

Versão corrigida em maio de 2012. A versão original, em formato eletrônico (PDF), encontra-se disponível na CPG da Unidade.

FABÍOLA WÜST ZIBETTI

**RELAÇÃO ENTRE NORMALIZAÇÃO TÉCNICA E PROPRIEDADE
INTELECTUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO DO COMÉRCIO
INTERNACIONAL**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Associado Doutor Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo

2012

FABÍOLA WÜST ZIBETTI

**RELAÇÃO ENTRE NORMALIZAÇÃO TÉCNICA E PROPRIEDADE
INTELECTUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO DO COMÉRCIO
INTERNACIONAL**

Tese apresentada na Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo, como requisito
parcial para obtenção de título de Doutor em
Direito.

Área de Concentração: Direito Internacional e
Comparado

Orientador: Professor Associado Doutor Pedro
Bohomoletz de Abreu Dallari

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo

2012

Banca Examinadora:

Prof. Assoc. Dr. Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari

Prof. Assoc. Dr. Alberto do Amaral Júnior

Prof. Dr. Newton Silveira

Prof. Dr. Welber Oliveira Barral

Prof^ª. Dr^ª. Adriana Schor

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Geraldo e Solange, e irmãos, Marcus, Marcelo e André, agradeço o carinho, a compreensão e o apoio incondicional, em todos os momentos;

Ao meu orientador, Professor Dr. Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari, agradeço imensamente a oportunidade de desenvolver este trabalho e, em especial, a confiança, o constante estímulo, a paciência, a amizade e a valorosa orientação;

Aos professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em especial a Dr. Celso Lafer, Dr. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Dr. Paulo Borba Casella, Dr. Newton de Lucca, Dra. Paula A. Forgioni, Dr. Celso Fernandes Campilongo, Dra. Elza A. P. Cunha Boiteux, Dra. Maristela Basso, Dra. Elizabeth de Almeida Meirelles, agradeço pelos ensinamentos, incentivos e contribuições para meus estudos;

Ao professor Dr. Newton Silveira, manifesto um especial agradecimento por partilhar sua experiência e conhecimento, e por ter me ajudado muito no decorrer desses anos;

Ao Professor Dr. Alberto do Amaral Júnior, membro das bancas de qualificação e defesa desta tese, dedico um especial agradecimento pelas preciosas contribuições, de grande relevância para este trabalho;

Ao Professor Dr. Umberto Celli Júnior, membro da banca de qualificação desta tese, agradeço as excelentes comentários e recomendações para o desenvolvimento de minha pesquisa;

Aos Professores Dr. Welber Barral e Dr^a Adriana Schor, membros da banca de defesa desta tese, agradeço a honrosa presença na banca e as excelentes contribuições para este trabalho;

Aos professores Dr. Luiz Otávio Pimentel e Dr. Fernando Seabra, da Universidade Federal de Santa Catarina, agradeço imensamente o apoio constante, o incentivo e a oportunidade de fazer parte dos projetos de pesquisa junto à instituição, dentre os quais o Projeto CAPES/NUFFIC - Propriedade Intelectual, Transferência de Tecnologia e Inovação;

Ao Professor Dr. Anselm K. Sanders, da Universidade de Maastricht, agradeço imensamente a atenção dedicada durante o período de missão de estudos realizado em

2010 na Holanda, no âmbito do Projeto CAPES/NUFFIC, em especial pelos valiosos materiais e ensinamentos, os quais foram de elevada importância nesta tese;

Aos membros do Grupo *ad hoc* de Propriedade Intelectual da União Internacional de Telecomunicações, na pessoa do Sr. Antoine Dore, do Sr. Greg Ratta e do Sr. Simão Campos, agradeço pela oportunidade e convite a participar das atividades do Grupo, assim como por todo apoio e informações compartilhadas;

Ao Sr. Mike Smith, da Organização Internacional de Normalização, agradeço pela presteza, pela disponibilidade em colaborar com subsídios para minha tese durante o período que estive em Genebra em 2010;

Ao Sr. Lauro Locks e a Sra. Xiaoping Wu, da Organização Mundial do Comércio, agradeço pela atenção e auxílio que me foi dado durante o período de pesquisas que realizei em Genebra;

Ao Dr. Nuno Pires de Carvalho, dedico um especial agradecimento por todo apoio, informações e materiais recomendados e por me receber durante minha visita à Organização Mundial da Propriedade Intelectual, agradecimento que estendo a Sra. Tomoko Miyamoto;

À Professora Dr^a. Vera Thorstensen, agradeço por me auxiliar com contribuições para minha pesquisa, durante minha visita à Missão Brasileira em Genebra;

A toda equipe do Departamento de Relações Internacionais e Comércio Exterior da FIESP, na pessoa do Sr. Roberto Giannetti da Fonseca, do Sr. Mário Marconini e do Sr. Frederico A. Meira, quero agradecer pelos ensinamentos, companheirismo e experiências compartilhadas, fundamentais para o desenvolvimento desta pesquisa;

Ao Sr. Arno Gleisner, Vice-Presidente da Fecomércio-RS, ao Sr. Roberto Berte, à Sra. Fabiane Franciscone, ao Sr. Francisco Ximenes, à Professora Glaucilene Trapp e a toda equipe do Senac-RS e Sistema Fecomércio-RS, quero expressar meus sinceros agradecimento pelo incentivo, paciência e apoio, que foram fundamentais para possibilitar a conclusão desta pesquisa;

A meus amigos e colegas, por estarem presentes nos momentos certos e me apoiarem das mais diversas formas, Abrão Árabe Neto, Alessandra Cavalcanti, Aluizia Cadori, Amanda Busato, Ana Paula Martins Amaral, André Lucenti Estevam, Anselmo Takaki, Catalina Atehortúa Garcia, Cristina Canova, Eveline Brigido, Gustavo Ferreira

Ribeiro, Ivana Có Crivelli, João Otávio Benevides Demasi, Juliana Domingues, Juliane Morando, Tônia e Joaquim de Mira, Larissa Rodrigues, Leonor Hidalgo, Luiz Ricardo Miranda, Mariana Chaimovich, Maurício Cardoso Oliva, Maxsoel Freitas, Michele Copetti, Patrícia de Oliveira Areas, Paulo Lilla, Paulo César Frères, Rejane, Sheila Schmitt e Washington Brito;

As minhas amigas, Kelly Lissandra Bruch e Priscilla Maria Dias Guimarães César, agradeço a amizade, a paciência, a compreensão, o apoio desmedido e as preciosas contribuições para o desenvolvimento deste trabalho;

À Mérik e a Nina, pela atenção e presteza sempre, muito obrigada;

Àquelas pessoas que deixam de estar aqui nominadas, as quais contribuíram das mais diversas formas e que, em muitos momentos, foram fundamentais durante esses anos de pesquisa, agradeço sincera e profundamente.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

3G	Terceira Geração de Tecnologia de Telefonia Móvel
3GPP	3rd Generation Partnership Project
ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADA	American Dental Association
AIPPI	Associação Internacional para a Proteção da Propriedade Intelectual
ALADI	Associação Latino-Americana de Integração
AMA	American Medical Association
AMN	Associação Mercosul de Normalização
ANSI	American National Standards Institute / Instituto Nacional Americano de Normalização
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária (BR)
AT&T	American Telephone & Telegraph
BIPM	Bureau International des Poids et Mesures / Escritório Internacional de Pesos e Medidas
BIRD	Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento
BIRPIs	Bureaux Internationaux Reunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle / Escritórios Internacionais Reunidos para a Propriedade Intelectual
BR	Brasil
BSI	British Standards Institution
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica (BR)
CAFC	Court of Appeals for the Federal Circuit (US)
CCSA	China Communications Standards Association
CDMA	Code Division Multiple Access
CD-R	Compact Disc – Recordable
CE	Comunidades Europeias
CEFACT-ONU	Centro das Nações Unidas de Facilitação do Comércio e das Transações Eletrônicas
CEN	European Committee for Standardization
CENELEC	European Committee for Electrotechnical Standardization
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CIPP	Convenção Internacional de Proteção Fitossanitária
CONMETRO	Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial
COPANT	Comissão Pan-Americana de Normas Técnicas
CPT	Current Procedural Terminology
CUB	Convenção da União de Berna sobre Proteção das Obras Literárias e Artísticas
CUP	Convenção da União de Paris sobre Proteção da Propriedade Industrial
DOJ	Department of Justice / Departamento de Justiça (US)
DOS	Disk Operating System
DSL	Digital Subscriber Line
DVB-H	Digital Video Broadcasting – Handheld
DVD	Digital Versatile Disc
ECMA	European Computer Manufacturers Association
ECOSOC	Conselho Econômico e Social

