os acordos multilaterais concluídos no quadro do Ciclo do Uruguai; se assim não fosse os países em vias de desenvolvimento muito provavelmente não adeririam ao acordo TRIP's.

De Punta del Este a Marraquexe conseguiu-se a seguinte proeza: o acordo TRIP's representa o acordo multilateral do domínio da propriedade intelectual mais extenso no

⁵⁴ Apesar de terem existido reacções, designadamente da indústria farmacêutica norte-americana que estava preocupada com os períodos transitórios concedidos aos países em vias de desenvolvimento e da indústria cinematográfica norte-americana no que respeita às excepções ao princípio do tratamento nacional e à noção de autor (de modo a abranger as pessoas colectivas ou “corporations”). Os EUA apresentaram ainda preocupações no domínio dos programas de computador, dos produtores de videogramas e das comunicações e transmissões via satélite e por cabo. A Índia, do lado dos países em vias de desenvolvimento, demonstrava oposição às restrições à concessão de licenças obrigatórias de patentes. Sobre isto *vide* Daniel GERVAIS, *ob. cit.*, 24-25. Repare-se que as exigências de uma reforçada tutela da propriedade intelectual emanam de sectores (em especial, o farmacêutico, o cinematográfico e o informático) mais susceptíveis de contrafacção e imitação e economicamente mais poderosos.

plano geográfico e mais vasto do ponto de vista dos direitos privativos abrangidos⁵⁵, estabelecendo regras sobre a existência, âmbito e exercício dos direitos, garantindo a sua aplicação efectiva (através de processos penais, civis e administrativos, além de medidas provisórias e na fronteira), disciplinando a aquisição e manutenção de tais direitos, acautelando modos de prevenção e resolução de litígios, não esquecendo os princípios estruturantes do tratamento nacional, da nação mais favorecida (que não é usual no domínio da propriedade intelectual) ou do esgotamento dos direitos.

A conclusão do acordo TRIP's significa a inserção da propriedade intelectual no teatro do comércio mundial. Ou seja, os objectivos da harmonização dos ordenamentos jurídicos nacionais no domínio da propriedade intelectual ou a elevação dos níveis de protecção não são os objectivos finais. O que se pretende acentuar é que a propriedade intelectual não constitua um obstáculo (devido a uma tutela inadequada, por defeito ou por excesso) ao livre comércio internacional. O acento tónico não é, como já veremos, no domínio substantivo (pelo menos em relação às convenções internacionais existentes), mas no plano adjectivo e da aplicação efectiva.

4. Princípios e regras gerais.

A estratégia (não tanto a lógica ou a filosofia) do acordo TRIP's não foi reinventar a propriedade intelectual. Na verdade, no plano substantivo e em relação às convenções internacionais já existentes, não existem grandes originalidades (excepção são os direitos de locação e, em parte, as indicações geográficas e a protecção de informações não divulgadas, bem como a protecção ultramerceológica das marcas “notoriamente conhecidas”) para além de clarificações e do fim de algumas excepções e limitações (*vide*, por exemplo, os artigos 13.º e 14.º, n.º 6). As novidades surgem num outro pilar: a

⁵⁵ No domínio do direito de autor e direitos conexos se é verdade que se excluíram os direitos morais de autor, previram-se direitos de locação e incluíram-se os programas de computador e as compilações de dados. Em relação às marcas admite-se, em certas condições, a sua tutela para além ou fora do princípio da especialidade. Consagrou-se a figura das indicações geográficas com uma tutela acrescida para os vinhos e as bebidas espirituosas. Protegem-se os desenhos e os modelos industriais que sejam novos ou originais. Admite-se, com excepções, que as patentes possam ser obtidas para quaisquer invenções “quer se trate de produtos ou processos, em todos os domínios da tecnologia” (art. 27.º) e a duração da protecção é de 20 anos. Estabelecem-se, ainda, regras para as configurações (topografias) de circuitos integrados e protegem-se as informações não divulgadas.

aplicação efectiva. As preocupações da indústria multinacional (farmacêutica, agro-alimentar, do entretenimento, dos programas de computadores e dos produtos de luxo) exigiam a consagração no plano multilateral de regras relativas à aplicação efectiva e à subordinação da propriedade intelectual ao sistema integrado de resolução de diferendos da OMC (como nos diz Sigrid Dörmer, “TRIPS war und ist aber gleichzeitig ein politisches Instrument”⁵⁶). Por fim, acrescentem-se algumas regras respeitantes à aplicação do princípio da nação mais favorecida, à aquisição e manutenção dos direitos de propriedade intelectual ou atinentes à transparência. O quadro está completo. Ou seja, a estratégia do TRIP's foi a dos países industrializados (não altera a estratégia, antes a confirma na medida em que pretende assegurar uma ampla participação, as disposições referentes ao tratamento diferenciado e aos períodos transitórios aplicáveis aos países em vias de desenvolvimento) pretendendo-se retirar os obstáculos ao livre comércio.

Nestes termos, o acordo TRIP's exige uma mudança no caminho jurídico da propriedade intelectual na esfera internacional e com projecção imperiosa no plano nacional. O acordo TRIP's constitui o nível mínimo de disciplina e tutela dos direitos de propriedade intelectual que os Estados Membros devem implementar no seu ordenamento jurídico⁵⁷, de modo a garantir o cumprimento do modelo estabelecido. Em consequência desta exigência, um dos primeiros impactos do acordo TRIP's traduziu-se numa explosão de legislação nacional (incluindo medidas administrativas) de diversos Membros de modo a colocarem o seu ordenamento em sintonia com o referido acordo. Esta explosão determinou orientações nos ordenamentos jurídicos nacionais de modo a acomodá-los aos objectivos impostos. Os Estados Membros não estão obrigados a consagrar níveis mais elevados de protecção do que o consagrado no acordo TRIP's (ainda que alguns tivessem desejado ir mais longe), mas se o fizerem não podem contrariar este acordo (quer evitar-se as distorções do modelo por erros de excesso). O acordo TRIP's estabelece ainda que cada Membro é livre (embora a liberdade esteja,

⁵⁶ “Streitbeilegung und neue Entwicklungen im Rahmen von TRIPS: eine Zwischenbilanz nach vier Jahren”, in *GRUR Int.*, 1998, Heft 12, 933.

⁵⁷ Sobre os efeitos no direito interno dos Estados Membros *vide*, entre outros, SIGRID DÖRMER, *ob. cit.*, 919, ss. No que respeita à relação do acordo TRIP's com o direito comunitário veja-se Josef DREXL, *ob. cit.*, 778, ss.

como decorre de que dissemos, condicionada), tendo em conta o seu sistema jurídico, de estabelecer o método para implementar as disposições do acordo. Contudo, deve acentuar-se que, além desta liberdade, o acordo TRIP's remete, em alguns casos, a disciplina jurídica dos direitos de propriedade intelectual para o direito interno (por exemplo, a subordinação a registo ou não das topografias de circuitos integrados – art. 38.º), o que dificulta os objectivos de harmonização internacional da propriedade intelectual e a estratégia de liberalização gradual das trocas no plano mundial. Mas os embaraços não ficam por aqui, o acordo TRIP's tem ainda que se relacionar com diversas convenções internacionais, ou seja, mais potenciais impedimentos à liberalização.

O acordo TRIP's exige, na verdade, uma visão de conjunto que o conjugue com o acordo que criou a OMC, com o Memorando de Entendimento sobre as regras e processos que regem a Resolução de Litígios, com o acordo de cooperação entre a OMC e a OMPI e, por fim, com a Convenção de Paris, a Convenção de Berna, a Convenção de Roma e o Tratado sobre a Protecção da Propriedade Intelectual Relativa aos Circuitos Integrados. Esta perspectiva do todo é importante na medida em que o TRIP's não engloba todas as formas de propriedade intelectual (estão de fora à luz da CUP, por exemplo, os modelos de utilidade e a própria disciplina da concorrência desleal). Por outro lado, o acordo TRIP's prescreve que o direito interno dos Membros da OMC seja conforme aos artigos 1.º a 12.º e 19.º da CUP (os artigos 1.º a 11.º estabelecem normas mínimas em relação à protecção da propriedade industrial; o art. 12.º exige que cada Membro estabeleça um serviço especial de propriedade industrial; o art. 19.º admite a celebração de acordos particulares entre os Membros para a protecção da propriedade industrial). Ou seja, estas disposições substanciais da CUP fazem parte do conteúdo mínimo (cláusula de incorporação) a observar pelos Membros da OMC (o que corresponde a um alargamento do campo de aplicação da CUP⁵⁸) e representa um grau de aceitação desta Convenção que diverge das outras convenções. Todavia, é também verdade que os Membros da OMC estão igualmente obrigados a observar o consagrado

⁵⁸ Além disso, se algum país membro da OMC que não o seja da CUP, terá todo o interesse em aderir a esta Convenção para poder participar no seu processo de decisão, nomeadamente, nas suas revisões.

nos artigos 1.º a 21.º da Convenção de Berna, com excepção do artigo 6.º-*bis* relativo aos direitos morais de autor (o que representou uma concessão por parte da CE).

Por outro lado, o acordo TRIP's não derroga as obrigações que os Membros tenham assumido entre si no quadro das Convenções de Paris, de Berna ou de Roma ou no Tratado de Washington sobre a Protecção da Propriedade Intelectual Relativa aos Circuitos Integrados (cláusula de salvaguarda)⁵⁹. Por fim, deve referir-se que se a convivência entre todos estes acordos pode fazer surgir problemas de correlação entre as diversas disciplinas, existe uma clara independência dos acordos entre si. Independência evidenciada, desde logo, pela possibilidade dos acordos administrados pela OMPI poderem ser posteriormente revistos, de acordo com as suas regras; estas revisões podem gerar dificuldades de relação com o acordo TRIP's que nada prevê sobre este problema, embora a remissão para aqueles acordos seja datada e em caso de conflito entre uma convenção e o acordo TRIP's se possa sempre aplicar o princípio da sucessão das fontes de direito no tempo em relação aos países que estejam vinculados pelos dois instrumentos⁶⁰.

É neste quadro integrado de protecção da propriedade intelectual com a finalidade de assegurar a realização do modelo subjacente que se pretende (artigos 7.º e 8.º do acordo TRIP's), acessoriamente, promover o bem-estar social, o desenvolvimento económico, fomentar a inovação tecnológica, a transferência e divulgação de tecnologia e, genericamente, ponderar o interesse público (designadamente proteger a saúde pública e a nutrição). Os objectivos do art. 7.º (proposto pelos países em vias de desenvolvimento) podem constituir fundamento para a não protecção ou aplicação

⁵⁹ É importante sublinhar que os acordos particulares celebrados entre países membros da Convenção de Paris (art. 19.º) ou da Convenção de Berna (art. 20.º) estão incorporados no acordo TRIP's (por exemplo, o acordo de Lisboa de 1958 relativo à protecção das denominações de origem e seu registo internacional ou o acordo de Madrid de 1891 relativo à repressão das falsas e falaciosas indicações de proveniência nas mercadorias), *id est*, nenhuma disposição do acordo TRIP's poderá ser interpretada de modo a derrogar obrigações que os Membros tenham assumido entre si no quadro daqueles acordos particulares. Refira-se, ainda, que as obrigações assumidas entre si por Membros da OMC no quadro, por exemplo, da Convenção de Berna e, em especial, as resultantes do art. 6.º-*bis* (os direitos morais de autor que o TRIP's não incorporou), não são derrogadas pelo acordo TRIP's.

⁶⁰ Paolo PICONE e Aldo LIGUSTRO, *ob. cit.*, 415-416, admitem, na referida situação de conflito, a possibilidade de “il sistema delineato dall'Accordo TRIPs – in quanto maggiormente strutturato e strettamente connesso agli obblighi assunti dagli Stati nel più vasto quadro dell'OMC – rivesta una forza superiore, atta cioè a *resistere* ad eventuali norme successive che contrastino con le disposizioni in esso contenute.”

efectiva de um direito de propriedade intelectual quando não exista “promoção da inovação tecnológica” ou estímulo à “transferência e divulgação de tecnologia”⁶¹. Por outro lado, a referência na citada disposição “ao bem-estar social e económico” e a “um equilíbrio entre direitos e obrigações” pode justificar excepções aos direitos privativos (por exemplo, pode alicerçar a adopção de licenças obrigatórias ou a consagração do princípio do esgotamento internacional dos direitos de propriedade intelectual). Por fim, um dos princípios estruturantes da propriedade intelectual consagrado naquele artigo 7.º é a consecução de “benefício(s) mútuo(s)” para os “geradores e (os) utilizadores dos conhecimentos tecnológicos”. Na verdade, as escolhas no domínio da propriedade intelectual devem ponderar os interesses dos criadores e inventores (assegurando-lhes uma recompensa através de um monopólio de exploração) sem colocar em perigo a concorrência, e os interesses do público no acesso (através da divulgação da patente no momento do pedido e do termo do direito privativo após um certo período não renovável) às novas invenções (garantindo-se a difusão da tecnologia sem prejudicar o estímulo à criação de novas tecnologias)⁶². Estas regras de carácter geral (mas que, pela sua função alicerçante e natureza teleológica, devem ser um elemento interpretativo orientador das restantes disposições do TRIP's) resultantes da indicada disposição e

⁶¹ Sobre isto *vide* Daniel GERVAIS, *ob. cit.*, 64, ss. As transferências de tecnologia e, genericamente, o desenvolvimento económico global dos países em vias de desenvolvimento, assentam, em especial, no investimento directo estrangeiro (sendo certo que se devem diferenciar diversas formas de investimento). O processo crescente de liberalização mundial da actividade económica promoveu, com relevo a partir de 1980, as transferências de tecnologia e o investimento directo estrangeiro. Todavia, os países menos desenvolvidos (*id est*, o mais pobres) pouco recebem de investimento directo estrangeiro e, mesmo quando este se verifica, é mais um fim em si mesmo do que um mecanismo para a industrialização e o desenvolvimento. Por outro lado, o investimento directo estrangeiro raramente se faz acompanhar do “transporte” de investigação e desenvolvimento (I&D). A actividade de I&D é levada a cabo pelas multinacionais fundamentalmente nos seus países de origem ou, então, em países tecnologicamente muito avançados e apenas muito raramente em países em vias de desenvolvimento. Por fim, e como veremos mais adiante, a “exportação” de um regime jurídico eficaz para a tutela da propriedade intelectual não contribuiu, até à data, para a alteração dos referidos comportamentos. Sobre estes elementos leia-se NAGESH KUMAR, *Globalization and the Quality of Foreign Direct Investment*, Oxford University Press (2002). Sobre os regimes de investimento e as políticas de concorrência – sempre no sentido liberalizador – a adoptar pelos países em vias de desenvolvimento com vista a assegurar o seu crescimento económico, *vide* WTO, *Global Economic Prospects and the Developing Countries*, 2003, in www.wto.org, esp. 117, ss.

⁶² Este equilíbrio de interesses pode ser alterado a favor do interesse público, nas palavras de Daniel GERVAIS, *ob. cit.*, 67, se for exigido ao titular do direito a exploração da patente, mas podendo ter como consequência uma diminuição do interesse por este tipo de direito privativo e um aumento do recurso aos segredos comerciais ou industriais. Contra esta opinião os países em vias de desenvolvimento defenderam no Ciclo do Uruguai que a exigência de exploração das patentes correspondia a um equilíbrio entre os interesses do titular do direito e os do país que concede protecção à patente.

susceptíveis de gerarem conflitos, contrastam, todavia, com as disposições específicas consagradas para os diversos direitos de propriedade intelectual.

No plano da saúde pública (art. 8.º) “podem” ser excluídos da patenteabilidade “os métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de pessoas ou animais” (art. 27.º, n.º 3), mas a nutrição já não é fundamento para a não protecção (pela via de patentes ou de um sistema *sui generis* eficaz) das variedades vegetais (Peter Rott sublinha a natureza “patentinhaberfreundlich” do acordo TRIP's⁶³). Acrescentam-se, ainda, as medidas – a adoptar no plano nacional – destinadas a impedir as utilizações abusivas dos direitos de propriedade intelectual ou o “recurso a práticas que restrinjam de forma não razoável o comércio ou que prejudiquem a transferência internacional de tecnologia” (exemplos de consagração destes princípios que poderão legitimar medidas nacionais são os artigos 30.º, 31.º e 40.º). Estes casos demonstram a funcionalização da disciplina da propriedade intelectual à garantia de um comércio livre⁶⁴. Sublinhe-se que as medidas destinadas a proteger a saúde pública ou o interesse público não poderão ser incompatíveis com o acordo TRIP's⁶⁵ (não encontramos aqui um paralelo com o art. XX do GATT ou com o art. XIV do acordo geral sobre o comércio de serviços).

Estes objectivos e princípios pretenderam, em alguma medida, corresponder às exigências dos países em vias de desenvolvimento. Contudo, existe um forte desequilíbrio em prejuízo destes países. Os países industrializados conseguiram a concretização – com pequenas excepções – dos seus objectivos. A flexibilidade reconhecida aos países em vias de desenvolvimento (incluindo os países menos desenvolvidos) limita-se ao plano formal e não ao reconhecimento de um estatuto especial ou ao acolhimento de disposições substanciais que traduzissem no acordo TRIP's o nível de desenvolvimento e as necessidades destes países. Na verdade, a elasticidade verifica-se ao nível da implementação das medidas legislativas e regulamentares no plano interno (as quais não poderão resultar num nível inferior de

⁶³ “TRIPS-Abkommen, Menschenrechte, Sozialpolitik und Entwicklungsländer”, in *GRUR Int.*, 2003, Heft 2, 103, ss.

⁶⁴ O artigo 41.º, n.º 1, do acordo TRIP's é mais um exemplo em que se exige que os processos a adoptar pelos Membros sejam “aplicados de modo a evitar a criação de entraves ao comércio legítimo” e ofereçam “salvaguardas contra qualquer utilização abusiva”.

⁶⁵ Esta condição foi inserida na fase final das negociações e limitou, de forma significativa, o alcance do art. 8.º em termos de dificilmente se poder justificar uma excepção que não esteja consagrada no acordo.

compatibilidade com o disposto no acordo TRIP's; é a cláusula de *stand-still*), ou seja, restringiu-se à negociação de períodos transitórios ou excepções temporais⁶⁶ (cf. artigos 65.º e 66.º). Nestes termos, os países com economias mais débeis e com maiores necessidades de apoio não gozam de um sistema diferenciado (o modelo, como temos visto, é outro) e as obrigações impostas aos países industrializados dificilmente terão repercussão efectiva na diminuição do referido desequilíbrio: seja porque o art. 7.º – nos termos que vimos – é muito vago; seja porque – por semelhante motivo – o art. 66.º, n.º 2, não estabelece uma obrigação concreta, mas uma mera intenção de os países desenvolvidos providenciarem incentivos para as suas empresas e instituições promoverem a transferência de tecnologia para os países menos desenvolvidos de modo a permitir o seu desenvolvimento tecnológico de forma “sólida e viável”; seja, ainda, porque certas obrigações impostas aos países industrializados a favor dos países em vias de desenvolvimento, são, de facto, consagradas para a satisfação dos interesses daqueles e não destes países (é o caso da cooperação técnica e financeira estabelecida no art. 67.º cujo objectivo é assegurar uma implementação efectiva do acordo TRIP's nos países em vias de desenvolvimento e menos desenvolvidos de modo a alcançar-se – no interesse fundamentalmente dos países industrializados – uma “protecção e aplicação efectiva dos direitos de propriedade intelectual e de prevenção do seu abuso”).

5. Princípio do tratamento nacional.

O acordo TRIP's não se dirige a mercadorias ou serviços, mas a pessoas; confere, através dos Membros da OMC, direitos e obrigações. Enquanto que o artigo III do GATT (tratamento nacional na tributação e regulação interna) se aplica às mercadorias (os produtos importados – depois de entrarem no mercado interno de um país – e os produzidos localmente devem ser tratados de forma idêntica) e o art. XVII do acordo geral sobre o comércio de serviços (igualdade de tratamento entre os serviços e os

⁶⁶ A International Intellectual Property Alliance (IIPA) tomou a seguinte posição “We'll *not* negotiate on standards of Intellectual Property. We'll negotiate on *time* to meet them. Any watering down of Intellectual Property standards and no deal, no GATT”, citado por Peter DRAHOS with John BRAITHWAITE, *Information Feudalism, Who Owns the Knowledge Economy?*, New Press, New York (2003), 101.

prestadores de serviços nacionais e os estrangeiros) se dirige aos serviços, o princípio do tratamento nacional no acordo TRIP's (art. 3.º) dirige-se aos nacionais, pretendendo proteger os titulares de direitos de propriedade intelectual⁶⁷. Estamos perante um princípio estruturante da OMC, espelhado em três dos seus principais acordos⁶⁸.

Este princípio do tratamento nacional (um dos princípios fundamentais das convenções relativas à propriedade intelectual⁶⁹) traduz-se no seguinte: “cada Membro concederá aos nacionais de outros Membros um tratamento não menos favorável do que o que concede aos seus próprios nacionais no que se refere à protecção da propriedade intelectual”⁷⁰. A referência expressa deste princípio no acordo TRIP's tem, aparentemente, algo de simbólico na medida em que já resultava do art. 2.º a sua incorporação no acordo pela importação dos princípios das convenções de Paris, Berna e Roma. Contudo, a noção de protecção abrange “as questões relativas à existência, aquisição, âmbito, manutenção e aplicação efectiva dos direitos de propriedade intelectual, bem como as questões relativas ao exercício dos direitos de propriedade intelectual expressamente contempladas” no acordo TRIP's. Ora, com este entendimento de protecção – que aglomera o exercício dos direitos de propriedade intelectual – o princípio do tratamento nacional tem uma maior amplitude do que tradicionalmente consagrado nas convenções relativas à propriedade intelectual. Nestas convenções o princípio do tratamento nacional não contendia com a liberdade dos Estados em regulamentar a propriedade intelectual, desde logo no domínio dos processos judicial e administrativo.

⁶⁷ WOLFGANG FIKENTSCHER, *ob. cit.*, 122, indica as diversas diferenças entre o princípio do tratamento nacional no GATT e nas convenções relativas à propriedade intelectual. Naquele, o princípio do tratamento nacional “is a correction of the impact of national sovereignty on free trade”; nestas, o referido princípio “is a correction of differences that could be made on the basis of nationality or territory”.

⁶⁸ Sobre este princípio veja-se, igualmente, Miguel MOURA e SILVA, *ob. cit.*, 343, ss.

⁶⁹ Vide Hans Peter KUNZ-HALLSTEIN, *ob. cit.*, 83, ss. O autor acentua o carácter essencial do princípio do tratamento nacional no campo dos tratados relativos à propriedade intelectual (a combinação deste princípio com um nível mínimo de tutela comum aos membros “would constitute a realistic basis for a truly international system of industrial property protection”), proibindo-se a exigência de reciprocidade material.

⁷⁰ A disposição refere-se a “tratamento não menos favorável” e não a igualdade de tratamento como parece resultar do artigo 2.º, n.º 1, da CUP, o que eventualmente legitimará, nas palavras de Daniel GERVAIS, *ob. cit.*, 48, n. 18, a possibilidade de os estrangeiros gozarem de um melhor tratamento que os nacionais.

O princípio do tratamento nacional pretende evitar a discriminação, num país Membro, entre nacionais e estrangeiros (nacionais de outro país Membro) no que se refere à protecção da propriedade intelectual. Mas este princípio deve ser conjugado com o art. 1.º, n.º 3, que, no limite, confere um conteúdo positivo mínimo àquele princípio: “os Membros concederão o tratamento previsto no presente Acordo aos nacionais de outros Membros”. Ou seja, independentemente da ausência de discriminação há aqui uma exigência positiva, estabelecida em coerência com os objectivos do acordo TRIP's de garantir um nível mínimo de harmonização que suporte eficazmente as trocas comerciais. Diga-se que esta regra do art. 1.º, n.º 3, se estende às questões relativas aos processos e medidas correctivas civis e administrativas, medidas provisórias, medidas na fronteira e processos penais; isto é, assuntos que não contêm claramente com a propriedade intelectual ou que apenas se relacionam com a aplicação efectiva dos direitos de propriedade intelectual. Ou seja, estamos perante uma extensão do princípio do tratamento nacional⁷¹ que implica a sua revisão⁷². Na verdade, o acordo TRIP's ao exigir (art. 1.º, n.º 1) um nível mínimo de tutela (quer no plano substancial quer no domínio processual) a implementar nos ordenamentos jurídicos nacionais (limitando a liberdade regulamentadora dos Membros), o princípio do tratamento nacional tem pouco de “nacional” pois o regime jurídico dos direitos de propriedade intelectual será, em grande parte, imposto pelo regime internacional consagrado no acordo TRIP's⁷³.

⁷¹ Neste sentido, Michael BLAKENEY, *ob. cit.*, 39.

⁷² Tentou-se evitar uma das consequências negativas do princípio do tratamento nacional. Como nos diz Paul KATZENBERGER, “General Principles of the Berne and the Universal Copyright Conventions”, *in IIC Studies, ob. cit.*, 45, “The principle of national treatment, however, has one main shortcoming: It is not able to equalize an unequal level of protection in different countries, and, therefore, it cannot ensure substantive equivalence within the relationship of these countries”.

⁷³ Face a esta amplitude e revisão do princípio do tratamento nacional, os países em vias de desenvolvimento, invocando a sua situação económica, financeira e as necessidades de desenvolvimento, desejavam que fossem admitidas limitações à aplicação do citado princípio nas suas relações com os países desenvolvidos. Esta pretensão, se tivesse sido aceite, inverteria os objectivos do acordo TRIP's em contribuir para a liberalização das trocas. Todavia, os países desenvolvidos, em muitos momentos, “fugiram” ao princípio do tratamento nacional exigindo reciprocidade (no sentido material). Desta atitude são exemplo a protecção dos circuitos integrados, dos programas de computador e o direito à remuneração dos autores no aluguer das suas obras (*public lending right*). Nestes casos o “abandono” das convenções internacionais (sendo certo que no *public lending right* se coloca questão da amplitude do direito de autor, ou, por outras palavras, se o direito de autor se esgota ou não antes do aluguer) e do princípio do tratamento nacional deveu-se, fundamentalmente, a quatro razões: a ausência – no quadro das convenções internacionais relativas à propriedade intelectual – de um sistema eficaz de resolução dos

O art. 1.º, n.º 3, é ainda relevante para a definição de “nacionais”. O elemento fundamental é a qualidade de nacional de um país membro da OMC⁷⁴. Contudo, e em relação ao direito de propriedade intelectual em causa (por exemplo, em relação à Convenção de Berna, o direito de autor), por nacionais de outros Membros deve entender-se as pessoas singulares ou colectivas que – “na eventualidade de todos os Membros da OMC serem membros dessas convenções” – preenchem os critérios exigidos pela Convenção de Paris, pela Convenção de Berna, pela Convenção de Roma e pelo Tratado de Washington para poderem beneficiar da protecção prevista em cada uma destas convenções. Nos termos da CUP (procedendo-se, assim, à incorporação por referência do seu art. 3.º no acordo TRIP's) não apenas os nacionais estão abrangidos, mas também as pessoas (qualquer que seja a sua nacionalidade) que estejam domiciliados ou possuam estabelecimentos industriais ou comerciais efectivos e não fictícios no território de um Membro da OMC^{75, 76}.

Apesar da extensão – interessada – do princípio do tratamento nacional, não se quis alterar significativamente o quadro das obrigações existentes (continua-se a respeitar a estratégia de não reinventar a propriedade intelectual) e, por isso, as excepções

litígios; inexistência, no plano internacional, de um conteúdo mínimo de tutela dos direitos de propriedade intelectual que se imponha aos ordenamentos jurídicos nacionais; o efeito “*free rider*” do princípio do tratamento nacional; e a introdução de componentes económicas na avaliação do princípio. Assim, sobravam duas soluções alternativas: ou se avançava para uma tutela internacional eficaz dos direitos de propriedade intelectual e o princípio do tratamento nacional aplicar-se-ia ou, pelo contrário, exigia-se reciprocidade (ainda que com recurso a vias pragmáticas: sanções económicas) e concluíam-se acordos bilaterais (gerando um sistema internacional de protecção da propriedade intelectual nebuloso). O acordo TRIP's representa a primeira opção. Sobre isto *vide* ULRICH JOOS e RAINER MOUFANG, *ob. cit.*, 8-21. Em relação ao “*public lending right*” e ao afastamento do princípio do tratamento nacional veja-se SILKE VON LEWINSKI, “National Treatment, Reciprocity and Retorsion – The Case of Public Lending Right”, *in IIC Studies, ob. cit.*, 55, ss. No que respeita aos programas de computador e aos circuitos integrados veja-se Thomas DREIER, “National Treatment, Reciprocity and Retorsion – The Case of Computer Programs and Integrated Circuits”, *in IIC Studies, ob. cit.*, 65, ss.

⁷⁴ Repare-se que em relação a territórios aduaneiros distintos de um Membro da OMC (que podem ser Membros da OMC apesar de não serem países, nos termos do art. XII do Acordo que criou a OMC) considera-se que o termo “nacionais” abrange “as pessoas, singulares ou colectivas, que estejam domiciliadas ou possuam um estabelecimento industrial ou comercial real e efectivo nesse território aduaneiro”.

⁷⁵ Por outro lado, nos termos do art. 2.º, n.º 2, da CUP “nenhuma condição de domicílio ou de estabelecimento no país em que a protecção é reclamada pode, porém, ser exigida dos nacionais de países da União para o efeito de gozarem de qualquer dos direitos de propriedade industrial”.

⁷⁶ A última frase do art. 1.º, n.º 3, estabelece uma obrigação de notificação ao Conselho TRIP's por parte dos Membros que pretendam fazer valer a faculdade de não aplicar certos critérios estabelecidos no n.º 3 do art. 5.º da Convenção de Roma ou usar a reserva consagrada no n.º 2 do art. 6.º da mesma Convenção.

consagradas nas convenções de Paris, Berna e Roma⁷⁷ e no Tratado de Washington continuam a se aplicar. Por outro lado, no que respeita aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão, o princípio do tratamento nacional só se aplica em relação aos direitos consagrados no acordo TRIP's, o que constitui uma delimitação da sua esfera de aplicação⁷⁸. Por fim, os Membros da OMC só poderão invocar as excepções referidas no que diz respeito a processos judiciais ou administrativos (incluindo a eleição de domicílio ou a constituição de um mandatário) se tais excepções forem “necessárias para garantir a observância de disposições legislativas e regulamentares que não sejam incompatíveis com o disposto no presente Acordo⁷⁹ e no caso de essas práticas não serem aplicadas de modo a constituírem uma restrição dissimulada ao comércio”⁸⁰. Mais uma vez, são as exigências de liberalização progressiva do comércio a ditarem as regras na propriedade intelectual (para o efeito basta confrontar esta disposição com o artigo 2.º, n.º 3, da CUP).

6. Princípio do tratamento da nação mais favorecida.

O acordo TRIP's, obedecendo às exigências de liberalização gradual das trocas comerciais, perfilhou os princípios do tratamento nacional (revisto, como vimos) e do

⁷⁷ Acrescente-se que se algum Membro desejar restringir a protecção nos termos do artigo 6.º da Convenção de Berna ou usar da reserva prevista no artigo 16.º, n.º 1, alínea b), da Convenção de Roma, deverá notificar o Conselho TRIP's.