EPO	European Patent Office
ESC	Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias
ETSI	European Telecommunications Standards Institute
FAO	Food and Agriculture Organization of the United Nations / Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação
FASB	Financial Accounting Standards Board
FDA	Food and Drugs Administration (US)
FDUSP	Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FEAUSP	Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo
FECOMÉRCIO	Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo
FIESP	Federação das Indústrias de São Paulo
FMI	Fundo Monetário Internacional
FRAND	Fair, reasonable and non-discriminatory / justo, razoável e não discriminatório
FTC	Federal Trade Commission (US)
GATS	General Agreement on Trade in Services / Acordo Geral sobre Comércio de Serviços
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade / Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio
GIPI	Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual (BR)
GMR	GEO-Mobile Radio Interface
GMS	Geostationary Meteorological Satellite
GSM	Global System for Mobile Communications
ICS	International Classification for Standards / Classificação Internacional de Normas
ICT	Information and Communication Technology
ICTSD	International Centre for Trade and Sustainable Development / Centro Internacional para o Comércio e Desenvolvimento Sustentável
IEC	International Electrotechnical Commission / Comissão Internacional Eletrotécnica
IEEE-SA	Institute of Electrical and Electronics Engineers – Standards Association
IETF	Internet Engineering Task Force
INMETRO	Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (BR)
INPADOC	International Patent Documentation Center
INPI	Instituto Nacional de Propriedade Industrial
IPC	International Patent Classification
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
IPT	Instituto de Pesquisas Tecnológicas
ISA	International Standards Association / Associação Internacional de Normalização
ISO	International Organization for Standardization / Organização Internacional de Normalização
ISO/CASCO	ISO Committee on conformity assessment
ISONET	ISO Information Network
ITC	International Trade Centre
ITU	International Telecommunications Union / União Internacional de Telecomunicações

JEDEC	Joint Electron Device Engineering Council
JISC	Japanese Industrial Standards Committee / Comitê de Normas Industriais Japonesas
JPEG	Joint Photographic Experts Group
JPTO	Japanese Patent and Trademark Office
JTC-1	Joint Technical Committee 1
MAPA	Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (BR)
MCTI	Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovação (BR)
MDA	Ministério do Desenvolvimento Agrário (BR)
MDIC	Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (BR)
MPEG	Moving Picture Experts Group
MPEG LA	MPEG Licensing Administration
MRE	Ministério das Relações Exteriores (BR)
NBR	Norma Técnica Brasileira
NTTAA	National Technology Transfer and Advancement Act of 1995 (US)
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
OIC	Organização Internacional do Comércio
OIML	Organização Internacional de Metrologia Legal
OIV	Organização Internacional da Vinha e do Vinho
OMA	Open Mobile Alliance
OMB	Office of Management and Budget (US)
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMPI	Organização Mundial da Propriedade Intelectual
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONG	Organização não governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
ORAN	Organização Regional Africana de Normalização
OSC	Órgão de Solução de Controvérsias
OSS	Open Source Software
PATSTAT	EPO Worldwide Patent Statistical Database
PIB	Produto Interno Bruto
RAND	Reasonable, and non-discriminatory (Razoável e não discriminatório)
RFID	Radio-Frequency Identification
SENAC	Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial
SGP	Sistema Geral de Preferências
SGPC	Sistema Global de Preferências Comerciais
SIC	Standard Industry Classification
SINMETRO	Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial
SMS	Short Message Services / Serviços de mensagens curtas
SPS	Sanitary and Phytosanitary Measures / Medidas Sanitárias e Fitossanitárias
SSO	Standard Setting Organisation
STDF	Standards and Trade Development Facility
TBT	Technical Barriers to Trade / Barreiras Técnicas ao Comércio
TCP/IP	Transmission Control Protocol/ Internet Protocol
TDMA	Time Division Multiple Access

TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TRIPS	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights / Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio
UE	União Europeia
UFSC	Universidade Federal de Santa Catarina
UICC	Universal Integrated Circuit Card
UMTS	Universal Mobile Telecommunications System
UNIDO	United Nations Industrial Development Organization / Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial
US	United States
USC	United States Code
USITC	United States International Trade Commission
USP	Universidade de São Paulo
USPTO	United States Patent and Trademark Office
USTR	US Trade Representative
VESA	Video Electronics Standards Association
VHS	Video Home System
VITA	VME bus International Trade Association
VL-bus	Vesa Local-bus
W3C	The World Wide Web Consortium
WAPI	Wlan Autenticação e Infraestrutura Privada
WCDMA	Wideband Code Division Multiple Access
WG	Working Group
Wi-Fi	Wireless Fidelity
WIPO	World Intellectual Property Organization
WPAN	Wireless Personal Area Network
WSC	World Standards Cooperation / Cooperação Mundial em Normas
WSIS	World Summit on the Information Society
WSSN	World Standards Services Network
WTO	World Trade Organization

LISTA DE QUADROS E FIGURAS

FIGURA 1. Áreas tecnológicas que envolvem normas técnicas e patentes

QUADRO 1. Classificação das normas técnicas na atualidade

RESUMO

Nas últimas décadas, a importância da normalização técnica para comércio internacional aumentou consideravelmente. Segundo dados da OCDE, estima-se que um total de 80% do comércio global na atualidade seja afetado por normas e regulamentos técnicos. Esse cenário justifica a preocupação dos Membros da OMC em incentivar o estabelecimento de padrões tecnológicos comuns nos diversos países, como um instrumento para evitar o incremento das barreiras técnicas e promover a facilitação do fluxo internacional de bens, serviços, investimentos e tecnologias. Contudo, o crescente envolvimento de direitos de propriedade intelectual nas normas técnicas internacionais tem preocupado algumas nações, principalmente em decorrência dos elevados custos, tensões e conflitos que resultam dessa situação, impactando de forma negativa o comércio. Sob a perspectiva do ordenamento jurídico do comércio internacional, o conflito revela-se no conjunto de obrigações que os Membros assumem no âmbito da OMC. Se os países devem obrigatoriamente utilizar como base as normas técnicas internacionais para estabelecer suas normas e regulamentos domésticos, e aquelas se encontram revestidas de direitos exclusivos privados, sua efetiva aplicação no plano doméstico depende da licença dos titulares desses direitos, nos termos e condições por eles impostos. No entanto, uma vez que eles não estejam dispostos a conceder licenças em termos razoáveis e não discriminatórios, ou se recusem a conferir a autorização, os países encontram dificuldades ou, ainda, ficam impossibilitados de implementar de forma plena as obrigações assumidas na OMC. A partir dessa hipótese, o presente estudo tem como objetivo analisar como se encontra regulada a relação entre a normalização técnica e a propriedade intelectual no ordenamento jurídico do comércio internacional. Esta tese confirma que as tensões inerentes à relação entre propriedade intelectual e normalização técnica alimentam um conflito sob a perspectiva do ordenamento jurídico do comércio internacional, que não possui regras específicas para regular a questão. Este conflito se traduz na dificuldade que os países têm na implementação plena das obrigações assumidas na OMC. Para a mitigação dos problemas que emergem desse conflito, observa-se que se destacam duas tendências seguidas pelos Membros da Organização. Uma delas consiste em incrementar as flexibilidades do Acordo TRIPS, como se verifica nos Estados Unidos, União Europeia e Índia. Outra opção observada é o afastamento das normas técnicas internacionais em prol da adoção de normas e regulamentos técnicos domésticos

baseados em tecnologias nacionais ou não proprietárias – com fundamento nas flexibilidades dos acordos TBT, SPS e GATS. Casos nesse sentido são identificados em países como China. Em certas circunstâncias, a preferência pelo estabelecimento de normas e regulamentos técnicos baseados essencialmente em tecnologias nacionais protegidas por direitos de propriedade intelectual pode robustecer as barreiras técnicas ao comércio. Diante disso, com o propósito de assegurar a efetividade dos acordos multilaterais de comércio e garantir segurança jurídica, entende-se necessário a adoção de medidas claras e adequadas, que busquem eliminar ou reduzir as tensões e conflito, e garantir a previsibilidade do Sistema Multilateral de Comércio. Importa, ainda, que tais medidas sejam estabelecidas de forma a facilitar o comércio internacional e promover a concorrência leal, a inovação, a transferência da tecnologia e o desenvolvimento das nações.

Palavras-Chave: Propriedade intelectual. Normalização técnica. Direito do Comércio Internacional. Sistema Multilateral do Comércio. Organização Mundial do Comércio - OMC.

RESUMEN

En las últimas décadas, la importancia de las normas técnicas para el comercio internacional ha aumentado considerablemente. Según datos de la OCDE, se estima que el 80% del comercio mundial se ve afectado por normas y reglamentos técnicos. Ese escenario justifica la preocupación de los Miembros de la OMC en fomentar el establecimiento de padrones comunes de tecnología en diferentes países como una herramienta para evitar la ampliación de los obstáculos técnicos y promover la facilitación de los flujos internacionales de bienes, servicios, inversión y tecnología. Sin embargo, la creciente incorporación de derechos de propiedad intelectual en las normas técnicas internacionales ha preocupado algunas naciones, principalmente debido a los altos costos, tensiones y conflictos que se derivan de esta situación, y que impactan de manera negativa el comercio. Desde la perspectiva del derecho del comercio internacional, el conflicto se revela en el conjunto de obligaciones que los Estados han asumido en la OMC. Si los países deben utilizar las normas internacionales como base para establecer normas y reglamentos técnicos nacionales, y aquellas son cubiertas con los derechos exclusivos privados, su aplicación efectiva a nivel nacional depende de la aprobación de los titulares de los derechos, con base en los términos y condiciones impuestas por ellos. En los casos en que los titulares de derechos no están dispuestos a conceder licencias en condiciones razonables y no discriminatorias, o se niegan a conceder la autorización, a los países les resulta difícil o incluso imposible cumplir plenamente sus obligaciones en la OMC. A partir de esta hipótesis, este estudio tiene como objetivo analizar como está reglada la relación entre normalización técnica y propiedad intelectual en el orden jurídico del comercio internacional. Esta tesis confirma que las tensiones inherentes a la relación entre propiedad intelectual y las normas técnicas alimentan un conflicto desde la perspectiva del derecho del comercio internacional, el cual no tiene normas específicas para regular esta cuestión. Este conflicto se refleja en la dificultad que tienen los países en la aplicación plena de las obligaciones asumidas en OMC. Con el fin de mitigar los problemas que surgen de este conflicto, se observa que hay dos tendencias seguidas por los miembros de la Organización. Una de ellas es utilizarse de las flexibilidades del Acuerdo sobre los ADPIC, como es el caso en los Estados Unidos, la Unión Europea y la India. Otra opción es la desviación de las normas internacionales en favor de la adopción de las normas y reglamentos técnicos basados en

tecnologías nacionales o no propietarias – con base en las flexibilidades del Acuerdo OTC, MSF y AGCS. Casos así son identificados en países como China. En algunas circunstancias, la preferencia por la creación de normas y reglamentaciones técnicas basadas principalmente en tecnologías nacionales protegidas por derechos de propiedad intelectual pueden reforzar las barreras técnicas al comercio. Por lo tanto, con el fin de garantizar la eficacia de los acuerdos comerciales multilaterales, es necesario establecer medidas claras y apropiadas, que traten de eliminar o reducir las tensiones y conflicto, y asegurar la previsibilidad del sistema multilateral de comercio. También es importante que estas medidas sean establecidas con el propósito de facilitar el comercio internacional y promover la competencia leal, la innovación, la transferencia de tecnología y desarrollo de las naciones.

Palabras-clave: Propiedad intelectual. Normalización técnica. Derecho del Comercio Internacional. Sistema Multilateral del Comercio. Organización Mundial del Comercio - OMC.

ABSTRACT

In recent decades, the importance of technical standards for international trade has increased substantially. According to OECD data, it is estimated that around 80% of global trade is affected by standards and technical regulations. This scenario justifies the concerns of WTO Members to encourage the settlement of common technological standards in different countries, as a tool to prevent the rise of technical barriers and promote the facilitation of the international flow of goods, services, investment and technology. However, the increasing involvement of intellectual property rights in international standards has concerned some nations, mainly due to high costs, tensions and conflicts that result from this situation, adversely impacting trade. From the perspective of international trade law, the conflict is revealed in the set of obligations that States assumed in the WTO. If countries must use international standards as a basis to establish technical regulations and norms, and those are covered by private exclusive rights, its effective implementation at the domestic level depends on the approval of rights holders, according to the terms and conditions imposed by them. However, since the rights holders are not willing to grant licenses on reasonable and non-discriminatory conditions, or refuse to grant the licenses, countries may find it difficult or even remain unable to fully implement their obligations in the WTO. From this hypothesis, this study aims to analyze as it is regulated the relationship between technical standards and intellectual property in international trade law. This thesis confirms that the tensions inherent in the relationship between intellectual property and technical standardization feed a conflict from the perspective of international trade law, which has no specific rules to regulate this question. This conflict is reflected in the difficulty countries have in the full implementation of the obligations assumed in WTO. In order to mitigate the problems that emerge from this conflict, it is observed that there are two trends followed by the Members of the Organization. One is to enhance the flexibilities of the TRIPS Agreement, as is the case in the United States, European Union and India. Another option is the deviation of international standards in favor of domestic standards and technical regulations based on national or non-proprietary technologies – founded on the flexibilities of TBT, SPS and GATS. Such cases are identified in countries like China. In some circumstances, the preference for the creation of standards and technical regulations based mainly on national technologies protected by intellectual property rights can

strengthen the technical barriers to trade. Therefore, in order to ensure the effectiveness of multilateral trade agreements, it is necessary to establish clear and appropriate measures, which seek to eliminate or reduce tensions and conflict, and ensure the predictability of the multilateral trading system. It is also important that such measures are established to facilitate international trade and promote fair competition, innovation, technology transfer and development of nations.

Keywords: Intellectual Property. Technical Standards. International Trade Law. International Trade System. World Trade Organization - WTO.

RÉSUMÉ

Dans les dernières décennies, l'importance des normes techniques pour le commerce international a augmenté sensiblement. Selon les données de l'OCDE, il est estimé que 80% du commerce mondial est affecté par des normes et réglementations techniques. Ce scénario justifie la préoccupation des Membres de l'OMC afin d'encourager l'adoption des standards technologiques communes dans différents pays comme un outil pour prévenir l'augmentation des obstacles techniques et à promouvoir la facilitation de la circulation internationale des marchandises, des services, de l'investissement et de la technologie. Toutefois, l'incorporation croissante des droits de propriété intellectuelle dans les normes techniques internationales a inquiété certaines nations, principalement en raison des coûts élevés, les tensions et les conflits qui résultent de cette situation, impactant négativement le commerce. Du point de vue de l'ordre juridique du commerce international, le conflit se révèle dans l'ensemble des obligations que les Membres prennent à l'OMC. Si les Etats doivent utiliser obligatoirement des normes internationales comme base pour établir ses normes et réglementations techniques nationales, et ceux qui sont revêtus de droits exclusifs privés, son application effective au niveau national dépend de l'approbation des détenteurs des droits, dans les termes et conditions imposées par les. Cependant, puisque les détenteurs des droits ne sont pas disposés à accorder des licences sur les conditions raisonnables et non discriminatoires, ou ils refusent d'accorder l'autorisation, les pays éprouvent des difficultés ou même sont incapables de mettre pleinement en œuvre leurs obligations devant l'OMC. A partir de cette hypothèse, cette étude vise à analyser comment est réglementée la relation entre les normes techniques et la propriété intellectuelle dans l'ordre juridique commerce international. Cette thèse confirme que les tensions inhérentes à la relation entre propriété intellectuelle et la normalisation technique font la promotion d'un conflit du point de vue de l'ordre juridique du commerce international, qui n'a pas de règles spécifiques pour réglementer cette question. Ce conflit se reflète dans la difficulté des pays ont dans la mise en œuvre intégrale des obligations contractées dans l'OMC. Afin d'atténuer les problèmes qui émergent de ce conflit, on observe deux tendances suivies par les Membres de l'Organisation. La première consiste à augmenter la flexibilité de l'Accord sur les ADPIC, comme c'est le cas aux Etats-Unis, Union Européenne et l'Inde. Une autre option est l'enlèvement des normes internationales en faveur de l'adoption de normes et réglementations techniques basées sur des

technologies nationales ou non-propriétaires – a la base de la flexibilités prévues dans les accords OTC, SPS et l'AGCS. De tels cas sont identifiés dans des pays comme la Chine. Dans certains circonstances, la préférence pour la création de normes et règlement techniques basées principalement sur les technologies domestiques protégés par des droits de propriété intellectuelle peuvent renforcer les obstacles techniques au commerce. Par conséquent, afin d'assurer l'efficacité des accords commerciaux multilatéraux et de garantir la sécurité juridique, il est nécessaire établir des mesures claires et appropriées, qui visent à éliminer ou à réduire les tensions et conflits, et assurer la prévisibilité du système commercial multilatéral. Il est aussi important que de telles mesures sont mise en place pour faciliter le commerce international et de promouvoir une concurrence loyale, l'innovation, le transfert de technologie et le développement des nations.