⁷⁸ A limitação, introduzida na fase final das negociações do Ciclo do Uruguai, à aplicação do princípio do tratamento nacional no campo dos direitos conexos resulta de uma divergência de concepção destes direitos nos sistemas romano-germânicos e nos sistemas anglo-saxónicos. Esta diferença deriva do próprio entendimento do direito de autor (concebido, no quadro da revolução francesa, como um direito de propriedade que inclui uma dimensão patrimonial e outra moral) e do *copyright* (em que se acentua a vertente patrimonial), respectivamente. Face a estas concepções diversas, com âmbitos distintos, a obrigação de tratamento nacional foi restringida aos direitos especificamente consagrados no acordo TRIP's e não a todo o domínio dos direitos conexos. O acordo TRIP's, neste domínio, seguiu de perto a orientação das multinacionais de Hollywood. Sobre as origens do direito moral na Europa *vide* Miriam KELLERHALS, “Die europäischen Wurzeln des Droit Moral”, in *GRUR Int.*, 2001, Heft 5, 438, ss. e sobre o direito de autor no acordo TRIP's veja-se Paul KATZENBERGER, “TRIPS und das Urheberrecht”, in *GRUR Int.*, 1995, Heft 6, 447, ss.

⁷⁹ Em especial o disposto nos artigos 41.º e 42.º.

⁸⁰ Sobre esta parte final *vide* *Guide to GATT Law and Practice*, *ob. cit.*, 565, a propósito da interpretação do artigo XX do GATT. Sobre este artigo *vide*, ainda, Miguel MOURA e SILVA, *ob. cit.*, 433, ss.

tratamento da nação mais favorecida⁸¹. Este princípio traduz-se no seguinte: “no que diz respeito à protecção da propriedade intelectual, todas as vantagens, favores, privilégios ou imunidades concedidos por um Membro aos nacionais de qualquer outro país⁸² serão concedidos, imediata e incondicionalmente, aos nacionais de todos os outros Membros”.⁸³ Estamos perante a consagração no domínio da propriedade intelectual – o que constitui uma inovação jurídica – e dirigido aos titulares de direitos de propriedade intelectual de um princípio típico, embora tendo como objecto mercadorias, do GATT (art. I). O objectivo desta importação para a propriedade intelectual do princípio do tratamento da nação mais favorecida, é impedir que (designadamente através de acordos bilaterais) existam discriminações entre nacionais de países Membros diferentes, assegurando-se uniformidade no comércio multilateral (*id est*, a ausência de discriminação entre os parceiros comerciais). Nas palavras de Wolfgang Fikentscher o princípio da nação mais favorecida “is the overriding principle in that it counteracts the economically inhibitive effect of national sovereignty”⁸⁴. Na verdade, através de acordos bilaterais o ordenamento jurídico de um Estado pode reconhecer a empresas ou indivíduos do outro país parte no acordo bilateral um tratamento preferencial (não sendo tal favor sujeito ao princípio do tratamento nacional, desde logo se não se aplica aos nacionais do país em causa) em relação a empresas ou indivíduos de outros países. Nestes termos, qualquer tratamento preferencial reconhecido aos nacionais de um país na sequência de um acordo bilateral, é imediatamente estendido aos nacionais de todos os outros Estados Membros, afastando-se qualquer discricionariedade nas relações entre Membros (esta consequência pode, todavia, impedir o desenvolvimento do sistema internacional da propriedade intelectual através de acordos bilaterais)⁸⁵.

A inserção da propriedade intelectual na tela do comércio internacional operou a transposição do princípio do tratamento da nação mais favorecida – concebido para o

⁸¹ Sobre este princípio veja-se, entre nós, Miguel MOURA e SILVA, *ob. cit.*, 279, ss.

⁸² Sublinhe-se que é qualquer outro país ainda que não membro da OMC.

⁸³ Quanto às excepções, cuja amplitude contribui para uma diminuição significativa do campo de aplicação do princípio, vejam-se as alíneas a) a d) do art. 4.º do acordo TRIP's. É de acentuar, em particular, as excepções admitidas no círculo do direito de autor e dos direitos conexos. Sobre estas excepções *vide* Daniel GERVAIS, *ob. cit.*, 54-59.

⁸⁴ *Ob. cit.*, 103.

⁸⁵ No âmbito da Convenção de Berna (art. 20.º), por exemplo, não está consagrada esta exigência de extensão a todos os membros da Convenção das concessões estabelecidas no quadro de um acordo particular entre países da Convenção.

domínio das trocas comerciais, incidindo na competição entre os sistemas nacionais (em especial no quadro das pautas aduaneiras) de tratamento das mercadorias⁸⁶ – para aquele sector do direito. É um princípio essencial ao sistema comercial multilateral da OMC (sinónimo de não discriminação e garantidor de um tratamento virtualmente idêntico para todos os Membros: todos são parceiros comerciais “mais favorecidos”), presente nas três áreas fundamentais reguladas por esta organização: o acordo TRIP's; o acordo GATT; e o acordo geral sobre o comércio de serviços (art. II).⁸⁷

7. A relevância da inserção destes princípios na propriedade intelectual enquanto elemento de um sistema de comércio multilateral.

O sistema de comércio multilateral da OMC assenta em alguns princípios fundamentais⁸⁸. A consecução de um comércio livre impõe o cumprimento de diversas exigências. Em primeiro lugar, requer-se o afastamento das barreiras ou obstáculos, designadamente pautas aduaneiras, quotas ou restrições quantitativas, burocracia, políticas cambiais e outras barreiras não pautais ou alfandegárias. De seguida, deseja-se a consagração de um sistema de comércio previsível ou “sem surpresas”, obrigando os Estados a cumprirem os seus compromissos (sem arbitrariedade) e a garantirem transparência e publicidade nas regras do comércio, de modo a assegurar estabilidade, previsibilidade e confiança para as empresas e investidores estrangeiros (elementos geradores de concorrência). Sistema de comércio que se quer mais competitivo, desencorajando comportamentos desleais, protectores ou que distorcem a concorrência, tais como subsídios à exportação ou práticas de *dumping*, e que seja favorável aos países menos desenvolvidos, ainda que esta benção se limite à consagração de períodos transitórios de adaptação ao sistema liberal ou a alguma flexibilidade e a alguns privilégios (a agenda de Doha para o desenvolvimento – que veremos a seguir –

⁸⁶ Vide Paolo PICONE e Aldo LIGUSTRO, *ob. cit.*, 406.

⁸⁷ Refira-se, por fim, que estão excluídos do princípio do tratamento da nação mais favorecida, bem como do princípio do tratamento nacional, nos termos do artigo 5.º do acordo TRIP's, as disposições de tratados que consagram sistemas administrativos relativos à aquisição ou manutenção de direitos de propriedade intelectual. É caso do Tratado de Cooperação em matéria de Patentes.

⁸⁸ Sobre estes princípios vide WOLFGANG FIKENTSCHER, *ob. cit.*, 113, ss.

pretende corresponder, de forma mais equitativa, às exigências e necessidades destes países). Por fim, este sistema de comércio deve ser não discriminatório.

Ora, os princípios do tratamento nacional (orientado para o “interior” de um país membro: prevenindo distinções entre nacionais e estrangeiros) e do tratamento da nação mais favorecida (orientado para o “exterior” de um país membro: prevenindo distinções entre estrangeiros) pretendem responder àquela exigência de não discriminação, constituindo princípios fundacionais do sistema de comércio multilateral da OMC (contribuindo para um comércio livre a nível mundial através da consecução de idênticas condições de mercado, apesar das fronteiras nacionais) onde se enquadra (moldando-lhe o regime) a propriedade intelectual.

Assistimos a uma mutação do regime jurídico da propriedade intelectual decorrente da consagração de um modelo de concorrência internacional assente num mercado sucessivamente liberalizado. Este modelo de trocas quer ser planetário e embora não fira o princípio da territorialidade dos direitos de propriedade intelectual⁸⁹, não deixa de incorporar neste domínio do direito princípios do comércio internacional em termos de contribuir para a geração de um regime de propriedade intelectual global (nivelado por um conteúdo mínimo obrigatório, mas que conforma inelutável e indelevelmente todo

⁸⁹ No domínio da propriedade intelectual a plena realização da liberdade de comércio internacional e a concretização de uma efectiva tutela transfronteiriça (que não se alcança com uma harmonização dos ordenamentos jurídicos internos ainda que com um alcance material e adjectivo, como acontece com o acordo TRIP's) pressupunha a insubsistência do princípio da territorialidade dos direitos de propriedade intelectual. O sistema jurídico que disciplina os direitos de propriedade intelectual não se limita a regular, pelo contrário participa activamente na constituição ou geração do direito privativo de propriedade intelectual e na sua conformação (demarcando-lhe as fronteiras territoriais da sua própria existência). O desenvolvimento do comércio internacional (de que a OMC é consequência e promotora) exige dos titulares dos direitos de propriedade intelectual a busca de protecção para estes direitos nos sistemas jurídicos internos de cada Estado (um único sujeito pode ser titular de diversas marcas ou patentes em diversos Estados, apesar de serem, de facto, a mesma marca e a mesma patente). Não estamos perante uma marca unitária ou uma patente unitária. O acordo TRIP's não pretendeu – em nome da liberdade de comércio internacional – alcançar direitos de propriedade intelectual verdadeiramente internacionais ou unitários que prescindissem da sua conexão territorial ou estadual (tal como, no espaço da União Europeia, se conseguiu com a marca comunitária que tem carácter unitário). Numa economia globalizada a natureza territorial dos direitos de propriedade intelectual, a independência dos sistemas jurídicos e a competência territorialmente delimitada dos órgãos jurisdicionais, impede decisões com efeitos transfronteiriços, gera esforços acrescidos para o titular dos direitos em diversos Estados (que tem de agir em cada um dos Estados em que existam infracções ao seu direito privativo), pode gerar decisões contraditórias para casos análogos e, nestes termos, afectar negativamente as trocas comerciais.

sistema) e centralizado (não admite regimes jurídicos internos favorecedores para os agentes económicos nacionais⁹⁰).

A relevância económica da propriedade intelectual no comércio internacional e as crescentes tensões nas relações comerciais derivadas de uma pluralidade (cuja diversidade era necessariamente conflituante e resistente ao comércio livre) de regimes jurídicos (não só na extensão da protecção, mas também na aplicação efectiva dos direitos privativos) exigiram uma diminuição da soberania dos Estados naquele campo do direito (sendo certo que os diferentes níveis e modos de tutela da propriedade intelectual em países com diferentes condições económicas e tecnológicas, contribuem, igualmente, para um comércio leal). As imperiosas necessidades de previsibilidade, estabilidade e segurança do livre comércio internacional (de que são exemplo os princípios do tratamento nacional e do tratamento da nação mais favorecida) limitaram a liberdade de escolha dos Estados Membros no domínio da propriedade intelectual de modo a poderem adaptá-la à sua realidade económica, às suas necessidades sociais e à sua tradição. Esta diminuição do poder discricionário sentiu-se de forma muito mais acentuada naquele sector do direito (devido à natureza territorial dos direitos privativos e à sua ligação com a herança cultural de cada povo) do que no âmbito das mercadorias, com o GATT, ou dos serviços, com o acordo geral sobre o comércio de serviços.

A conexão da propriedade intelectual com o comércio internacional (e, em especial, com os princípios do tratamento nacional e do tratamento da nação mais favorecida) se provoca um certo desraizar daquela (apesar da agenda de Doha, como veremos), não assistimos ainda à completa uniformização dos regimes jurídicos internos (tanto mais que o art. 1.º, n.º 1, do acordo TRIP's admite que os Membros consagrem níveis mais elevados de protecção do que os consagrados naquele acordo), na medida em que o livre comércio internacional só deseja que a propriedade intelectual não seja um obstáculo à sua plena realização (daí que, mesmo os níveis mais elevados de protecção, não possam contrariar o disposto no acordo TRIP's).

8. Esgotamento dos direitos de propriedade intelectual.

⁹⁰ Vide Paolo PICONE e Aldo LIGUSTRO, *ob. cit.*, 406.

Apesar da linha condutora do modelo subjacente ao acordo TRIP's e da sua estratégia, este acordo não toma partido na importante e actual questão do esgotamento internacional dos direitos de propriedade intelectual. Evitar este significativo problema é fazer transparecer que o acordo não pretende estabelecer um regime jurídico uniforme para a propriedade intelectual e, por isso, o comércio livre também se pode fazer com obstáculos (cumprindo a satisfação de alguns interesses). Na verdade, o artigo 6.º do acordo TRIP's é sintoma de uma dessincronização entre o regime dos direitos de propriedade intelectual (pela ausência de regulação das importações paralelas) e os interesses económicos inerentes à OMC e à liberdade de circulação de mercadorias.

Os direitos de propriedade intelectual são direitos exclusivos ou de monopólio reconhecidos pelo Estado (observadas certas condições e cumpridos certos objectivos) que gozam de um determinado conteúdo e realizam certas funções. Como monopólios territoriais (princípio da territorialidade) os direitos de propriedade intelectual podem funcionar como barreiras não pautais, como obstáculos ao comércio internacional. A não consagração do esgotamento internacional dos direitos de propriedade intelectual e consequente controlo sobre as importações pode, de facto, constituir um obstáculo relevante ao comércio internacional quando, actualmente, grande parte dos produtos e dos serviços incorporam tais direitos. O que está em causa no esgotamento ou exaustão dos direitos de propriedade intelectual é (além da paralela real compreensão do conteúdo do direito em causa e consequente delimitação dos poderes do seu titular) a possibilidade de não restringir a liberdade de comércio. De facto, o princípio do esgotamento dos direitos de propriedade intelectual traduz-se no seguinte: o titular de um direito de propriedade intelectual – uma marca, por exemplo – quando coloca no mercado os seus produtos, deixa de poder controlar a respectiva circulação, no sentido de que não pode opor-se às sucessivas distribuições ou revendas nem colocar condições nessas sucessivas distribuições ou regular preços nas revendas. Efectuada a primeira colocação do produto do mercado pelo titular (ou *outrem* com o seu consentimento) esgota-se o seu direito exclusivo (de decidir, designadamente, onde, a quem, por que preço será o produto revendido).

O esgotamento dos direitos de propriedade intelectual no plano nacional significa que o direito exclusivo se esgota quando o produto é introduzido em circulação dentro

das fronteiras nacionais, ou seja, em relação aos produtos exportados o titular do direito pode opor-se às reimportações dos seus próprios produtos no Estado de origem (proíbem-se as importações paralelas) e em todos os Estados em que seja titular do correspondente direito de propriedade intelectual (controlando assim a distribuição⁹¹). No espaço da Comunidade Europeia um dos mais importantes princípios que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJ) elaborou no domínio da propriedade intelectual é o do esgotamento do direito⁹². O TJ percebeu a importância das importações paralelas na salvaguarda da liberdade de circulação de mercadorias e na realização do mercado único. O esgotamento comunitário dos direitos de propriedade intelectual é uma forma de limitar os obstáculos ao comércio intracomunitário derivados da tutela daqueles direitos⁹³. Segundo o TJ o titular de um direito de propriedade intelectual não pode invocar o seu direito para se opor à importação e venda de produtos que tenham sido colocados no mercado de um outro Estado membro por si próprio ou com o seu consentimento. A colocação no mercado, em qualquer parte da Comunidade, esgota o direito em toda a Comunidade. Mas se o titular de um direito de propriedade intelectual colocar as mercadorias no mercado de um país terceiro (i.e., não membro da CE) este princípio não funciona, e nada impede que ele se oponha, com base naquele direito, à importação dessas mercadorias: sentença de 9 de Fevereiro de 1982 (Polydor/Harlequin, processo n.º 270/80, Colectânea de Jurisprudência, 1982, 329)⁹⁴. Por fim, o esgotamento internacional dos direitos de propriedade intelectual⁹⁵ legitima

⁹¹ É este controlo (através das fronteiras estaduais) até à distribuição que está fundamentalmente em causa na questão do esgotamento dos direitos. Uma expressa referência é efectuada na nota 6 ao artigo 28.º (direitos exclusivos conferidos ao titular de uma patente) do acordo TRIP's.

⁹² O TJ reconheceu implicitamente este princípio na sentença de 13 de Julho de 1966 no processo Consten e Grundig/Comissão (processos números 56 e 58/64, Colectânea de Jurisprudência, 1966, 429) e formulou-o claramente na sentença de 8 de Junho de 1971, no caso Deutsche Grammophon/Metro (processo n.º 78/70, Colectânea de Jurisprudência, 1971, 487).