Mots-clés: Propriété Intellectuelle. Normalisation technique. Droit commercial international. Système Commercial Multilatéral. Organisation Mondiale du Commerce - OMC.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
PARTE I - RELAÇÃO ENTRE NORMALIZAÇÃO TÉCNICA E PROPRIEDADE INTELECTUAL NO ÂMBITO DO COMÉRCIO: COMPLEMENTARIDADES E TENSÕES	24
CAPÍTULO 1 - NORMALIZAÇÃO TÉCNICA E PROPRIEDADE INTELECTUAL NA DINÂMICA DO COMÉRCIO: COMPLEMENTARIDADES AO LONGO DA HISTÓRIA	25
1.1 Normas técnicas e patentes: do direito de indústria e comércio à exclusividade de exploração econômica	27
1.2 Normas técnicas e marcas: da obrigação à exclusividade de uso de signos distintivos	45
1.3 Normas técnicas e direitos de autor: do direito de reproduzir à exclusividade de reprodução	53
CAPÍTULO 2 - BASES DE REFERÊNCIA CONCEITUAL DA NORMALIZAÇÃO TÉCNICA NA ATUALIDADE	60
2.1 Normalização técnica e suas características essenciais	63
2.2 Tipologia de normas técnicas	72
2.3 Relação entre de normas técnicas nacionais e internacionais	94
CAPÍTULO 3 - PROPRIEDADE INTELECTUAL: PONTOS DE TENSÃO EM SUA RELAÇÃO COM A NORMALIZAÇÃO TÉCNICA	96
3.1 Propriedade intelectual no processo de elaboração de normas técnicas	101
3.2 Propriedade intelectual no processo de adoção das normas técnicas	121
3.3 Propriedade intelectual na aplicação das normas técnicas	126
PARTE II - REGULAÇÃO DA NORMALIZAÇÃO TÉCNICA E DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL: CONVERGÊNCIA E CONFLITOS	144
CAPÍTULO 4 - CONFLUÊNCIA DA REGULAÇÃO INTERNACIONAL DA NORMALIZAÇÃO TÉCNICA E DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NA FORMAÇÃO DO SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO	145
4.1 Internacionalização da normalização técnica	146
4.2 Internacionalização da propriedade intelectual	153
4.3 Normalização técnica e propriedade intelectual na formação do Sistema Multilateral do Comércio	162

CAPÍTULO 5 - FUNDAMENTOS DO SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO: O ORDENAMENTO JURÍDICO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO	174
5.1 Normalização técnica e propriedade intelectual no ordenamento jurídico da Organização Mundial do Comércio	175
5.2 Estrutura institucional da OMC: atuação dos órgãos em questões de normalização técnica e propriedade intelectual	185
5.3 Cooperação com outras organizações em temas de normalização técnica e propriedade intelectual	196
CAPÍTULO 6 - RELAÇÃO ENTRE NORMALIZAÇÃO TÉCNICA E PROPRIEDADE INTELECTUAL: CONFLITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL	203
6.1 Obrigatoriedade das normas técnicas internacionais	205
6.2 Dever de proteção dos direitos de propriedade intelectual	217
6.3 Políticas de propriedade intelectual das organizações internacionais de normalização no âmbito do conflito	227
PARTE III - MEDIDAS DE MITIGAÇÃO DE TENSÕES E CONFLITOS: ALTERNATIVAS E SEUS LIMITES	239
CAPÍTULO 7 - FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL RELACIONADOS ÀS NORMAS TÉCNICAS	240
CAPÍTULO 8 - AFASTAMENTO DAS NORMAS TÉCNICAS INTERNACIONAIS RELACIONADAS A TECNOLOGIAS PROTEGIDAS POR DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL	270
8.1 Alternativas no Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio	272
8.2 Alternativas no Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias	278
8.3 Posição da China em relação ao afastamento das normas técnicas internacionais	281
CONCLUSÕES	291
REFERÊNCIAS	295

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a importância da normalização técnica para comércio internacional aumentou substancialmente. Atualmente, segundo dados da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), estima-se que 80% do comércio global são afetados por normas e regulamentos técnicos.¹ Esse cenário justifica a preocupação dos Membros da OMC em estimular a adoção de padrões tecnológicos comuns nos diversos países, como um instrumento para evitar o incremento das barreiras técnicas ao comércio e promover a facilitação do fluxo internacional de bens, serviços, investimentos e tecnologias.

Considerando que as nações diferem em termos de nível de desenvolvimento, cultura, tecnologia, preferências e condições ambientais, é natural que os padrões técnicos sejam distintos de país para país. Entretanto, a grande divergência em termos de normas técnicas nacionais pode ter um impacto negativo sobre o comércio internacional. Mesmo que as normas tenham sido estabelecidas para ajudar certos mercados a operar com mais eficiência, elas impõem custos desproporcionados aos produtores estrangeiros. Na medida em que as normas nacionais incrementarem os custos para as empresas estrangeiras, relativamente mais do que para as empresas nacionais, há uma redução da capacidade de um produtor ter acesso a um mercado estrangeiro.

Nesse sentido, sob a perspectiva do comércio internacional, a harmonização das normas técnicas em escala global pode beneficiar a todos, uma vez que as diferenças para adequar os produtos para os distintos mercados são minimizadas. Diante disso, no cenário multilateral, reconhecendo a expressiva contribuição das normas técnicas internacionais para a transferência de tecnologia e principalmente para a facilitação do comércio, os Membros da Organização Mundial do Comércio (OMC) adotaram como critério nos acordos firmados no seio da Organização que as normas técnicas domésticas devem se basear em normas internacionais, para que não se transformem em barreiras ao comércio.

¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Trade Directorate Trade Committee. Working Party of the Trade Committee. TD/TC/WP(98)36/FINAL. Regulatory Reform and International Standardisation. 29 Janeiro 1999. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

Esse critério objetiva fundamentalmente incentivar a adoção de padrões tecnológicos comuns em escala global. Contudo, também há certos custos e outras dificuldades que podem afetar a adoção das normas internacionais, tanto pelos países em desenvolvimento como pelos países desenvolvidos, tais como os custos associados aos direitos de propriedade intelectual revestidos nas normas. Dentre outros, esse fator muitas vezes leva os países a optar pela não adoção dessas normas.

Segundo o Relatório sobre o Comércio Mundial publicado pela Organização Mundial do Comércio (OMC) em 2005, a adesão às normas internacionais por alguns países é muito reduzida. No caso dos Estados Unidos, por exemplo, esse relatório aponta que até dezembro de 2002, o país tinha adotado 839 normas internacionais, enquanto a adesão da China superava 8.930 normas.² Essa situação revela que ainda há grande disparidade no cenário internacional em termos de harmonização das normas técnicas. Ela indica também que a situação chinesa coloca o país em lugar de destaque neste cenário.

Desde que ingressou na OMC, em 2001, a China tem realizado diversas mudanças em suas políticas domésticas, buscando o alinhamento de suas políticas domésticas às regras internacionais do comércio. Nesse sentido, uma das iniciativas chinesas foi a revisão e adequação das políticas de propriedade intelectual e normalização técnica.

Como resultado dessa iniciativa, a China – que é caracterizada como um dos maiores mercados de consumo de tecnologias sujeitas à normalização e um dos maiores adeptos às normas técnicas internacionais – identificou sua elevada dependência de tecnologias estrangeiras, que passou a ser vista internamente como tendo atingido um nível de dependência inaceitável, especialmente quando os produtores chineses identificaram que estavam sendo obrigados a pagar montantes elevados de *royalties* para obter os direitos de usar as tecnologias essenciais para o cumprimento de suas normas e regulamentos técnicos. A preocupação tornou-se ainda maior quando se percebeu o controle estrangeiro da propriedade intelectual concernente às tecnologias de segurança da informação.