⁹³ Se se permitisse ao titular de um direito de propriedade intelectual, opor-se à importação de produtos comercializados em outro Estado membro por ele ou com o seu consentimento, facilitava-se a divisão do mercado comum em mercados paralelos segundo as fronteiras nacionais. Podia-se, por exemplo, manter preços diferentes em cada Estado membro, limitar a concorrência ao nível dos distribuidores, privar os consumidores das vantagens do mercado comum. Esta restrição não seria justificada pelo artigo 30.º do Tratado de Roma e constituiria, ainda, uma restrição dissimulada nos termos da mesma disposição.

⁹⁴ Sobre este princípio no domínio do direito comunitário *vide*, entre outros, Alberto RIBEIRO DE ALMEIDA, *Denominação de origem e marca*, Stvdia Ivridica, 39, 219, ss.

⁹⁵ Sobre o esgotamento internacional dos direitos de propriedade intelectual *vide*, entre nós, Pedro SOUSA E SILVA, *Direito comunitário e propriedade industrial, o princípio do esgotamento dos direitos*, Stvdia Ivridica, 17, 85, ss. O autor defende, tendo em conta as funções dos direitos de propriedade intelectual, o

as importações paralelas (*id est*, a importação e venda dos produtos originais por sujeitos diferentes do importador, revendedor ou distribuidor designado pelo titular do direito de propriedade intelectual), ou seja a introdução no comércio (seja num mercado nacional ou estrangeiro) de produtos que incorporam um direito de propriedade intelectual, impede o seu titular de o invocar para se opor a posteriores vendas em qualquer mercado dos produtos por parte de terceiros. O esgotamento dos direitos de propriedade intelectual adquire especial acuidade no plano internacional ou da comunicação entre mercados separados por fronteiras estaduais, pois a ausência deste princípio permite aos titulares de direitos pátrios de propriedade intelectual, invocando-os, compartimentar ou isolar os mercados nacionais. Ou seja, podem limitar a circulação ou controlar o movimento dos produtos que incorporam tais direitos (reconhecidos em diversos países), através da proibição das importações paralelas; podem controlar ou diversificar os preços (de um mesmo produto) nos diversos mercados estaduais (impedindo, através da invocação do direito de propriedade intelectual no país em causa, que os produtos vendidos no país onde os preços são mais baixos circulem para países onde o preço é mais alto); podem regular a distribuição dos produtos; podem criar zonas de exclusivo. Em suma, podem maximizar os lucros e concretizar estratégias comerciais diferenciadas (desde logo o nível de preço que o mercado pode suportar) em função dos mercados.

O acordo TRIP's concluído no quadro da OMC pretende realizar objectivos liberalizantes (ainda que de forma gradual) e impedir que os direitos de propriedade intelectual possam funcionar como estorvos ao comércio livre. Todavia, alguns estorvos podem ser muito convenientes aos defensores do comércio livre, negando-o. O silêncio do acordo TRIP's sobre o esgotamento internacional dos direitos de propriedade intelectual – remetendo para os ordenamentos jurídicos nacionais a decisão do eventual acolhimento de tal princípio – é mais um exemplo da oposição entre os países industrializados e os países em vias de desenvolvimento, com a consagração da posição

esgotamento internacional do direito de marca, mas não do direito de patente. Michael BLAKENEY, *ob. cit.*, 42, admite o esgotamento internacional para o direito de marca, mas não para o direito de autor. Em relação ao direito de autor e à interpretação da Convenção de Berna *vide* Daniel GERVAIS, *ob. cit.*, 61-63. Sobre as importações paralelas *vide*, em especial, AAVV, *The Economics of Intellectual Property, Volume IV – Competition and International Trade*, *ob. cit.*, 219-387, e Peter ROTT, *ob. cit.*, 112, ss.

dos primeiros (exportadores de produtos que incorporam direitos de propriedade intelectual).

Os países desenvolvidos apresentaram os seguintes argumentos: a não proibição das importações paralelas poderia provocar um abaixamento do nível de qualidade dos produtos e dos serviços; tais importações provocariam uma redução dos investimentos em investigação e desenvolvimento (na medida em que reduziam a rentabilidade da propriedade intelectual) e conseqüente diminuição da oferta de produtos e serviços aos consumidores; por fim, diziam que as importações paralelas favoreceriam a contrafacção e a pirataria. Alguns destes argumentos podem ser facilmente rebatidos. Em primeiro lugar, a legitimidade das importações paralelas provocam preços competitivos e potenciam uma maior concorrência entre as empresas com efeitos positivos sobre a qualidade dos produtos e dos serviços e sobre o investimento (estimulando-o). No que respeita à contrafacção e à pirataria diga-se que o acordo TRIP's consagra níveis de tutela – quer no plano substantivo quer no domínio adjectivo – eficazes (que os Membros estão obrigados a implementar) e que o não cumprimento do acordo TRIP's poderá legitimar que um Membro faça accionar os sistema de resolução de diferendos da OMC, ou seja, não é necessário impedir as importações paralelas quando existem meios menos danosos e válidos na luta contra a contrafacção (além de que o acesso aos produtos originais a preços competitivos desencorajará a contrafacção).

Por seu lado, os países em vias de desenvolvimento argumentavam que a legitimidade das importações paralelas implicaria benefícios para os consumidores (mesmo os dos países industrializados) na medida em que permitiria uma redução dos preços, além de que provocaria uma diminuição do poder monopolístico das multinacionais com possibilidade para os países em vias de desenvolvimento adquirirem os produtos legítimos no mercado do país que praticasse o preço mais baixo.⁹⁶

⁹⁶ Sobre esta diversidade de posições veja-se Paolo PICONE e Aldo LIGUSTRO, *ob. cit.*, 409, ss. Keith E. MASKUS e YONGMIN CHEN, *in Vertical Price Control and Parallel Imports – Theory and Evidence*, World Bank, October 2000, fazem ponderar nas vantagens e desvantagens das importações paralelas, nomeadamente, o controlo vertical dos preços por parte do produtor/fabricante, designadamente junto do grossista, e os custos das importações paralelas.

A não consagração do princípio do esgotamento internacional dos direitos de propriedade intelectual prejudica os países em vias de desenvolvimento por uma outra razão. O reenvio para o legislador nacional da decisão de estabelecer ou não o princípio do esgotamento internacional dos direitos de propriedade intelectual não contribui para a realização do modelo liberal desejado nem para a concretização dos eventuais benefícios de tal princípio. Só a sua consagração no acordo TRIP's e consequente imposição a todos os Membros poderia contribuir para um incremento da concorrência com efeitos sobre os preços, baixando-os, e permitindo aos consumidores dos países em vias de desenvolvimento aceder mais facilmente a produtos que incorporam direitos de propriedade intelectual (em especial os patenteados). Na verdade, o art. 6.º do acordo TRIP's ao não impor o princípio do esgotamento internacional dos direitos de propriedade intelectual, mas ao exigir o cumprimento dos princípios do tratamento da nação mais favorecida e do tratamento nacional⁹⁷, estimula a não adopção de tal princípio no plano nacional. Um país em vias de desenvolvimento que perfilhe o esgotamento internacional só terá inconvenientes. De facto, a redução dos preços em virtude das importações paralelas poderá dificultar o acesso a produtos quando o investimento por parte de empresas de países industrializados não seja atractivo, e, ainda que seja atractivo, a não aceitação do princípio do esgotamento por parte de outros países poderá limitar as potencialidades exportadoras do país em vias de desenvolvimento (embora esta situação possa ser favorável à empresa em causa titular dos direitos de propriedade intelectual). Por outro lado, as empresas nacionais dos países em vias de desenvolvimento e aí estabelecidas poderão ter dificuldades em se tornarem competitivas pois não poderão praticar preços diferenciados em outros países (não podendo adoptar políticas discriminatórias em relação aos países de onde provêm as importações paralelas, mas que não consagraram o princípio do esgotamento). Ora, face a estes desequilíbrios, os países em vias de desenvolvimento e as suas empresas

⁹⁷ Se um país decide aplicar o esgotamento nacional (ou comunitário, no que diz respeito aos países membros da CE) não se podem invocar, para este efeito (designadamente, oposição às importações paralelas), as disposições do acordo TRIP's relativas à resolução de litígios e o país em causa terá somente que respeitar o princípio do tratamento nacional. Se, pelo contrário, consagra o esgotamento internacional o país em causa está sujeito ao princípio do tratamento nacional e ao princípio do tratamento da nação mais favorecida (proibindo-se as discriminações).

defenderão, provavelmente, a não eleição do princípio do esgotamento dos direitos de propriedade intelectual.

O esgotamento internacional dos direitos de propriedade intelectual está, neste momento, em discussão não só devido à crescente globalização do comércio de produtos ou serviços que incorporam tais direitos, mas também devido às tecnologias da comunicação que colocam o consumidor no mercado global e consciente da diferença dos preços dos produtos genuínos de país para país. Saber se o estabelecimento do esgotamento internacional é uma decisão de política económica saudável implica a ponderação – no quadro do livre jogo da oferta e da procura – de, pelo menos, dois elementos: os interesses dos consumidores e os interesses empresariais (incluindo os autores) locais, ou seja, alguns dos custos sociais do proteccionismo⁹⁸.

9. Aplicação efectiva.

O incremento da contrafacção e da pirataria⁹⁹ resultou, em certa medida, das dificuldades dos titulares de direitos de propriedade intelectual em assegurarem – em consequência de, no domínio convencional internacional, a garantia da aplicação efectiva de tais direitos ser muito deficiente – o respeito dos seus direitos privativos no quadro dos ordenamentos jurídicos internos de diversos países. Um dos objectivos do acordo TRIP's (e da inserção da propriedade intelectual na agenda do Ciclo do Uruguai) foi afiançar uma tutela eficaz dos direitos de propriedade intelectual e a sua concretização foi efectuada, fundamentalmente, por dois mecanismos: os Membros da OMC estão obrigados a modificar – se necessário – os seus ordenamentos jurídicos de forma a garantirem o respeito dos direitos de propriedade intelectual; por outro lado, permitiu-se o recurso ao sistema de resolução de diferendos da OMC para o domínio de tais direitos.

No que concerne à conformação do ordenamento jurídico interno dos diversos Membros da OMC, o acordo TRIP's (construído nesta parte, essencialmente, a partir da proposta da CE) traça regras muito pormenorizadas (sendo certo que ressalva que não

⁹⁸ Vide Bernard GUILLOCHON, *ob. cit.*, 26, ss.

⁹⁹ Sobre a pirataria, a história da pirataria, os interesses da pirataria e os verdadeiros piratas, *vide* Peter DRAHOS with John BRAITHWAITE, *ob. cit.*, 19, ss.

existe uma obrigação de instituir um sistema judicial distinto do regime geral de aplicação da lei) quanto aos processos administrativos, civis e penais (incluindo medidas correctivas) a adoptar para acautelar uma defesa adequada aos titulares dos direitos privativos, garantindo-lhes um acesso efectivo (embora o acesso não seja suficiente; existe um nível processual mínimo a consagrar no ordenamento jurídico interno de cada Membro). Vejamos alguns dos princípios informadores¹⁰⁰ (cf. art. 41.º): os processos devem ser leais, equitativos, respeitarem o princípio do contraditório, não serem demasiadamente complexos ou dispendiosos e não implicarem prazos não razoáveis ou atrasos injustificados; as decisões devem ser fundamentadas, baseadas em elementos de prova e susceptíveis de poderem ser submetidas a revisão por uma instância judicial; por fim, os processos serão aplicados de modo a evitar a criação de entraves ao comércio legítimo e oferecer salvaguardas contra qualquer utilização abusiva.¹⁰¹ Maiores detalhes – na verdade é um dilatado rol de medidas administrativas, legislativas e judiciais que os Membros devem consagrar no seu ordenamento jurídico para asseverar o respeito dos direitos privativos – vêm a seguir (artigos 42.º a 61.º): regras sobre processos e medidas correctivas civis e administrativas, incluindo elementos de prova, injunções (inibindo a prossecução da infracção), indemnizações, outras medidas correctivas (retirada dos circuitos comerciais das mercadorias em infracção) e informação sobre terceiros; adopção de medidas provisórias imediatas e eficazes; requisitos especiais relacionados com as medidas na fronteira (compreendendo a suspensão da introdução em livre circulação por parte das autoridades aduaneiras, a

¹⁰⁰ Devemos aqui sublinhar, igualmente, o princípio da transparência ou da publicidade (art. 63.º) que se traduz na obrigação de publicar ou colocar à disposição do público e eventualmente notificar as disposições legislativas e regulamentares, as decisões judiciais finais e as decisões administrativas de aplicação geral relativas à propriedade intelectual “de modo a permitir que os poderes públicos e os titulares dos direitos delas tomem conhecimento”. Este princípio da publicidade é bem conhecido do GATT (art. X) e muito contribui para a realização da política liberal e para o aumento do comércio internacional. Sobre este princípio *vide* Daniel GERVAIS, *ob. cit.*, 241, ss. e *Guide to GATT Law and Practice, ob. cit.*, 293, ss.

¹⁰¹ Quando um Membro exija para a aquisição ou manutenção dos direitos de propriedade intelectual a observância de processos ou formalidade, estes deverão ser razoáveis e compatíveis com o acordo TRIP's (art. 62.º), designadamente com o disposto no art. 41.º. Por outro lado, para efeitos de aquisição do direito, sempre que se imponha a concessão ou o registo do direito, deverão os prazos ser razoáveis de modo a evitar uma redução injustificada do período de protecção. Concede-se aos titulares de um direito de propriedade intelectual a possibilidade de gozar do direito de prioridade estabelecido no art. 4.º da CUP, estendido às marcas de serviço. Por fim, as decisões administrativas finais serão susceptíveis de revisão por uma autoridade judicial ou quase judicial. Sobre isto *vide* Michael BLAKENEY, *ob. cit.*, 119, ss., e Daniel GERVAIS, *ob. cit.*, 237, ss.

constituição de caução ou outra garantia equivalente, a duração da suspensão, indemnizações, a acção *ex officio* e medidas correctivas¹⁰²); previsão de processos penais e penas aplicáveis pelo menos – embora possam ser igualmente consagrados noutros casos de infracção de direitos de propriedade intelectual desde logo quando as infracções são cometidas deliberadamente e numa escala comercial – em casos de contrafacção deliberada de uma marca ou de pirataria em relação ao direito de autor numa escala comercial (as sanções – com uma finalidade dissuasiva – incluirão a prisão e ou sanções pecuniárias e poderão abraçar, igualmente, a apreensão, o arresto e a destruição das mercadorias em infracção e de quaisquer materiais e instrumentos que tenham sido utilizados predominantemente na prática do delito).¹⁰³

O cumprimento da disciplina dos direitos de propriedade intelectual e do modelo subjacente (que estiliza o acordo TRIP's) é igualmente assegurado através do recurso ao sistema (único e obrigatório) de resolução de diferendos da OMC (art. 64.º, n.º 1)¹⁰⁴. Importa sublinhar a importância, no campo do acordo TRIP's, do eventual recurso ao mecanismo da retaliação ou retorsão cruzada, isto é, a aplicação de retaliações no âmbito de um outro domínio comercial. Na verdade, parece difícil a possibilidade da retaliação ter lugar no mesmo sector do acordo TRIP's. A admissibilidade da retaliação cruzada está sujeita a certas condições rigorosas, como acima analisámos, na medida em que um dos objectivos do sistema de resolução de diferendos é acabar com as sanções unilaterais (os países em vias de desenvolvimento bem conhecem este tipo de medidas adoptadas pelos países industrializados – desde logo pelos EUA ao abrigo da secção 301 do *Trade Act* – em resposta a alegadas violações de direitos de propriedade intelectual). Todavia, o sistema de retaliação funcionará muito mais a favor dos países industrializados (exportadores de produtos que incorporam direitos de propriedade intelectual) e contra os países em vias de desenvolvimento (as sanções unilaterais passaram a ser multilaterais e justificadas ao abrigo da OMC), do que vice-versa (em virtude do débil poder económico destes países). Mas, o acordo TRIP's poderá funcionar como modo de compensar o desequilíbrio comercial global entre os países

¹⁰² Vide, em especial, Michael BLAKENEY, *ob. cit.*, 133, ss., e Daniel GERVAIS, *ob. cit.*, 218, ss.