Diante disso, levando em consideração os elevados custos e as dificuldades para

² WORLD TRADE ORGANIZATION. *World Trade Report 2005: Exploring the links between trade, standards and the WTO*. Geneva: WTO, 2005, pp. 123-127.

manter sua elevada adesão às normas técnicas internacionais, somada a dificuldade de obter a efetiva transferência de tecnologia, a China estabeleceu uma política de normalização, dando preferência à adoção de normas baseadas em tecnologias nacionais.

Esse movimento consiste em um reflexo das tensões inerentes à relação entre propriedade intelectual e normalização técnica, as quais alimentam um conflito sob a perspectiva do ordenamento jurídico do comércio internacional. O conflito revela-se no conjunto de obrigações que os Membros assumem no âmbito da OMC. Se os países devem obrigatoriamente utilizar como base as normas técnicas internacionais para estabelecer suas normas e regulamentos domésticos, e aquelas se encontram revestidas de direitos proprietários, sua efetiva aplicação no plano doméstico depende da autorização dos titulares das tecnologias, nos termos e condições por eles impostos. No entanto, uma vez que os titulares de direitos não estejam dispostos a conceder licenças em termos razoáveis e não discriminatórios, ou se recusem a conferir a autorização, os países encontram dificuldades ou, ainda, ficam impossibilitados de implementar de forma plena as obrigações assumidas na OMC.

A partir dessa situação problemática, que se revela como um dos grandes desafios da globalidade no Direito Internacional Público contemporâneo, o presente estudo tem como objetivo geral analisar como se encontra regulada a relação entre a normalização técnica e a propriedade intelectual do ordenamento jurídico do comércio internacional, particularmente na Organização Mundial do Comércio, de maneira a eliminar ou reduzir as tensões e conflitos a ela inerentes.

Por meio de uma pesquisa básica, que tem como base lógica operacional o método hipotético-dedutivo e a abordagem qualitativa, o estudo parte da hipótese da existência de um conflito no âmbito do Sistema Multilateral do Comércio, que é resultado da ausência de regras que busquem mitigar ou eliminar as tensões inerentes à relação entre normalização técnicas e propriedade intelectual.

Diante desse contexto, o desenvolvimento desta é realizado em três partes. com o intuito de compreender e avaliar a relação entre normalização técnica e propriedade intelectual, a primeira parte do trabalho é dedicada a sua análise sob a perspectiva do comércio. Essa parte busca evidenciar as complementaridades e tensões que caracterizam essa relação. Partindo de um resgate histórico que serve de base para compreender a

evolução da relação entre os dois regimes no primeiro capítulo, os capítulos que seguem se dedicam, respectivamente, a tratar do quadro de referência conceitual da normalização técnica na atualidade e das tensões geradas pela propriedade intelectual no processo de normalização técnica, e seus efeitos sobre o comércio.

A análise desenvolvida na parte inicial subsidia o exame da relação no âmbito do ordenamento jurídico do comércio internacional, na segunda parte da pesquisa. Partindo do estudo da formação do Sistema Multilateral do Comércio e da confluência dos regimes da normalização técnica e da propriedade intelectual para o seio da OMC, esta parte culmina com a análise do conflito que afeta o Sistema.

Examinado o conflito, as alternativas para mitigá-lo são abordadas na terceira parte. Nesse sentido, destacam-se as principais medidas encontradas no marco jurídico do Sistema Multilateral do Comércio, tanto em matéria de propriedade intelectual como no que diz respeito à normalização técnica.

Como instrumento para a realização do processo investigatório, utiliza-se a técnica documental e a bibliográfica, com suporte em instrumentos normativos internacionais e legislações nacionais, e fontes bibliográficas, como livros de leitura corrente, publicações e periódicos. Jurisprudência, pareceres e contratos também serão usados para o desenvolvimento deste estudo. Ademais, livros de referência ou de consulta, informativa, bases de dados e documentos que não receberam nenhum tratamento analítico e documentos já analisados de alguma forma, como relatórios de pesquisa, também são consultados.

A presente proposta de estudo tem seu ineditismo e originalidade justificado pela escassez de trabalhos realizados neste tema no Brasil e no exterior. No exterior, ainda que seja farta a literatura sobre o tema desde a perspectiva do Direito Antitruste, poucos são as pesquisas que apresentam como propósito uma abordagem profunda e consistente do assunto sob a perspectiva do Direito Internacional. Assim, a partir desse panorama, que demonstra a atualidade e relevância do assunto, vislumbra-se a importância de desenvolver esta pesquisa de forma sistematizada e consistente sob o enfoque do Direito Internacional Público. Tendo em vista que o assunto tem ensejado importantes e complexas discussões no âmbito acadêmico, assim como em foros nacionais e internacionais, considera-se de grande relevância o desenvolvimento desta pesquisa com

o intuito de proporcionar uma contribuição original à ciência jurídica.

PARTE I

RELAÇÃO ENTRE NORMALIZAÇÃO TÉCNICA E PROPRIEDADE INTELECTUAL NO ÂMBITO DO COMÉRCIO: COMPLEMENTARIDADES E TENSÕES

Capítulo 1

NORMALIZAÇÃO TÉCNICA E PROPRIEDADE INTELECTUAL NA DINÂMICA DO COMÉRCIO: COMPLEMENTARIDADES AO LONGO DA HISTÓRIA

Do primeiro machado às tecnologias de informação e comunicação de última geração, nas palavras de Newton SILVEIRA, verifica-se “o mesmo e único fenômeno de subjugação da natureza pelo homem, compondo todo o universo de instrumentos que o homem colocou à sua disposição em decorrência da aplicação de sua capacidade criativa ao campo da técnica”.³

A técnica está na base de toda atividade econômica. No entanto, entre a criação de uma nova técnica e sua aplicação na indústria ou no comércio, existe um caminho a ser percorrido e que perpassa o campo do Direito. Nesse campo, destacam-se dois regimes jurídicos: a normalização técnica e a propriedade intelectual. Em sentido amplo, ambos regulam o uso da técnica no âmbito do mercado.

Na atualidade, enquanto a normalização técnica confere os contornos técnicos nos limites dos quais se permite o exercício de uma atividade econômica por meio do estabelecimento de normas técnicas relacionadas a produtos, processos e serviços, a propriedade intelectual estabelece os limites da exclusividade de uso de determinada técnica no exercício de uma atividade econômica. Revela-se, portanto, uma relação que apresenta certas complementaridades e possíveis tensões, as quais para entendê-las e avaliá-las de forma clara exigem a compreensão de suas origens.

CASELLA afirma que o Direito se insere “como produto do tempo histórico, e do contexto cultural [...] como parte de construção humana, entre história e cultura”. Nesse sentido, “a reavaliação do legado e a releitura das lições do passado” revelam-se valiosas

³ “Muito antes de o homem ter alcançado a possibilidade de planejar a economia e multiplicar os produtos necessários à satisfação de suas necessidades, ele já vem exercendo intenso diálogo com a natureza e desenvolvendo o aproveitamento desta em seu benefício, podendo essa atividade ser genericamente designada pelo termo técnica” (SILVEIRA, Newton. *Direito de Autor no Desenho Industrial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pp. 19-20).

“na construção do arcabouço institucional e normativo que possa ser levado adiante”.⁴ Com a inspiração nessas palavras, na busca de um ponto de partida para a compreensão da relação entre normalização técnica e propriedade intelectual, optou-se pelo resgate histórico de sua formação na Europa, a partir do período medieval. Essa análise encerra-se na “era das revoluções”, que se estende de 1789 a 1848, conforme propõe HOBBSAWN.⁵

O resgate das origens medievais da relação entre normalização técnica e propriedade intelectual remonta à Idade Média, período que a literatura aponta como fase de formação de ambos os regimes, nos moldes em que hoje se consolidam.