¹⁰³ Sobre isto vide THIÉBAUT FLORY, *ob. cit.*, 186, ss., Michael BLAKENEY, *ob. cit.*, 123, ss., e Daniel GERVAIS, *ob. cit.*, 195, ss.

¹⁰⁴ Veja-se, designadamente, Michael BLAKENEY, *ob. cit.*, 140, ss., e Daniel GERVAIS, *ob. cit.*, 246, ss.

industrializados e os países em vias de desenvolvimento no quadro da OMC: cumpridos os pressupostos da retorsão cruzada (nos termos do art. 22.º do Memorando de entendimento sobre as regras e processos que regem a resolução de litígios) poderá um país em vias de desenvolvimento – perante um incumprimento por parte de um país industrializado das suas obrigações assumidas no âmbito da OMC – suspender as obrigações por si contraídas no quadro do acordo TRIP's (e sabemos quanto este acordo é importante para os países industrializados). É certo que utilizar a propriedade intelectual como “arma de arremesso” é perigoso quer para o país que a ela recorre quer para o país que se sujeita a essa medida. Como nos diz Paolo Picone e Aldo Ligustro (*ob. cit.*, 419-420) o recurso a esta medida (retorsão cruzada suspendendo as obrigações resultantes do acordo TRIP's) pode gerar consequências negativas para o país que a solicita dado que a redução do grau de protecção da propriedade intelectual poderá ter repercussões negativas nos fluxos de investimento e nas transferências de tecnologia a partir do estrangeiro, necessárias ao desenvolvimento. Por outro lado, continuam os autores, para o país que “sofre” a medida é evidente que é difícil calcular o seu verdadeiro impacto económico porque a suspensão de certos direitos de propriedade intelectual pode ter consequências a longo prazo e mesmo irreversíveis (a suspensão de um direito exclusivo relativo a uma marca registada pode facilmente traduzir-se numa perda definitiva da marca se um sinal confundível é registado como marca a favor de um terceiro)^{105 106}.

¹⁰⁵ Hanns ULLRICH, *ob. cit.*, 142, ss., chama a atenção para os efeitos negativos do recurso à retaliação cruzada, designadamente a desproporção entre as consequências do desrespeito do acordo TRIP's e os resultados das medidas tomadas, os efeitos difusos das medidas comerciais adoptadas e a consecução de objectivos proteccionistas por parte dos países que abraçam tais medidas comerciais de retaliação.

¹⁰⁶ Transitoriamente (art. 64.º, n.º 2) não é possível recorrer ao sistema de resolução de litígios da OMC no âmbito do acordo TRIP's quando se esteja perante uma situação de ausência de violação de uma norma jurídica específica (*non-violation complaints*), mas exista a lesão de interesses comerciais de um país devido à aplicação do acordo (neste caso o TRIP's) por um outro país. Daniel GERVAIS (*ob. cit.*, 250) apresenta o seguinte exemplo: “(..) in spite of the apparent conformity of a Member's laws and regulations with the TRIPS Agreement, a systematic refusal to apply certain provisions of such laws and regulations may nullify or impair any benefit accruing directly or indirectly under TRIPS”. Os países em vias de desenvolvimento têm argumentado que a possibilidade de recurso a esta medida poderá servir os interesses dos países industrializados exigindo àqueles países que consagrem níveis de protecção da propriedade intelectual mais elevados do que os resultantes do acordo TRIP's. A Conferência ministerial de Doha (decisão de 14 de Novembro de 2001) manteve a natureza transitória da disposição. Sobre a interpretação das correspondentes cláusulas do acordo GATT *vide Guide to GATT Law and Practice, ob. cit.*, 629, ss.

Acrescente-se, ainda, que o respeito dos direitos de propriedade intelectual resulta, acessoriamente, das competências do Conselho TRIP's¹⁰⁷, da articulação entre o sistema da OMC e o da OMPI¹⁰⁸ e do processo de cooperação internacional consagrado no artigo 69.º.

Perante o exposto, o acordo TRIP's busca ferozmente uma tutela da propriedade intelectual nas suas diversas vertentes¹⁰⁹: a violação das disposições substantivas ou adjectivas do acordo TRIP's legitima o recurso ao sistema de resolução de diferendos da OMC; por outro lado, as rigorosas directrizes no domínio da conformação processual e sancionatória dos ordenamentos jurídicos internos dos Membros afastam o acordo TRIP's do sistema tradicional consagrado nas convenções administradas pela OMPI (em que é concedido aos Estados membros ampla liberdade na construção dos sistemas coercitivos).

10. O acordo TRIP's no *post* Ciclo do Uruguai.

“O poder autêntico, o poder pelo qual temos de lutar noite e dia, não é o poder sobre as coisas, mas sobre os homens”.

George ORWELL, 1984, colecção mil folhas, 272.

No *post* Ciclo do Uruguai afirmaram-se acentuadamente os desequilíbrios entre os países industrializados e os países em vias desenvolvimento sendo certo que existe um caminho até Doha e uma tentativa – até ao momento não consumada – de desvio de

¹⁰⁷ Leia-se o art. 68.º do acordo TRIP's e, a título de exemplo, os artigos 70.º, números 8 e 9 (patentes de produtos farmacêuticos e de produtos químicos destinados à agricultura) e 23.º, n.º 4 (estabelecimento de um sistema multilateral de notificação e de registo de indicações geográficas relativas a vinhos).

¹⁰⁸ Em Janeiro de 1996 entrou em vigor um acordo de cooperação no domínio técnico-jurídico entre a OMC e a OMPI, e estas organizações desencadearam, desde Julho de 1998, diligências conjuntas de natureza técnica com vista a permitir que os países em vias de desenvolvimento possam dar inteiro cumprimento à aplicação do acordo TRIP's.

¹⁰⁹ O nível e o modo de protecção consagrados terão necessariamente consequências económicas. No plano comunitário espera-se que o acordo TRIP's proporcione efeitos benéficos em diversos sectores: desenvolvimento da indústria têxtil através da protecção dos desenhos e dos modelos; crescimento económico no domínio dos bens de consumo devido à protecção estabelecida para as marcas e para as indicações geográficas; incremento no campo cinematográfico e dos programas de computador causado pela tutela do direito de autor; importantes consequências positivas para a indústria química e farmacêutica perante a protecção concedida ao direito de patente. *Vide* Pedro ÁLVARES, *ob. cit.*, 244-245.

curso no após Doha (que porventura não passará de um atalho a fazer “muito ruído”, mas sem quebrar o silêncio da orientação dominante). Vejamos.

Após a entrada em vigor do acordo que criou a OMC, a primeira Conferência ministerial teve lugar em Singapura em 1996. Aí se pôs em relevo a importância das questões sociais, incluindo as laborais¹¹⁰, e as dificuldades dos países mais pobres. Conseguiu-se um compromisso com vista a uma maior liberalização no sector dos serviços (designadamente no domínio das telecomunicações e dos serviços financeiros) e criaram-se grupos de trabalho para estudar as relações entre o comércio e a concorrência (englobando as práticas anti-concorrenciais)¹¹¹ e o comércio e o investimento¹¹², bem como para estudar a transparência no campo dos mercados

¹¹⁰ As relações entre a liberalização do comércio mundial e as normas internacionais do trabalho nunca foram nem são pacíficas. A Carta de Havana continha diversas normas alusivas à cláusula social, mas o GATT de 1947 apenas continha uma referência no preâmbulo e uma disposição relativa aos produtos fabricados em prisões [art. XX, e)]. Durante as negociações do Ciclo do Uruguai não se conseguiu qualquer acordo neste domínio. Em Singapura – e após um verdadeiro confronto entre os países industrializados e os países em vias de desenvolvimento – conseguiu-se uma declaração minimalista: os membros da OMC reconhecem e dispõem-se a observar as normas fundamentais do trabalho adoptadas pela Organização Internacional do Trabalho; não usarão tais normas com finalidades proteccionistas; mas não só não se estabelece quais são essas “normas fundamentais” como não se reconhece um mecanismo que faça funcionar uma cláusula social no sistema multilateral da OMC. A propósito das questões sociais fica claro em Singapura a divergência de interesses: os países em vias de desenvolvimento não querem discutir as questões sociais, preferem que se aborde a agricultura, os serviços ou o acesso aos mercados; a União Europeia não pretende fazer concessões no domínio agrícola, mas está disposta a debater as normas sociais; os EUA são favoráveis ao debate das questões sociais, mas não querem que a OMC se intrometa nos domínios da regulamentação interna da concorrência, incluindo o ambiente.

¹¹¹ Ao contrário da Carta de Havana – que continha um capítulo relativo às práticas comerciais restritivas – não existe no acordo OMC um conjunto de regras que possam constituir um direito internacional da concorrência. Existem apenas disposições dispersas pelos diversos acordos constitutivos da OMC (*vide*, por exemplo, o artigo 8.º, n.º 2, do acordo TRIP's). A preocupação da liberalização das trocas através da OMC não encontrou um “espelho” na consagração de um direito internacional da concorrência entre empresas. Um dos domínios que interagem com o direito da concorrência é o dos direitos de propriedade intelectual [sobre isto *vide* Nancy T. GALLINI e Michael J. TREBILCOCK, “Intellectual Property Rights and Competition Policy: A Framework for the Analysis of Economic and Legal Issues”, in AAVV, *The Economics of Intellectual Property, Volume IV – Competition and International Trade*, *ob. cit.*, 24, ss.; na mesma obra, veja-se, igualmente e em especial, Richard A. EPSTEIN, “Private Property and the Public Domain: the Case of Antitrust”, 69, ss., Thomas F. COTTER, “Intellectual Property and the Essential Facilities Doctrine”, 211, ss., e Robert D. ANDERSON, “The Interface Between Competition Policy and Intellectual Property in the Context of the International Trading System”, 421, ss.]. Entendendo que um direito internacional da concorrência aplicado à propriedade intelectual poderia ter efeitos positivos para os países em vias de desenvolvimento, *vide* Paolo PICONE e Aldo LIGUSTRO, *ob. cit.*, 442. Para uma breve evolução do direito internacional da concorrência e analisando a situação actual (“Der gegenwärtige Stand der Dinge ist, daß WTO-TRIPs einige kartellrechtliche Bestimmungen enthält, ein allgemeines Wettbewerbsrecht aber noch fehlt”) *vide* WOLFGANG FIKENTSCHER, “Wettbewerbsrecht im TRIPS-Agreement der Welthandelsorganisation, Historische Anknüpfung und Entwicklungschancen”, in *GRUR Int.*, 1995, Heft 7, 529, ss.

¹¹² Está aqui em causa a relação entre o comércio e o investimento directo estrangeiro.

públicos (com vista, designadamente, a eliminar práticas discriminatórias) e desenvolver trabalhos com vista a uma facilitação do comércio.

A Conferência ministerial de Genebra, em 1998, trouxe poucos resultados. Limitou-se a uma declaração sobre o comércio electrónico mundial.

Em Seattle, em 1999, pretendia-se adoptar um programa para um novo ciclo de negociações multilaterais (*Millennium Round*) com vista a uma vasta liberalização do comércio mundial. Todavia, Seattle foi um fracasso devido à oposição entre os países industrializados e os países em vias de desenvolvimento, designadamente nos domínios da agricultura e dos serviços. No campo da propriedade intelectual, os países industrializados desejavam que os países mais pobres se empenhassem afincadamente na adequação dos seus ordenamentos jurídicos ao disposto no acordo TRIP's (esta exigência de implementação foi comum a todos os acordos da OMC), mas os países em vias de desenvolvimento procuravam uma extensão dos períodos transitórios para se conformarem com as exigências do acordo TRIP's. O insucesso de Seattle deveu-se, ainda, aos movimentos políticos e sociais alternativos, aos grupos ecológicos e às organizações não governamentais que contestavam o comércio de produtos geneticamente modificados e a liberalização dos investimentos¹¹³. Assistimos a uma vivência repentina de uma nova subjectividade política (representada numa multiplicidade diversificada de actores no cenário da economia mundial) competente para alterar a agenda social – traçando os temas para o futuro (neste caso a Conferência de Doha) – e romper com o recalçamento institucionalizado do modelo subjacente¹¹⁴.

A IV Conferência ministerial teve lugar em Doha em 2001 e traçou um programa de trabalhos bastante ambicioso que deve estar concluído em 2005 (com uma análise intermédia em 2003 em Cancun). A tentativa de mudança – colocando no centro do debate os assuntos de maior interesse para os países em vias de desenvolvimento – surge aqui em Doha com a Agenda de Doha para o Desenvolvimento¹¹⁵. Na senda de

¹¹³ Sobre isto vide Lori WALLACH, “Cinq ans d’OMC: le bilan Seattle dans son contexte”, in AA.VV, *Le Procés de la Mondialisation, ob. cit.*, 289, ss.

¹¹⁴ Sobre a subpolítica vide ULRICH BECK, “A reinvenção da política”, in AA.VV, *Modernização Reflexiva, Política, Tradição e Estética no Mundo Moderno*, Celta Editora, 2000.

¹¹⁵ Sobre a Agenda de Doha para o Desenvolvimento veja-se: WTO, *Doha Declarations*, in www.wto.org/, WTO, *The Road to Doha and Beyond – a road map for successfully concluding the doha development agenda*, in www.wto.org/, e WTO, *Annual Report 2003*, in www.wto.org/, esp. 35, ss., 46,

um comércio mundial liberal (*id est*, sem prejuízo desta finalidade), em Doha, contudo, salienta-se designadamente o seguinte: *a)* asseverar um crescimento económico sustentado para os países em vias de desenvolvimento e para os países mais pobres (ponderando os seus problemas financeiros; garantindo-lhes uma efectiva transferência de tecnologia e uma real cooperação técnica; eliminando as barreiras pautais e outros obstáculos aos produtos originários destes países, em especial dos países menos desenvolvidos); *b)* a tomada em consideração das necessidades daqueles países, nomeadamente no domínio do comércio e do investimento, do comércio e da concorrência (ou seja as práticas anticoncorrenciais, incluindo os cartéis) ou no acesso ao mercado de produtos agrícolas (sendo certo que a agricultura – os objectivos de Doha implicam uma redução ou eliminação das distorções e restrições – representa um dos temas fundamentais para todos os países membros) e não agrícolas (afastamento dos obstáculos ao comércio destes produtos sem exigência de reciprocidade aos países mais pobres); *c)* assegurar àqueles mesmos países um tratamento especial e diferenciado nos diversos sectores do comércio mundial; *d)* a transparência no domínio dos mercados públicos; *e)* integração dos países microeconómicos; *f)* facilitação do comércio, eliminando-se a burocracia na fronteira (com especial ponderação das necessidades e prioridades dos países em vias de desenvolvimento e dos países mais pobres); *g)* a protecção do ambiente¹¹⁶ (a ligação entre o comércio e o ambiente implicou a

51, 66, 86, ss. No domínio das pautas aduaneiras e do comércio de produtos industriais [com especial incidência nos países em vias de desenvolvimento e nos países menos desenvolvidos, por um lado, e nos sectores que gozam de maior protecção (pesca e produtos da pesca, peles, borracha, calçado, têxteis e vestuário, e equipamentos de transporte), por outro lado] veja-se, em especial, Marc BACCHETTA e BIJIT BORA, *Industrial Tariff Liberalization and the Doha Development Agenda*, WTO Publications, 2003.