Nessa época, dominava a tradição corporativista que preservava e defendia os interesses das associações de artesãos e mercadores. Com o apoio das autoridades públicas, as corporações exerciam o controle da atividade econômica a partir dos regulamentos que determinavam as regras atinentes à produção e ao comércio.⁶ Os regulamentos das corporações medievais são considerados o antecedente mais próximo das normas técnicas conhecidas na atualidade, especialmente, tendo em conta seu conteúdo técnico – estabeleciam prescrições técnicas sobre um produto ou atividade profissional.⁷ Nesses regulamentos, surgem também os primeiros elementos de apropriação de conhecimentos e reputação que deram origem, pouco mais tarde, às estruturas precursoras da propriedade intelectual.⁸

⁴ CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 66.

⁵ Segundo o autor, “a grande revolução de 1789-1848 foi o triunfo não da ‘indústria’ como tal, mas da indústria capitalista; não da liberdade e da igualdade em geral, mas da classe média ou da sociedade ‘burguesa’ liberal; não da ‘economia moderna’ ou do ‘Estado moderno’, mas das economias e Estados em uma determinada região geográfica do mundo (parte da Europa e alguns trechos da América do Norte), cujo centro eram os Estados rivais e vizinhos da Grã-Bretanha e França. A transformação de 1789-1848 é essencialmente o levante gêmeo que se deu naqueles dois países e que dali se propagou por todo o mundo” (HOBBSAWN, Eric. *A era das revoluções 1789-1848*. 25. ed. São Paulo: Terra e Paz, 2010, pp. 20-21).

⁶ CARVALHO, Nuno Pires de. *A Estrutura dos Sistemas de Patentes e de Marcas – Passado, Presente e Futuro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 164-165. Essa obra serve como uma referência fundamental neste capítulo. A riqueza dos detalhes e informações compiladas pelo autor nesse livro possibilitou, juntamente com as demais obras aqui referidas, uma análise fundamentada da relação entre as normas técnicas e os direitos de propriedade intelectual a partir da Idade Média até o período contemporâneo.

⁷ TARRÉS VIVES, Marc. *Normas Técnicas y Ordenamiento Jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 3.

⁸ Conforme observa Nuno Pires de Carvalho, nesse período se identificam as primeiras iniciativas “duráveis e coordenadas” no que se refere à adoção de regras de propriedade intelectual, tais como concebidas hoje (CARVALHO, 2009, p. 48). “A utilização da propriedade industrial como elemento de organização da

Os modelos estabelecidos no decorrer da Idade Média mantêm-se até o período contemporâneo, embora com algumas alterações. Somente após as revoluções industrial e francesa é que a propriedade intelectual e a normalização técnica assumem novos contornos no seio de sociedades baseadas na liberdade de iniciativa, que, segundo Paula FORGIONI, “corporifica o ideal de libertação dos ligames das corporações medievais, abrindo espaço para o sistema de mercado que então começava a se impor”.⁹

Assim, neste capítulo, são analisadas as principais transformações que a normalização técnica e a propriedade intelectual sofreram ao longo do período, as quais afetam as essências de ambos os regimes e de sua relação atual. Para o desenvolvimento dessa análise, este capítulo subdivide-se em três partes. A primeira versa a respeito das normas técnicas e patentes, ocasião em que se trata do direito de indústria e comércio à exclusividade de exploração industrial e comercial. Com a abordagem das normas técnicas e signos distintivos, a segunda enfoca a evolução da obrigação à exclusividade do uso de signos distintivos. Na terceira parte, a atenção é conferida às normas técnicas e direitos autorais, por meio do exame da evolução do direito de reproduzir à exclusividade de reprodução, particularmente no que se refere das obras literárias de conteúdo técnico.

1.1 NORMAS TÉCNICAS E PATENTES: DO DIREITO DE INDÚSTRIA E COMÉRCIO À EXCLUSIVIDADE DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA

Durante parte da Idade Média, a Europa Ocidental apresentava-se como uma economia de subsistência assente na terra, baseada principalmente na economia agrária ou rural. Organizada a partir de um sistema feudal, as povoações do ocidente fecharam-se

sociedade, com vistas a promover a indústria e o comércio, só ocorreu de uma norma sistemática na Europa a partir da Idade Média, e, de uma forma parcial, no Império Romano, como resposta (natural, espontânea) ao enorme desenvolvimento das redes comerciais. [...] Mas desde muito cedo a propriedade industrial fez parte do tecido social, seja com um sentido estritamente pragmático, instrumental, de promover certos elementos de política comercial ou industrial, seja como valor ético e moral de afirmação de valores de honestidade.” (CARVALHO, 2009, p. 52).

⁹ FORGIONI, Paula A. *A evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 187 e seguintes.

nas fronteiras de cada senhorio.¹⁰

Nessa época surgem as corporações medievais – designadas também guildas, ofícios, grêmios, *hansas*, confrarias, artes, *métiers*, *jurandes*, *handwerk* ou *Innung* – cuja origem precisa é desconhecida. Elas transformaram o modelo de organização do trabalho e, sobretudo, a estrutura jurídica e política de toda a economia por um longo período: aproximadamente do século XI ao século XVIII.¹¹

Num primeiro momento, na economia urbana da Baixa Idade Média, o associativismo voluntário, que estava na base da constituição das corporações, não tinha poder de garantir monopólios ou estabelecer uma disciplina exclusivista, de modo que as cidades se beneficiaram de uma atividade econômica relativamente livre. Contudo, na medida em que as corporações tornavam-se mais fortes, juntamente com as autoridades públicas (primeiro local, depois real), adotavam medidas protecionistas com o propósito de tutelar os interesses dos ofícios e dos consumidores, principalmente, no combate à fraude e à falsificação. A salvaguarda de interesses mútuos de forma organizada desenvolveu-se e fez surgir os privilégios concedidos pelo monarca.¹²

Concedidos por meio das chamadas “cartas patentes”,¹³ os privilégios davam às corporações o direito de monopolizar a produção e o comércio nas cidades. As primeiras

¹⁰ CARVALHO, 2009. p. 154. Todavia, há relatos de que, na Europa Oriental, existia uma vida urbana intensa e um tráfico mercantil significativo, indícios de uma atividade comercial organizada (ALMEIDA, Aberto Ribeiro de. *A autonomia jurídica da denominação de origem: uma perspectiva transnacional. Uma garantia de qualidade*. Coimbra: Wolters Kluwer, 2010, p. 40).

¹¹ A Antiguidade conheceu formas corporativas de organização do comércio e da indústria que se projetaram no Império Bizantino. Porém não se identifica, na literatura dos historiadores, continuidade entre os *collegia* da época romana e as corporações da Baixa Idade Média (ALMEIDA, 2010, pp. 46-47). As corporações romanas não tinham o mesmo prestígio social que vieram a ter as corporações de artesões medievais, a ponto de estabelecerem o direito de exclusividade sobre a manufatura e a venda local de suas especialidades. Segundo Nuno Pires de Carvalho, esse desprestígio estava associado ao tipo de trabalho: “em Roma, privilegiavam-se a agricultura e o serviço militar; qualquer outro trabalho que exigisse esforço físico era dado aos escravos. A ideia de trabalho artesanal, portanto, era associada a uma situação de escravatura” (CARVALHO, 2009. pp. 143-144 e 150). Foi o reconhecimento da dignidade do trabalho humano – doutrina da igreja, formulada por Santo Agostinho – que fez com que os trabalhadores emergissem durante o período medieval como dignos atores da atividade econômica, capazes de se organizarem e de pressionarem os senhores de modo a obterem atenção e proteção. Assim, os artesãos conseguiram, a partir dos séculos XI e XII, estabelecer as suas próprias regras de organização e de trabalho por meio do estabelecimento das corporações ou guildas (CARVALHO, 2009, p. 157).

¹² ALMEIDA, 2010, pp. 47-51. Segundo LADAS, as corporações, originalmente, foram constituídas por uma medida de polícia, com o propósito de pôr fim às fraudes que acometiam os consumidores (LADAS, Stéphane P. *La Protection Internationale de la Propriété Industrielle*. Paris: E. de Boccard, 1933, p. 9). Ver ainda BELSON, Jeffrey. *Certification Marks*. Special Report. London: Sweet & Maxwell, 2002.