¹¹⁶ A relação entre a liberalização das trocas e a protecção do ambiente é problemática em virtude da natureza intervencionista desta última. O GATT de 1947 não contém qualquer referência ao ambiente ou à protecção do ambiente, embora as interações entre o comércio e o ambiente comecem a ser reconhecidas em 1970 (é de realçar a conferência das Nações Unidas em Estocolmo em 1972). Todavia, o art. XX [em especial as alíneas b) e g)] do GATT de 1947 poderia englobar o ambiente a título de derrogação (sobre a interpretação desta disposição *vide Guide to GATT Law and Practice, ob. cit.*, 565, ss., 583, ss.). O acordo constitutivo da OMC não poderia olvidar o ambiente (desde logo, o preâmbulo refere-se à optimização dos recursos mundiais, ao desenvolvimento sustentável e à protecção e preservação do ambiente) que, aliás, atravessa horizontalmente os diversos acordos concluídos em Marraquexe (veja-se, por exemplo, o n.º 12 do anexo 2 do acordo agricultura; o artigo 8.º do acordo sobre as subvenções e as medidas de compensação; o artigo XIV do acordo geral sobre o comércio de serviços; o princípio constante do primeiro parágrafo do preâmbulo do acordo relativo à aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias; e o artigo 27.º, números 2 e 3 do acordo TRIP's). Por fim, em Marraquexe foi ainda adoptada uma decisão sobre o comércio e o ambiente que deu origem ao Comité para o Comércio e o Ambiente. O objectivo é a busca de interações positivas entre um sistema comercial multilateral, por

identificação de um conjunto de preocupações: a relação das regras da OMC com normas de natureza comercial incluídas em acordos multilaterais sobre o ambiente; a eliminação de obstáculos ao comércio de produtos e serviços ecológicos; a eliminação, em certos casos, de subsídios à pesca; a busca de uma solução equilibrada entre as exigências de protecção do ambiente e o acesso ao mercado; a proximidade do acordo TRIP's com a tutela do ambiente, designadamente no campo da biodiversidade; e as implicações da rotulagem ecológica no comércio livre); *h*) a segurança alimentar; *i*) a saúde pública; *j*) o desenvolvimento rural; *k*) e a dimensão social da globalização (em especial o alcance de um nível mínimo de condições de trabalho)¹¹⁷. A inserção no quadro da OMC de questões de natureza não comercial ou não económica demonstra que o proteccionismo é multiforme e que a mundialização ou a progressiva liberalização das trocas e o intervencionismo regulamentador correm de mãos dadas (*id est*, um dualismo apenas aparentemente contraditório).

No domínio da propriedade intelectual a Agenda de Doha caracteriza-se pelos seguintes elementos: consagra-se que o Conselho TRIP's deverá examinar as relações entre o acordo TRIP's e a Convenção da ONU sobre a biodiversidade [questão relacionada com a revisão do art. 27.º, n.º 3, alínea b)¹¹⁸] e encontrar mecanismos de protecção do conhecimento tradicional e do folclore¹¹⁹ (na realização destes propósitos

um lado, e a protecção do ambiente e a promoção de um desenvolvimento durável, por outro lado. Com uma posição crítica veja-se Simon RETALLACK, "Le commerce mondial et l'environnement", in AA.VV., *Le Procés de la Mondialisation*, *ob. cit.*, 313, ss.

¹¹⁷ Sobre a dimensão social da globalização veja-se, entre muitos, Philippe AGHION, Jeffrey G. WILLIAMSON, *Growth, Inequality and Globalization*, Cambridge University Press (1998); Viviane FORRESTER, *O Horror Económico*, Terramar, Lisboa (1997); Alain TOURAINÉ, *Como Sair do Liberalismo*, Terramar, Lisboa (1999); NOAM CHOMSKY, *Neoliberalismo e Ordem Global, Crítica do Lucro*, Notícias Editorial, Lisboa (1999); NOAM CHOMSKY, *Duas Horas de Lucidez*, Editorial Inquérito, Lisboa (2002); NAOMI KLEIN, *ob. cit.*

¹¹⁸ Esta disposição permite excluir da patenteabilidade as plantas, os animais e os processos essencialmente biológicos. Todavia, as variedades vegetais deverão ser protegidas quer por meio de patentes ou de um sistema *sui generis* eficaz, quer por meio de qualquer combinação dessas duas formas.

¹¹⁹ Têm sido apresentadas diversas propostas neste domínio (o grupo dos países africanos; um grupo de países constituído pelo Brasil, Cuba, Equador, Índia, Peru, Tailândia e a Venezuela; a Suíça; e a União Europeia). Existe, todavia, uma divergência de opiniões entre os países desenvolvidos (que defendem a via contratual, *id est*, o simples acordo entre os investigadores e as comunidades detentoras do conhecimento tradicional ou do material genético) e os países em vias de desenvolvimento (que desejam a consagração de um direito de propriedade intelectual, seja *sui generis*, seja mediante a adaptação de figuras existentes como as patentes ou as indicações geográficas). Sobre isto *vide*, entre outros, Hilary NWOKEABIA, "The Economics of African Indigenous Knowledge", in *IK Notes*, n.º 53, February 2003; SIDDHARTHA PRAKASH, "Towards a synergy between biodiversity and intellectual property rights", in *Journal of World Intellectual Property*, September, 1999; Michael BLAKENEY, "The Protection of

o Conselho TRIP's deve ter em conta os objectivos e os princípios estabelecidos nos artigos 7.º e 8.º – que acima referimos – e deve ponderar o nível de desenvolvimento); determina-se que os países desenvolvidos deverão fazer prova detalhada dos incentivos concedidos às empresas e instituições do seu território destinados a estimular a transferência de tecnologia para os países menos desenvolvidos, nos termos do art. 66.º, n.º 2¹²⁰; estabelece-se que a aplicação e a interpretação do acordo TRIP's (sem colocar em causa a patenteabilidade dos produtos farmacêuticos) deverão considerar as exigências da saúde pública¹²¹, e promover quer o acesso a medicamentos já existentes quer a investigação e o desenvolvimento de novos medicamentos; fixa-se que deverá ser negociado um sistema multilateral de notificação e registo das indicações geográficas relativas a vinhos e bebidas espirituosas¹²² e que o Conselho TRIP's examinará a possibilidade de as indicações geográficas relativas a outros produtos (em especial

Traditional Knowledge under Intellectual Property Law”, in *European Intellectual Property Review*, June, 2000, 251, ss.; SILKE VON LEWINSKI, “Erste Sitzung des zwischenstaatlichen Ausschusses über geistiges Eigentum und genetische Ressourcen, überliefertes Wissen und Folklore des WIPO”, Genf, 30. April – 3. Mai 2001, in *GRUR Int.*, 2001, Helf 10, 852, ss., e Peter DRAHOS, “Indigenous Knowledge, Intellectual Property and Biopiracy: Is a Global Bio-Collecting Society the Answer?”, in *European Intellectual Property Review*, June, 2000, 245, ss.

¹²⁰ Os países em vias de desenvolvimento entendem a transferência de tecnologia como “moeda de troca” por terem concordado com o acordo TRIP's e, assim, protegerem os direitos de propriedade intelectual dos países desenvolvidos.

¹²¹ Em Doha foi adoptada uma declaração sobre a relação do acordo TRIP's com a saúde pública. Aí se estabelece que o acordo TRIP's em nada impede – aliás deve ser interpretado e aplicado de modo a que permita – que os países membros adoptem medidas para proteger a saúde pública. Nestes termos, a declaração reconhece que o acordo TRIP's admite flexibilidade suficiente para os países adoptarem licenças obrigatórias, definirem as situações de emergência (sendo exemplificado com os casos de SIDA, tuberculose, malária e outras epidemias), e a liberdade de consentirem importações paralelas. O Conselho TRIP's deverá ainda encontrar mecanismos para resolver os problemas dos países que não detenham (ou seja insuficiente) indústria farmacêutica e, assim, não possam fazer uso efectivo da possibilidade de recurso às licenças obrigatórias [isto advém do art. 31.º, alínea f), do acordo TRIP's que pressupõe que o país tenha capacidade industrial para produzir o medicamento e que o destino do produto seja “predominantemente para fornecimento do mercado interno”, o que impede ou limita as exportações designadamente para os países que não tenham aquela capacidade industrial]. Por fim, a declaração estende até 2016 o prazo para os países menos desenvolvidos implementarem as disposições do acordo TRIP's em relação às patentes de produtos farmacêuticos.

¹²² No início da Conferência de Doha existiam, fundamentalmente, duas propostas: a liderada pelos EUA e a apresentada pela União Europeia. Os EUA propõem um sistema voluntário construído à semelhança de uma base de dados sem qualquer carácter vinculativo ou quaisquer efeitos jurídicos. A União Europeia pretende um sistema de registo multilateral seguindo exemplos já existentes (designadamente no acordo de Lisboa para o registo internacional das denominações de origem), que admite oposições ao registo, mas uma vez que uma indicação geográfica seja registada produzirá efeitos jurídicos vinculativos para os membros da OMC. A Hungria apresentou igualmente uma proposta muito semelhante à da União Europeia, e Hong Kong, China, recomendou uma solução de compromisso entre as propostas dos EUA e da União Europeia.

alimentares e artesanais) que não vinhos ou bebidas espirituosas poderem desfrutar do mesmo nível de protecção que estas¹²³ (na verdade, no actual TRIP's as indicações geográficas relativas a vinhos ou bebidas espirituosas gozam de um nível mais elevado de protecção – traduzido, em certas circunstâncias, na dispensabilidade da indução em erro do consumidor e da concorrência desleal – que as indicações relativas a outros produtos, por exemplo, queijos, chãs, arroz, carnes, cafés, etc.)¹²⁴.¹²⁵ Ou seja, os objectivos de Doha para a propriedade intelectual parecerem estar muito mais ao serviço dos países em vias de desenvolvimento do que dos países industrializados¹²⁶.

Por fim, a V Conferência ministerial que teve lugar em Cancun em Setembro de 2003, caracterizou-se pela ausência de acordo entre os Membros. Nesta Conferência estava em causa a análise da evolução da Agenda de Doha para o Desenvolvimento (de modo a alcançar os ambiciosos resultados estabelecidos para 2005), sendo certo, todavia, que dever-se-ia aqui concluir as negociações com vista ao estabelecimento de um sistema de notificação e registo das indicações geográficas (e em Maio de 2003 já

¹²³ A questão da extensão da protecção concedida às indicações geográficas relativas a vinhos e a bebidas espirituosas às indicações geográficas relativas a outros produtos tem gerado acedo debate: alguns países entendem que a Declaração de Doha não concede um mandato para negociar esta questão; outros defendem que um avanço das negociações nesta matéria permitiria melhores resultados no acordo relativo à agricultura. A extensão é relevante para diversos países em vias de desenvolvimento e desenvolvidos (Nigéria, Quênia, Tailândia, China, União Europeia, Sri Lanka, Suíça, Turquia, Paquistão, etc.), mas contam com a oposição dos países que tradicionalmente imitam indicações geográficas de outros Membros (EUA, Austrália, Canadá, Nova-Zelândia, etc.).

¹²⁴ Sobre as indicações geográficas na conferência de Doha *vide* CLELIA LOSAVIO, “Le Indicazioni Geografiche alla Conferenza di Doha”, in *Rivista di Diritto Agrario*, Gennaio-Marzo 2002, 76, ss.

¹²⁵ No âmbito do acordo agricultura, a União Europeia apresentou, para a Conferência de Cancun, uma proposta destinada a pôr termo à utilização por diversos Membros (por exemplo, EUA, Canadá, Austrália, etc.) de indicações geográficas originárias da União Europeia (por exemplo, Bordeaux, Cognac, Champagne, Rioja, Jerez, Madeira, Porto, Tokaj, Gorgonzola, Grana Padano, Parmigiano Reggiano, Queijo São Jorge, Roquefort, etc.). A União Europeia pretendia que esta proposta funcionasse como “moeda de troca” nas negociações agrícolas com os EUA e constituiria um incentivo para os países em vias de desenvolvimento protegerem as suas próprias indicações geográficas (por exemplo, o chá Darjeeling da Índia, o café Antigua da Guatemala, o azeite Argan de Marrocos, etc.). Os EUA entendem que a concretização desta proposta representaria uma barreira comercial artificial. Para a União Europeia a eliminação das imitações é uma questão de garantir o acesso ao mercado dos produtos genuínos, proteger os consumidores contra as induções em erro, assegurar uma concorrência leal e contribuir para uma informação qualitativa verdadeira. No domínio das indicações geográficas a estratégia da União Europeia para Cancun era acabar, no âmbito das negociações agrícolas, com as usurpações do passado e as propostas no domínio do acordo TRIP's representariam a tutela daquele direito de propriedade intelectual para o futuro.

¹²⁶ Todavia, países economicamente poderosos como a Austrália ou o Brasil têm fortes interesses na protecção do conhecimento tradicional e os objectivos no campo das indicações geográficas vão muito mais ao encontro das necessidades da União Europeia – muito mais organizada neste domínio – do que dos países em vias de desenvolvimento que têm ainda um longo “caminho a percorrer”.

deveriam ter sido concluídas as negociações com vista a aperfeiçoar e clarificar o sistema de resolução de diferendos). Estavam igualmente em cima da mesa as “questões de Singapura”: investimento, concorrência, transparência no domínio dos mercados públicos e facilitação do comércio.

A Conferência terminou sem consenso, mesmo em relação às questões que deveriam ter sido concluídas nesta data (por exemplo, o citado sistema de registo das indicações geográficas). Os países Membros continuaram “presos” aos assuntos de “Singapura” e não evoluíram na Agenda de Doha para o Desenvolvimento. É certo que poucos meses antes da Conferência tinha havido acordo em relação à extensão do tratamento especial e diferenciado para os países em vias de desenvolvimento e garantiu-se a possibilidade de acesso por parte dos países pobres a medicamentos essenciais¹²⁷, mas os resultados na Conferência foram nulos¹²⁸.

No final da Conferência argumentou-se que se a Agenda de Doha para o Desenvolvimento falhar os perdedores são os países pobres. Todavia, durante a

¹²⁷ A decisão de 30 de Agosto de 2003 permite aos países pobres importarem medicamentos genéricos produzidos com base em licenças obrigatórias no caso desses países não deterem capacidade industrial para eles próprios produzirem os medicamentos em causa. Esta decisão enquadra-se no âmbito da Agenda de Doha para o Desenvolvimento, em especial no quadro da declaração relativa à relação do acordo TRIP's com a saúde pública, que acima referimos. Apesar dos interesses comerciais em causa – que geraram aceso debate e delimitaram, em alguma medida, os contornos desta decisão – as razões humanitárias não foram descuradas. Trata-se de uma derrogação ao artigo 31.º, alínea f) do acordo TRIP's – derrogação que manter-se-á até que esta disposição seja alterada – na medida em que esta norma determina que a produção com base em licenças obrigatórias deve destinar-se predominantemente ao fornecimento do mercado interno e, por isso, limitava as possibilidades dos países que não conseguem produzir os medicamentos de os importar. A decisão ao permitir que países que produzam, com base numa licença obrigatória, medicamentos patenteados os exportem para outros países, poderia – na opinião de alguns – gerar abusos e colocar em causa a protecção concedida às patentes. Todavia, a decisão pretende responder aos problemas de saúde pública e não tem objectivos comerciais ou industriais; por outro lado, alguns países desenvolvidos declaram que não usarão esta permissão para importar produtos e diversos países pobres assumiram o compromisso de só usarem este sistema em casos de emergência ou de situações de extrema urgência. Apesar das razões humanitárias e de saúde pública, bem como desta decisão se enquadrar no âmbito da promoção da transferência de tecnologia para os países pobres no sector farmacêutico, a citada decisão está rodeada de um conjunto de cautelas bastante severas, designadamente: notificações ao Conselho TRIP's; determinação das quantidades a serem exportadas; meios de prova de como o país importador não têm capacidade para produzir (presumindo-se que os países menos desenvolvidos não detêm tal capacidade); os produtos exportados ao abrigo desta decisão deverão ter uma rotulagem especial ou marcas diferenciadoras (ainda que implique um aumento de preço, desde que não muito significativo) que serão claramente publicitadas; serão tomadas medidas para prevenir a reexportação dos produtos importados ao abrigo do presente sistema; os países membros deverão estar dotados de meios legais adequados para prevenir e sancionar as violações das regras desta decisão. E, sublinhe-se, esta decisão pode resolver apenas uma pequena parte das dificuldades do sistema de saúde dos países em vias de desenvolvimento.

¹²⁸ A negociação era particularmente importante para a União Europeia que muito investiu nesta Conferência.

Conferência defendeu-se, no alegado interesse dos países em vias de desenvolvimento, que o crescimento económico mundial e o desenvolvimento (que está no centro da “*Doha Development Agenda*”) só seriam alcançáveis num quadro de abertura dos mercados (dos produtos industriais, dos serviços e dos produtos agrícolas). Na realidade, os perdedores serão, por certo, os países industrializados na medida em que são estes os principais beneficiários do sistema económico mundial actual. O “Sul”, se permanecer solidário, fará depender o avanço das negociações no quadro da OMC do dossier agrícola.

Em Cancun os países em vias de desenvolvimento [liderados pela Índia, China¹²⁹, Brasil e África do Sul (o designado Grupo dos 22) e com o apoio de 90 países pobres (fundamentalmente africanos e asiáticos)] entenderam que o caminho do liberalismo económico não é suficiente, e exigiram progressos concretos, quantificados e calendarizados na Agenda de Doha para o Desenvolvimento. Os referidos países compareceram na Conferência bem preparados, organizados (além do “G22”, outros grupos mostraram-se activos: o grupo ACP, a União Africana, os países mais pobres e o “G33”), coordenados e com posições firmes (no domínio do algodão os produtores africanos foram consistentes em solicitar que os países do Norte pusessem fim às ajudas que concediam aos seus produtores¹³⁰). Seja uma “organização medieval”, como referiu o comissário europeu Pascal Lamy, ou um “Conselho de Segurança com apenas dois membros, os Estados Unidos e a Europa”, como disse o representante do Líbano, a

¹²⁹ A inserção da China no comércio internacional provocou uma alteração “nas regras do jogo”, tornando obsoletos certos equilíbrios na OMC (que se tornou, desde o Ciclo do Uruguai, multipolar). Esta será, porventura, uma das razões para o insucesso de Cancun. Na verdade, a actual composição da OMC gera um sistema de geometria variável a diversas velocidades, consoante o país em causa. A relevância dos países em vias de desenvolvimento, principalmente quando se unem em torno de um projecto comum (como aconteceu no domínio agrícola com uma aliança liderada pelo Brasil, Índia e China), é uma realidade incontornável em que a capacidade de influência da União Europeia e dos EUA tende a diminuir num quadro em que dois terços dos membros da OMC são países em vias de desenvolvimento. Por outro lado, refira-se que o volume, o valor e a estrutura do comércio mundial se alterou profundamente nas duas últimas décadas: em primeiro lugar, os produtos que utilizam alta tecnologia adquiriram uma crescente relevância económica em relação aos produtos primários; em segundo lugar, verificou-se um aumento significativo do comércio intra-regional na América Latina e, em especial, nos países em vias de desenvolvimento da Ásia; por fim, a estrutura do comércio mundial tem-se modificado devido ao peso crescente dos países em vias de desenvolvimento (sublinhando-se o relevo de países como a China, incluindo Hong Kong e Taipé, Singapura e a República da Coreia). Sobre isto *vide* Marc BACCHETTA e BIJIT BORA, *ob. cit.*

¹³⁰ E estamos-nos a referir a um grupo de países africanos muito pobres, por exemplo, Benim, Burkina Faso, Mali e Chade.

verdade é que a OMC afastou-se – nesta Conferência – dos objectivos de Doha e a gradual liberalização do comércio dos produtos agrícolas continua a ser o seu “calcanhar de Aquiles”¹³¹. Não será, porventura, um “Alto” à OMC e ao multilateralismo (nem tão pouco representará uma viragem para tendências proteccionistas), mas será interessante analisar os trabalhos a desenvolver pelo “G-22” com vista a uma integração regional entre os países menos desenvolvidos (essencialmente africanos) e as economias em transição, estabelecendo alianças entre si para aumentar o tráfico comercial “Sul-Sul”¹³².

As exigências de Doha, *id est*, os objectivos e prazos a cumprir, impõem, muito provavelmente, a observância do seguinte provérbio japonês: “*De temps en temps, si tu es pressé, fait un petit détour*”. Eventualmente estaremos ante uma modesta lição do “retorno da incerteza”, nas palavras de Ulrich Beck¹³³.

11. Conclusão: a “exportação” de um modelo – consequências económicas.

“Gatt está en la puerta, la entrada y la salida, el comienzo y el final y cuantas cosas más puede significar, según la historia de la civilización. Sólo un significado no sería aceptable: el que la asocie con una situación sin salida”

Erik NEUTSCH, *En busca de Gatt*, tradução de Francisco Diaz Solar, La Habana (1990), 373.

Se o GATT almejava ser um sistema comercial multilateral, a OMC é a tela institucional e jurídica da mundialização. Porventura este quadro necessita de restauro, englobando novos problemas ou abordando-os mais profundamente (o ambiente, a concorrência, o investimento, as questões laborais, etc.), reconhecendo a crescente valia dos países em vias de desenvolvimento e relançando um novo olhar sobre os blocos

¹³¹ Tudo indica que a agricultura foi a causa do insucesso de Cancun (o “G22” opôs-se à iniciativa negociada em meados de Agosto de 2003 entre a União Europeia e os EUA). Por outro lado, os EUA não quiseram assumir qualquer compromisso que implicasse alterações ao seu sistema de apoio interno à agricultura em virtude de estarem a um ano das eleições presidenciais (e, verosimilmente, só depois destas eleições será possível o reinício das negociações).

¹³² Provavelmente não teremos oportunidade de assistir ao desenvolvimento desta estratégia porque – no momento em que estamos a escrever (finais de Outubro de 2003) – o “G22” já está a desintegrar-se devido a pressões dos EUA.

¹³³ *Ob. cit.*, 8.

regionais. Mas o paradigma – ainda que com diferentes contornos, como a história já nos ensinou – parece que nunca se perdeu¹³⁴. Questão diferente é transformar esse modelo – que nem sempre o foi para todos – num “fato apertado” que a todos tem de servir, com inevitáveis consequências económicas.

Se o acordo TRIP's (que introduziu a propriedade intelectual no sistema de comércio multilateral – as ideias e o conhecimento representam uma fatia crescente do comércio¹³⁵) correspondeu à vontade dos países industrializados¹³⁶ que o impuseram (num fórum comercial em que tudo se troca com tudo¹³⁷, designadamente usando a barganha das transferências de tecnologia) aos países em vias de desenvolvimento (desenhando um conjunto de regras que garantem uma tutela e aplicação efectiva em todo o mundo), logo após a conclusão deste acordo havia vontade de ir mais longe, designadamente no campo das patentes de produtos farmacêuticos e biotecnológicos e na proibição de importações paralelas. Todavia, assistimos, no *interim*, a uma inversão de estratégia. Os países industrializados apenas desejavam que os países em vias de desenvolvimento dessem integral cumprimento ao já acordado durante o Ciclo do Uruguai¹³⁸ sem mais negociações (que implicam sempre concessões), ou seja, fazendo

¹³⁴ Sobre o triunfo do pensamento único veja-se Serge LATOUCHE, “La Mondialisation Démystifiée”, in AA.VV, *Le Procés de la Mondialisation*, *ob. cit.*, 17, ss. Em relação às vantagens da liberalização do comércio mundial *vide* Marc BACCHETTA e MARION JANSEN, *Adjusting to Trade Liberalization – the role of policy, institutions and WTO disciplines*, WTO Publications, Abril de 2003, in www.wto.org.

¹³⁵ Os filmes, a música, os livros, os programas de computador, os serviços *on-line*, etc. são comprados e vendidos devido à informação e criatividade que encerram. Muitos outros produtos, como vestuário, calçado ou produtos alimentares, compreendem desenhos, modelos, marcas ou indicações geográficas.

¹³⁶ Hanns ULLRICH, *ob. cit.*, 131, aponta como um dos motivos para a inclusão da propriedade intelectual no sistema de comércio multilateral, a determinação dos EUA (este país entendia que a ausência de protecção da propriedade intelectual em diversos países era uma das causas para a diminuição da sua competitividade internacional). Sobre o conflito de interesses entre os países industrializados e os países em vias desenvolvimento a propósito dos diversos direitos de propriedade intelectual *vide* Ana María PACÓN, “Was bringt TRIPS den Entwicklungsländern?”, in *GRUR Int*, 1995, Heft 11, 875, ss.

¹³⁷ *Vide* ULLRICH JOOS e RAINER MOUFANG, *ob. cit.*, 25 e 35 onde o autor dá o exemplo de como para obter vantagens comerciais no domínio dos frutos tropicais um país em vias de desenvolvimento pode aceitar obrigações no campo da propriedade intelectual que, caso contrário, nunca acederia. Friedrich KRETSCHMER, “The Present Position of the US, Japanese and European Industry”, in *IIC Studies*, *ob. cit.*, 96, é muito expressivo: “In WIPO we discuss industrial intellectual property and nothing but that. GATT means that the problems are seen and negotiated in a wider context, the context of trade policy. (...) this allows trade-offs, combined solutions or frankly-speaking package deals which are impossible in WIPO”.

¹³⁸ Sobre o cumprimento do acordo TRIP's nos países da América do Sul *vide* Ana María PACÓN, “TRIPS und die Durchsetzung von Schutzrechten: südamerikanische Erfahrungen”, in *GRUR Int.*, 1999, Heft 12, 1004, ss.

funcionar os mecanismos da OMC de garantia de aplicação dos acordos assinados em Marraquexe¹³⁹. Estes desígnios cumpriram-se no *post* Ciclo do Uruguai, como vimos.

O acordo TRIP's pretende dar cumprimento a uma concepção económica da propriedade intelectual (garantir mercados abertos e proteger os produtos nacionais no estrangeiro)¹⁴⁰. Ou seja, é um acordo funcionalizado (é de sublinhar que durante as negociações do Ciclo do Uruguai as indústrias europeia, japonesa e norte-americana¹⁴¹ – rivais entre si – concordavam, na substância, com o projecto de acordo para a propriedade intelectual), proteccionista (a tutela da propriedade intelectual não é um objectivo em si mesmo, mas para proteger algumas economias principalmente face aos novos países em vias de industrialização – e não face, verdadeiramente, aos países em vias de desenvolvimento – da Ásia e da América Latina) e profusamente merceológico-mercável ou "*trade-off*". Este último elemento significa que estamos perante uma negociação por pacotes, mas num quadro de desequilíbrio de poderes entre os negociadores: se o acordo TRIP's foi aceite por muitos países (em especial os em vias de desenvolvimento) em troca de concessões no domínio da agricultura, a verdade é que os benefícios que os países industrializados retiram do TRIP's são muito superiores aos que os países em vias de desenvolvimento extraem do acordo sobre a agricultura (num quadro crescente de subordinação da agricultura à propriedade intelectual, o que não deixa de ser irónico).

A concepção da propriedade intelectual como medida comercial ("*trade measure*") não é propriamente nova. No seio da União Europeia a propriedade intelectual é muitas vezes observada como um obstáculo à liberdade de circulação das mercadorias [as medidas nacionais no sector da propriedade intelectual são relevantes para a realização do mercado comum (*vide* os artigos 28.º e 30.º do Tratado de Roma e a vasta jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sobre este tema)]. Por

¹³⁹ Sobre isto *vide* SIGRID DÖRMER, *ob. cit.*, 920, ss.

¹⁴⁰ Este acentuar da vertente económica da propriedade intelectual parece ter "esquecido" que a mesma assenta num equilíbrio entre interesses privados e objectivos públicos. O acordo TRIP's não se preocupou com os limites ao exercício dos direitos de propriedade intelectual, designadamente com a doutrina do esgotamento ou com o estabelecimento de um direito internacional da concorrência (e rodeou as licenças obrigatórias de múltiplas cautelas).

¹⁴¹ Importa sublinhar que muita desta indústria (activa durante as negociações do Ciclo do Uruguai) goza de subsídios públicos destinados à investigação e ao desenvolvimento o que coloca o problema da relação da propriedade intelectual com o direito da concorrência.

outro lado, não é apenas o conteúdo “positivo” da propriedade intelectual que pode influir no comércio internacional (ou constituir uma barreira ao comércio), mas também a ausência ou a deficiente tutela concedida no plano nacional à propriedade intelectual que pode prejudicar o comércio internacional¹⁴² (esta é a preocupação dominante no acordo TRIP's¹⁴³ enquanto que a primeira poderá cair na alçada do acordo relativo aos obstáculos técnicos ao comércio¹⁴⁴).

A “exportação” do modelo económico-jurídico subjacente ao acordo TRIP's (imposição que não foi possível no quadro da OMPI, mas apenas na arena negocial da OMC) é, todavia, direccionado. Os destinatários não são os países industrializados (estes são os emissores do arquétipo, do seu arquétipo, que se situa – em termos de nível de tutela – acima do consagrado nas Convenções de Paris ou de Berna), mas também não são todos os países em vias de desenvolvimento (muitos destes países não gozam de capacidade económica para preocupar os países desenvolvidos no que respeita à tutela da propriedade intelectual), embora, sublinhe-se, todos sejam afectados. Parece-nos que Hanns Ullrich tem razão: o acordo TRIP's dirige-se aos novos países em vias de industrialização¹⁴⁵ que dispõem de capacidade de exportação, desde logo no campo dos

¹⁴² E esta falta ou deficiente protecção da propriedade intelectual pode ter como “pena” “*trade measures*”!

¹⁴³ O objectivo de elevação da tutela concedida à propriedade intelectual ao nível do estabelecido nos países industrializados, como os EUA ou a União Europeia, pretendeu garantir uma concorrência leal (na argumentação daqueles países) entre todos os membros da OMC. Só que nem todos os membros são iguais, nem todos têm o mesmo nível de desenvolvimento económico, as mesmas necessidades e estruturas. Por outro lado, e como nos diz Hanns ULLRICH, *ob. cit.*, 133-134, os países procurarão medidas alternativas para satisfazer as suas necessidades, ficando prejudicada a lealdade da concorrência, recorrendo, designadamente, a subsídios de natureza pública no domínio da investigação e do desenvolvimento.

¹⁴⁴ A imposição de um modelo de propriedade intelectual que corresponde a uma certa concepção económica, poderá aumentar os litígios – com recurso ao acordo relativo aos obstáculos técnicos ao comércio – sempre que um país se “desvie” do modelo (por exemplo, elevando o nível de protecção de certos direitos de propriedade intelectual, reconhecendo novos direitos exclusivos ou simplesmente sendo mais exigente nos conceitos de novidade, notoriedade, etc.) em virtude das suas tradições, da sua cultura, do seu sistema jurídico. Sempre que estes “desvios” provoquem efeitos negativos no comércio internacional, a concepção económica da propriedade intelectual ao serviço do comércio livre legitima o recurso ao citado acordo sobre os obstáculos técnicos ao comércio. Ora, é esta concepção da propriedade intelectual que é nova. As convenções internacionais de Paris e de Berna assentam no princípio do tratamento nacional e num conteúdo mínimo de tutela, deixando liberdade de conformação aos Estados membros, permitindo-lhes o respeito das suas tradições, da sua cultura e do seu sistema jurídico. Nas palavras de Hanns ULLRICH, *ob. cit.*, 138, “This approach largely saves the sovereign determination by Contracting States on the protection to be granted on their national territory”.

¹⁴⁵ *Ob. cit.*, 149, ss. O mesmo autor, num outro local (“Technologieschutz nach TRIPS: Prinzipien und Probleme”, in *GRUR Int.*, 1995, Heft 8/9, 623, ss.) escreve: “Das Abkommen über die handelsbezogenen Aspekte des geistigen Eigentums ist das Ergebnis eines mit handelspolitischen Mitteln geführten

produtos que incorporam alta tecnologia, e detêm um mercado interno nada despidendo para os países industrializados. E não está aqui apenas em causa a luta contra a contrafacção ou pirataria, mas também a elevação do nível de tutela da propriedade intelectual (por exemplo no campo das patentes) às exigências dos países industrializados. Ou seja, repetem-se os objectivos proteccionistas.