¹³ CARVALHO, 2009, pp. 164-165. Ver ainda ALMEIDA, 2010, p. 57; TARRÉS VIVES, 2003. p. 57.

a obterem cartas de privilégio, já no século XI, foram as guildas de comerciantes. Com a ascensão da classe de artesãos, a crescente divisão de trabalho e a especialização profissional, criaram-se as corporações de fabricantes.¹⁴

Assim, com o reconhecimento e o amparo da autoridade pública, o controle da produção e do comércio foi absorvido e regulado pelas corporações, suprimindo-se a liberdade de acesso ao mercado e limitando-se a concorrência nas cidades. Deixou de haver, portanto, liberdade de exercício de uma atividade econômica destinada ao mercado, tanto em termos de produção como de intermediação.¹⁵

As corporações que, inicialmente, ambicionavam impulsionar e defender interesses comuns – com base em uma mentalidade econômica, estruturada pelo princípio da liberdade subordinado ao bem comum, à prevalência da qualidade dos produtos e da lealdade da concorrência – pouco a pouco assumem o controle do mercado. Nesse âmbito, a pertença a uma corporação que, inicialmente, era voluntária tornou-se condição obrigatória para os profissionais acederem a diversas profissões¹⁶ e colocarem determinados produtos no mercado local. Desse modo, restringiu-se a liberdade de iniciativa individual e de concorrência.

Com o propósito de garantir padrões de qualidade, assegurar seu prestígio e reputação¹⁷ e defender plena igualdade entre todos os seus membros – uma igualdade “negadora da concorrência”,¹⁸ conforme observa Ribeiro de ALMEIDA –, as corporações

¹⁴ Como, por exemplo, o regulamento da fábrica de panos de *Châlons*, da cidade de *Châlons-en-Champagne*, datado de 1244. Mais detalhes em CARVALHO, 2009, pp. 164-169.

¹⁵ ASCARELI, Tullio. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona: Bosch, 1980, p. 15; TARRÉS VIVES, 2003, p. 31; FORGIONI, 2009, pp. 206-207.

¹⁶ ALMEIDA, 2010, pp. 51-54. “A escolástica medieval reprovou a regulamentação e as normas das corporações que, contrariando o ideal social da Igreja, provocavam comportamentos monopolísticos, limitavam o acesso à profissão (negando a liberdade de trabalho) ou impunham um conjunto de restrições não justificadas por aquele ideal social ou pelo bem comum” (ALMEIDA, 2010, p. 50). No período medieval, não havia um direito ao trabalho. Os profissionais que não houvessem recebido uma autorização prévia para exercer a manufatura ou o comércio necessitavam de uma autorização especial. Em geral, os artesãos que trabalhavam dentro das estruturas corporativas tinham autorização, pois as corporações, por força de reconhecimento governamental, estavam autorizadas a fabricar e vender seus produtos (CARVALHO, 2009, pp. 78-79).

¹⁷ “A garantia de qualidade gerava reputação, e a reputação era o melhor (senão o único) meio de induzir os pais a oferecerem seus filhos ao aprendizado das corporações (e de incitar os filhos dos mestres a seguir o ofício de seus pais)” (CARVALHO, 2009, p. 166).

¹⁸ Contudo, conforme observa Nuno Pires de Carvalho, “a concorrência não era de todo proibida”. Como exemplo, ele destaca que, “em 1285, Edward I, rei da Inglaterra, permitiu que os habitantes de *Abeville* ‘fabricassem tecidos em suas casas’ e os vendessem no mercado das segundas-feiras de cada semana em

juntamente com as autoridades públicas,

[...] impunham que as transacções se realizassem no mercado e a certas horas (de modo a poderem controlar o comércio), fiscalizavam a qualidade dos produtos (com vista, designadamente, a assegurar o prestígio da corporação), usando inclusive selos de garantia, regulamentavam os preços, criavam taxas, disciplinavam os salários, fixavam as horas de trabalho, estabeleciam o número de ferramentas e de pessoas que poderiam existir em cada oficina, regulavam a publicidade (proibindo-a, por vezes, de modo a garantir igualdade de “armas” na concorrência), proibiam o segredo da invenção ou da descoberta (para garantir a lealdade entre todos os membros), proibiam a falsificação de marcas e denominações de origem, regulavam rigidamente as vendas a crédito, controlavam o fornecimento e armazenamento das matérias-primas, limitavam a capacidade de produção, determinavam os processos e a técnica a utilizar rigorosamente por todos os membros, etc.¹⁹

Portanto, a produção e o comércio eram amplamente regulados. As corporações definiam desde as matérias-primas a serem utilizadas, as técnicas de manufatura, a forma e as dimensões do produto final e as condições para a realização do comércio no mercado local.²⁰ As prescrições técnicas relacionadas aos produtos e processos de produção e às condições de comercialização previstas nos regulamentos eram impostas com rigor pelas corporações a todos os seus membros.²¹

Com o objetivo de assegurar a manutenção da qualidade, os artesãos eram obrigados a vender seus próprios produtos.²² Era comum proibir-se que um artesão que tivesse iniciado a fabricação de uma peça a transferisse para acabamento a um companheiro, para que não houvesse diluição de responsabilidade. Portanto, a

concorrência com os mercadores vindos de fora. [...] O que estes artesãos de fora não podiam fazer, claro, era vender seus produtos a uma janela dentro da cidade de *Abeville* (como faziam os artesãos locais nos outros dias, excluídos os domingos e as segundas-feiras)” (CARVALHO, 2009, p. 169).

¹⁹ ALMEIDA, 2010, pp. 51-53.

²⁰ “Com efeito, os fabricantes de panos estavam, mediante os estatutos das corporações, obrigados a seguir estritos preceitos técnicos quanto à fabricação: largura e comprimento dos panos, quantidade de pontos, qualidade do material, entre outros” (CARVALHO, 2009, p. 544). Ainda, “proibia-se (com rigor) também que os mestres se associassem para aumentar preços de maneira coordenada ou para adquirir todas as matérias-primas disponíveis. Esta proibição destinava-se a proteger os consumidores (a razoabilidade dos preços era um dos elementos presentes na ética do comércio ditada pela corporação)” (CARVALHO, 2009, p. 168). Ver TARRÉS VIVES, 2003, p. 46.

²¹ CARVALHO, 2009, pp. 166-168; TARRÉS VIVES, 2003, p. 38.

²² “O mestre de ofício era também um comerciante – ele vendia a sua própria produção à janela da sua oficina (muitas vezes localizada no andar térreo da habitação em que ele morava com a sua família)” (CARVALHO, 2009, p. 168).

especialização era limitada e individualizada.²³ As sanções, nesses casos, podiam ser muito severas²⁴.

Outra maneira de as corporações manterem a qualidade dos produtos e evitarem a concorrência desleal entre seus membros era a de se oporem ao desenvolvimento técnico exógeno. Não eram aceitas as inovações que não partissem de dentro e que não fossem adotadas pela maioria dos mestres. O segredo das invenções, aperfeiçoamentos e descobertas no âmbito das corporações era proibido. Ademais, se um artesão produzisse mercadorias claramente superiores às dos padrões estabelecidos pela corporação, a consequência, geralmente, seria um processo de contrafação e o confisco das mercadorias de melhor qualidade.²⁵ Noutros casos, os mestres mais tradicionais reclamavam das mudanças e chegavam a obter cartas reais proibindo as práticas, mas, em algumas situações, o rei acabava por aceitá-las e intercedia na alteração das prescrições técnicas previstas nos regulamentos.²⁶

Com isso, observa-se que as corporações não eram inteiramente fechadas aos aperfeiçoamentos e realizavam melhorias técnicas em seus produtos e processos de produção, porém, de forma espontânea, sem um plano deliberado.²⁷ Contudo, buscavam resguardar os segredos intercorporações.²⁸

²³ CARVALHO, 2009, p. 167. Ver ainda TARRÉS VIVES, 2003, p. 42.

²⁴ CARVALHO, 2009, p. 167.

²⁵ CARVALHO, 2009, pp. 169-170.

²⁶ Como exemplo dessa situação, destaca-se o caso dos calções relatado por Nuno Pires de Carvalho. Os calções eram uma peça de vestuário comum na Idade Média, que cobriam desde a cintura até os joelhos. Inicialmente, eram presos ao corpo por um simples cordão, que os amarrava à cintura. No final do século XIV, tornou-se moda prendê-los a uma camisola interior por meio de alfinetes. Diante disso, muitos fabricantes de calções começaram a vendê-los munidos de alfinetes. Os mestres mais tradicionais reclamaram dessa mudança e chegaram a obter cartas reais proibindo essa prática. No entanto, nesse caso, a preferência dos consumidores triunfou e vários fabricantes continuaram produzindo calções com alfinetes, sujeitando-se às multas, até que o rei acabou por aceitar que o estatuto dos fabricantes fosse alterado (CARVALHO, 2009, p. 170).