O acordo TRIP's não é apenas concebido em termos económicos ou ao serviço de interesses económicos, mas – e por causa disso – gera consequências económicas relevantes para os “adoptantes” do seu modelo¹⁴⁶. Na verdade, o nível de tutela da propriedade intelectual está intimamente relacionado com o desenvolvimento económico do país (salvo os casos de influência colonial) e a sua maior abertura ao comércio internacional. Era desejável que a imposição do acordo TRIP's gerasse efeitos positivos (incentivasse a transferência de tecnologia e promovesse o desenvolvimento económico), mas, pelo menos no curto prazo, gera custos e efeitos negativos para os países em vias de desenvolvimento¹⁴⁷. A globalização da protecção da propriedade intelectual, nos termos em que analisámos, parece funcionar de modo desfavorável para aqueles países¹⁴⁸. A Índia, por exemplo, está obrigada (“developing countries had to be disciplined”¹⁴⁹), nos termos do acordo TRIP's, a admitir – o mais tardar a partir de 2005 – patentes de produtos farmacêuticos (o que não é exigido pelo *Indian Patent Act* de 1970¹⁵⁰). A alteração da sua lei irá provocar, na opinião de alguns, uma subida dos

Machtkampfes, in dem die Industrieländer die Bedingungen ihres Wettbewerbs untereinander und mit künftigen Wirtschaftsrivalen entsprechend ihren Stärken festgelegt haben”. *Vide*, igualmente, Peter DRAHOS with John BRAITHWAITE, *ob. cit.*, 61, ss.

¹⁴⁶ *Vide* Michael BLAKENEY, *ob. cit.*, 149, ss.

¹⁴⁷ Sobre isto *vide* THE WORLD BANK, *Global Economic Prospects and the Developing Countries*, 2002, in www.worldbank.org/, e COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, 2002, in www.iprcommission.org/.

¹⁴⁸ *Vide* Carlos A. PRIMO BRAGA, CARSTEN FINK, e Claudia PAZ SEPULVEDA, *Intellectual Property Rights and Economic Development*, World Bank Discussion Paper n. ° 412, March 2000, in www.worldbank.org/, e Carlos A. PRIMO BRAGA, “The Economics of Intellectual Property Rights and the GATT: A View From the South”, in AA.VV, *The Economics of Intellectual Property, Volume IV – Competition and International Trade*, *ob. cit.*, 399, ss.

¹⁴⁹ Peter DRAHOS with John BRAITHWAITE, *ob. cit.*, 68. Sobre os efeitos nos países em vias de desenvolvimento do acordo TRIP's, *vide*, igualmente, J. H. REICHMAN, “From Free Riders to Fair Followers: Global Competition Under the TRIPS Agreement”, in AA.VV, *The Economics of Intellectual Property, Volume IV – Competition and International Trade*, *ob. cit.*, 445, ss. Sobre o regime jurídico das patentes na Índia após o acordo TRIP's veja-se SIGRID DÖRMER, *ob. cit.*, 925, ss.

¹⁵⁰ Com este Act foi abolido o sistema de protecção das patentes de produtos farmacêuticos, herdado da lei colonial britânica, e teve efeitos muito positivos no desenvolvimento interno da indústria farmacêutica

preços dos citados produtos e um domínio do mercado interno por parte das multinacionais farmacêuticas em prejuízo da produção interna (estamos perante uma alteração das “regras do jogo” imposta pelas multinacionais, neste caso farmacêuticas, que se querem assegurar do controlo dos mercados, dos países e do conhecimento global), sem necessariamente provocar efeitos positivos no bem-estar da população e no investimento em investigação e desenvolvimento¹⁵¹. Nagesh Kumar¹⁵² sublinha que o investimento directo estrangeiro e a actividade de investigação e desenvolvimento nos países em vias de desenvolvimento não dependem do nível de tutela da propriedade intelectual¹⁵³.

A funcionalização da propriedade intelectual na OMC não é verdadeiramente qualificável ou demarcável do ponto de vista das fronteiras nacionais. Apesar do acordo TRIP's traduzir a vontade de alguns países, a autonomia desta vontade não é nacional ou patriótica, mas transnacional ou apátrida. O “fato” do acordo TRIP's não tem as cores de uma nação ou as medidas dos interesses de uma população, mas o formato e o tamanho do metanacional capitalismo intelectual (que não se limita aos direitos de

que adquiriu progressivamente uma maior quota de mercado em relação às multinacionais. Todavia, o reverso da medalha foi o pouco investimento em investigação e desenvolvimento.

¹⁵¹ Veja-se CARSTEN FINK, *How Stronger Patent Protection in India Might Affect the Behavior of Transnational Pharmaceutical Industries*, The World Bank, Development Research Group, in www.worldbank.org/. Sobre os efeitos negativos em países como a Índia, o Brasil ou a África do Sul do acordo TRIP's, em especial do reconhecimento de patentes de produtos farmacêuticos, leia-se Peter DRAHOS with John BRAITHWAITE, *ob. cit.*, 5, ss., 146 (aqui os autores sublinham que a Índia foi o último país a se “render” ao acordo TRIP's).

¹⁵² *Ob. cit.*, 34, ss.

¹⁵³ Como refere o autor “it has been argued that a poor intellectual property regime tends to adversely affect the investment climate and hence the probably of multinational enterprises investments” (*ob. cit.*, 14) e que um sistema forte de tutela poderá facilitar o recurso a licenças de direitos de propriedade intelectual. Contudo, o autor conclui que o investimento directo estrangeiro por parte de multinacionais não depende do regime de protecção da propriedade intelectual, mas de outros factores. Chega à mesma conclusão no que respeita à relação entre a propriedade intelectual e a actividade de investigação e desenvolvimento (156, ss.) – as multinacionais constroem as suas tecnologias de “ponta” nos seus países de origem; nos países em vias de desenvolvimento ponderam o custo da mão-de-obra e a sua qualificação. E o autor termina (177): “Hence there does not seem to be any empirical basis for the presumption of the Uruguay Round Negotiations that stronger patent regimes improve the investment climate in the host countries and will, therefore, encourage foreign direct investment inflows”. Mas outros concluem que, embora “Diese Linie ist indes nicht unumstritten”, (...) “Die binnenwirtschaftlichen Voraussetzungen für Wachstum und Entwiklung sollten sich in den Entwiklungsländern in Zukunft dadurch verbessern, nicht verschlechtern” – Hanns GÜNTHER HILPERT, “TRIPS und das Interesse der Entwicklungsländer am Schutz von Immaterialgüterrechten in ökonomischer Sicht”, in *GRUR Int.*, 1998, Heft 2, 91, ss. Ainda sobre o acordo TRIP's, em especial a disciplina das patentes, e os países em vias de desenvolvimento, vide Peter ROTT, *ob. cit.*, 107, ss.

propriedade intelectual)¹⁵⁴ vaticínio de uma economia intangível¹⁵⁵. Esta compreensão neo-realista das relações comerciais multilaterais actuais [longe das concepções liberais (em que as opções dos Estados correspondem à lógica dos mercados) e do modelo realista (que acentua o poder político-militar dos Estados) e colocando o acento tónico na quebra da hegemonia dos Estados] põe em causa a dominância de um único actor ou mesmo de dois (EUA e União Europeia). Uma OMC com o número de membros que detém e com o jogo das coligações que permite (e que vimos funcionar em Cancun) põe a nu o poder de outros agentes. Na verdade, o controlo e a apropriação – através dos mecanismos da propriedade intelectual – do conhecimento e da informação (elementos caracterizadores da nossa sociedade) por parte de empresas multinacionais têm incrementado de forma acentuada¹⁵⁶. Os elementos ou activos imateriais (direito de autor, patentes, marcas, segredos industriais, etc.¹⁵⁷) destas empresas representam mais que o seu património físico. A importância económica crescente destas coisas imateriais – que potenciam monopólios e lucros – exigiu uma tutela da mesma dimensão (em termos de intensidade e extensão¹⁵⁸). Chegamos ao acordo TRIP's: representa o ponto de chegada de um processo de privatização ou “reciclagem” de informação e conhecimentos que deveriam pertencer (ou pertenciam) ao domínio público (ou que até foram gerados com dinheiros públicos).

Este capitalismo intelectual não quer fronteiras para se expandir (designadamente barreiras não pautais ou carência de um sistema eficaz de protecção da propriedade intelectual), mas quer fronteiras para se proteger (cf. o que dissemos sobre o

¹⁵⁴ Sobre o capitalismo intelectual *vide* OVE GRANSTRAND, *ob. cit.*, esp. 322, ss. Peter DRAHOS with John BRAITHWAITE, *ob. cit.*, 65, ss., fornecem-nos o exemplo esclarecedor da multinacional Pfizer.

¹⁵⁵ AA.VV., *Intangible Assets, Values, Measures, and Risks*, Edited by John HAND and BARUCH LEV, *ob. cit.*

¹⁵⁶ Sobre o governo planetário das transnacionais *vide* Tony CLARKE, “L’hégémonie des transnationales et ses mécanismes”, in AA.VV., *Le Procés de la Mondialisation*, *ob. cit.*, 133, ss.

¹⁵⁷ Leonard NAKAMURA, “A Trillion Dollars a Year in Intangible Investment and the New Economy”, in AA.VV., *Intangible Assets, Values, Measures, and Risks*, *ob. cit.*, 19, ss., fornece-nos os exemplos de Harry Potter e Windows2000 no domínio do direito de autor, e Viagra e Mach3 no campo das patentes. Em relação ao valor das marcas (ponderando, designadamente, o facto de gerarem barreiras comerciais, permitirem economias de escala e contribuir para o aumento da quota de mercado) veja-se, CHANDRAKANTH SEETHAMRAJU, “The Value of Trademarks”, in AA.VV., *Intangible Assets, Values, Measures, and Risks*, *ob. cit.*, 228, ss.

¹⁵⁸ Sobre as tendências excessivamente proteccionistas, monopolistas ou exclusivistas nos diversos sectores da propriedade intelectual, *vide* Gustavo GHIDINI, *ob. cit.*, 774, ss., que na página 777 escreve: “(...) einer offensichtlich abnormen Ausdehnung der Reichweite der durch die Ausschließlichkeitsrechte gewährten Monopole führen”.

esgotamento dos direitos de propriedade intelectual) e incentivos nacionais para o investimento e para a investigação e desenvolvimento¹⁵⁹. Ou seja, diversos mecanismos proteccionistas (na verdade, a nova ordem liberal *apenas* mudou a natureza e o tipo de restrição) – e apenas nos temos dedicado à propriedade intelectual. Os direitos de propriedade intelectual, *per se*, não geram excessos de proteccionismo, mas a globalização dos sistemas de tutela da propriedade intelectual e a sua intensificação (estrategicamente situada) permitiram que um pequeno número de multinacionais acumule e redistribua (com controlo da oferta e do preço) os direitos de propriedade¹⁶⁰ sem a mediação (ou, pelo menos, com menor capacidade de intervenção) do Estado (“large companies own more intellectual property than at any point in human history, in areas such as agriculture, plants and food, financial methods of doing business and on the algorithms that drive the digital revolution”¹⁶¹) controlando, assim, a informação¹⁶², *id est*, promovendo monopólios (do tamanho do mundo), nomeadamente na biotecnologia e na tecnologia digital, que, por sua vez, fomentam a construção de cartéis (os privilégios nacionais globalizados e titulados por multinacionais permitem os privilegiados cartéis internacionais que partilham entre si o cosmos).

Mas poderá este modelo proteccionista (monopolista) sem fronteiras do capitalismo intelectual num quadro de liberalização crescente do comércio mundial, contribuir para o desenvolvimento tecnológico, para a expansão económica e para o bem-estar social? A evolução histórica dos direitos de propriedade intelectual (em especial das patentes) não nos garante uma resposta segura (embora, desde a década de 80 que não se pode

¹⁵⁹ Em relação aos proteccionismos públicos das multinacionais veja-se Jean-Philippe JOSEPH, “Vivendi, anatomie de la pieuvre”, in AA.VV, *Le Procés de la Mondialisation*, *ob. cit.*, 189, ss.

¹⁶⁰ Estamos perante um proteccionismo muito mais eficaz que o proteccionismo tradicional. Peter DRAHOS with John BRAITHWAITE, *ob. cit.*, 87, dizem-nos o seguinte: “Old protectionism was about keeping your rival’s goods out of your domestic market. New protectionism in the knowledge economy was about securing a monopoly privilege in an intangible asset and keeping your rival out of the world markets. But that meant persuading your rival to play rules recognizing your “right” to the asset”.

¹⁶¹ Peter DRAHOS with John BRAITHWAITE, *ob. cit.*, 9.

¹⁶² Sobre o controlo (*versus* liberdade) da informação, da criatividade e da inovação, em especial na Internet, *vide* Lawrence LESSIG, *The Future of Ideas, The Fate of the Commons in a Connected World*, Random House, New York (2001). O autor é muito claro: “We fight battles in the name of free speech, only to have those tools turned over to the arsenal of those who would control speech. We defend the ideal of property and then forget its limits, and extend its reach to a space none of our Founders would ever have imagined. We move through this moment of an architecture of innovation to, once again, embrace an architecture of control...”, 267-268.

ignorar o impacto da propriedade intelectual no desenvolvimento económico)¹⁶³. O desejável equilíbrio de interesses no seio da propriedade intelectual (a prudência entre apropriação ou domínio privado e difusão ou domínio público) estará distorcido em virtude da progressivamente liberalizada economia de mercado dominada pelas empresas multinacionais [multi-merceológicas e multi-proteccionistas (designadamente quando conjugam os diversos instrumentos da propriedade intelectual)], tendo-se esquecido (ou inelutavelmente enfraquecido) os interesses do Estado-nação? Ou, independentemente do evolutivo liberalismo multilateral, o desenvolvimento da economia intangível (na economia industrial a riqueza derivava do capital e do trabalho, na economia actual a conquista da riqueza exige o controlo dos elementos imateriais¹⁶⁴) terá provocado a globalização de uma *esforçada*¹⁶⁵ propriedade intelectual [com monopólios fortes, profundos e longos, por exemplo das patentes biotecnológicas¹⁶⁶ (que engloba a alimentação, a saúde, a reprodução e o ambiente) ou do direito de autor, em termos de prejudicar a concorrência, o acesso ao conhecimento ou o desenvolvimento económico (incluindo o agrícola¹⁶⁷), científico (em especial no campo médico e farmacêutico) e cultural]?

Porto, Dezembro de 2003.

¹⁶³ OVE GRANSTRAND, *ob. cit.*, 41, ss.

¹⁶⁴ Peter DRAHOS with John BRAITHWAITE, *ob. cit.*, 198.

¹⁶⁵ Peter DRAHOS with John BRAITHWAITE, *ob. cit.*, 190, ss., concluem que o acordo TRIP's só foi possível (designadamente com a sua imposição aos países em vias de desenvolvimento) na medida em que se verificaram três condições: nem todos os interesses que dominaram as negociações da propriedade intelectual eram evidentes; muitos dos países desconheciam as consequências das normas jurídicas que estavam a ser preparadas; alguns países foram “coagidos” a aderir ao modelo proposto.

¹⁶⁶ A partir da década de 80 assistiu-se a um crescimento significativo de patentes nos domínios da engenharia genética, da biologia molecular e da microbiologia.

¹⁶⁷ Os países em vias de desenvolvimento além do preço que terão de pagar para terem acesso à informação monopolizada (por exemplo, no campo das variedades vegetais) terão ainda de ficar dependentes das decisões estratégicas dos titulares dos direitos de propriedade intelectual. Sobre as consequências do acordo TRIP's para a biodiversidade e a falta de tutela do conhecimento tradicional ou indígena (permissiva da biopirataria) *vide* VANDANA SHIVA, “L'OMC et l'agriculture du Tiers Monde”, in AA.VV, *Le Procés de la Mondialisation*, *ob. cit.*, 335, ss.