²⁷ Segundo James M. Murray, a s pesquisas dos últimos anos mostram que “as guildas de artesãos podem ter sido uma força favorável à inovação e à mudança econômica” (MURRAY, James M. Empreendedores e empreendedorismo na Europa medieval. In: LANDES, David S. MOKYR, Joel; BAUMOL, William J. *A origem das corporações: uma história do empreendedorismo da mesopotâmia aos dias atuais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 118).

²⁸ CARVALHO, 2009, p. 174. Uma das consequências dessa situação, segundo CARVALHO, é que quase não se encontram patentes concedidas nessa época para aperfeiçoamentos de produtos existentes, tendo em vista que as guildas não necessitavam de (novas) patentes para proteger aperfeiçoamentos, pois já dispunham de autorização para o exercício da atividade por meio da carta que lhes havia reconhecido seu estatuto (CARVALHO, 2009, p. 179). “Outro tipo de cláusula estatutária que apontava a preocupação com a apropriação dos conhecimentos dizia respeito às restrições quanto à produção por artesãos que não

O cumprimento dos regulamentos pelos membros era monitorado pelas corporações. Para garantir a observância das exigências técnicas, elas fiscalizavam a produção e a qualidade dos produtos, usando, inclusive, selos de garantia. A falsificação de selos, marcas e denominações de origem eram fortemente punidas. O incumprimento da disciplina da corporação quanto à qualidade dos produtos equivalia a uma “traição aos colegas” (concorrência desleal), cujo autor poderia ser punido.²⁹

Já o exercício do privilégio pelas corporações era controlado pelas autoridades públicas. Além da cobrança de tributos, a autoridade municipal fiscalizava as corporações, cuja disciplina regulamentadora imposta deveria ser estritamente observada, sob pena de árduas sanções. Pela perspectiva da técnica, para aferir o cumprimento das prescrições contidas nos regulamentos corporativos, as autoridades recorriam ainda aos padrões de pesos e medidas estabelecidos pelo governante.³⁰ Segundo Nuno Pires de CARVALHO, “não é tanto o consumidor que se protege, nem o artesão que se controla – apesar de esses dois aspectos estarem presentes –, mas é a economia manufatureira que se estrutura dentro de padrões pré-estabelecidos”.³¹

No século XIII, além dos privilégios conferidos às corporações, os reis e senhores começaram a conceder “cartas patentes” para novas indústrias que viessem a se instalar em seus domínios. Em 1236, o rei inglês Henry III outorgou uma das primeiras cartas patentes desse tipo de que se tem conhecimento.³² Nesse caso, foi conferida a um cidadão

estivessem afiliados à corporação, mesmo que eles fossem qualificados (Estatuto dos Alfaiates de Hull, de 1680)” (CARVALHO, 2009, p. 174). Ver TARRÉS VIVES, 2003, pp. 40-41.

²⁹ Na prática, “os artesãos de uma mesma corporação se concentravam numa rua ou num bairro específico da cidade para facilitar a visita dos magistrados ou dos visitantes de cada corporação”. Ocorria que essa proximidade acabava por gerar certa concorrência, ainda que mitigada (CARVALHO, 2009, p. 168).

³⁰ No contexto político, os pesos e medidas atuavam como fatores determinantes de poder para a autoridade, que se manifestava de três maneiras diferentes: era o detentor dos padrões de pesos e medidas; detinha o poder de controlar as cópias existentes; e tinha o poder de punir as falsificações (SILVA, Irineu da. *História dos Pesos e Medidas*. São Carlos: Ed. UFSCar, 2004, pp. 29-31).

³¹ ALMEIDA, 2010, p. 50; CARVALHO, 2009, p. 166. “As sanções podiam ser impostas com muito rigor. Por exemplo, o artesão infrator podia ser condenado a ficar preso no pelourinho, para seu vexame público. E, nalguns casos, junto com o contrafator eram também expostas as peças irregulares – para que os consumidores aprendessem a distinguir essas peças das legítimas. [...] Geralmente, as penas eram de natureza pecuniária, além da apreensão das mercadorias contrafeitas. Mas podia haver também punições corporais, como o chicoteamento”. “Em 1266, uma lei aprovada pelo rei Henry II, dispunha que nas três primeiras vezes que um padeiro fosse condenado por violar as normas relativas ao peso do pão, se a infração não fosse além de um determinado peso (uma onça e um quarto), ele seria multado. Mas se ele voltasse a descumprir as normas ou se o descumprimento fosse além daquele peso, independentemente de ele ser reincidente ou não, esse padeiro seria levado ao pelourinho” (CARVALHO, 2009, pp. 167-168).

³² Essa carta patente confirmou outra anterior, dada pelo prefeito e pelos jurados de Bordeaux, em 1234, a Bonafusus de Sancta Columba, cidadão daquela cidade. O privilégio não era só industrial, tinha também

de Bordeaux, Bonafusus de Sancta Columba, uma patente para fabricar panos coloridos à maneira dos flamengos, dos franceses ou dos ingleses, durante um período de quinze anos, com exclusividade.

Inicialmente, o objetivo principal dessas patentes, era expandir a base da produção e, por efeito, ampliar a base tributária. Não consistia propriamente em privilegiar invenções ou o avanço técnico como tal nas indústrias já instaladas.³³

A instalação de novas unidades produtivas comumente era autorizada de forma a não oferecer perigo de interferir com atividades produtivas em curso – condição fundamental para não ofender os privilégios das corporações.³⁴ Essas patentes conferiam essencialmente autorizações de uso de uma nova técnica de manufatura, em alguns casos, com exclusividade, não coberta pelos privilégios de exclusividade das corporações.³⁵

Os artesãos que obtinham tais privilégios não ficavam submetidos às corporações. Eventualmente, membros de corporações também pediam patentes, porém, em muitos casos, enfrentavam forte resistência de seus mestres. Embora as corporações não fossem totalmente avessas às invenções – desde que endógenas e que não ameaçassem os padrões técnicos estabelecidos –, elas se opunham ao avanço do regime das patentes, pois viam nele uma ameaça ao sistema de favores e de proteção que garantiam sua sobrevivência.³⁶

Um século depois, foi agregada uma nova feição às patentes: a de um instrumento de incentivo à transferência de tecnologia e inovação às indústrias nacionais. Conforme

natureza comercial, pois Bonafusus recebera também o privilégio exclusivo de comprar qualquer colorante ou equipamento para fabricar tecidos coloridos. Contudo, quaisquer mulheres podiam fiar e preparar lã de qualquer outra maneira sem ter que lhes pedir licença (CARVALHO, 2009, p. 176).

³³ CARVALHO, 2009, p. 176. As corporações, que “não hesitavam em defender sua posição de privilégio com relação a especializações manufatureiras que elas entendiam interferir com suas áreas reservadas de trabalho, muito mais resistência ofereceriam contra novas tecnologias e estrangeiros que reduzissem as suas vendas” (CARVALHO, 2009, p. 176).

³⁴ CARVALHO, 2009, pp. 196 e 230.

³⁵ CARVALHO, 2009, p. 176. Além do direito de usar uma técnica específica, a carta patente dava ao artesão o direito de excluir terceiros. O principal motivo da concessão dessa exclusividade estava na necessidade de colocar o artesão sem vínculo corporativo em igualdade de condições com as corporações. Sem tal exclusividade, essas poderiam incorporar a técnica coberta pelas patentes em sua linha de produção, prejudicando o artesão independente. Desse modo, as patentes passaram a se constituir em um mecanismo de proteção dos artesãos contra a concorrência (CARVALHO, 2009, p. 196). Ver ainda, TARRES VIVES, 2003, p. 56.

³⁶ CARVALHO, 2009, p. 310.

relata Nuno Pires de CARVALHO, durante o século XIII, a Inglaterra buscou estabelecer uma indústria manufatureira de lã de qualidade, mas não teve sucesso. Ele salienta que:

Uma grande quantidade de lã era efetivamente industrializada e transformada em tecidos em Inglaterra, mas a qualidade desses tecidos era baixa e não era exportável. Os tecidos mais finos, utilizados pelas classes mais altas, eram, sobretudo, produzidos na Flandres e nas províncias do Reno. Por várias vezes, como meio de incentivar o refinamento da indústria nacional, o parlamento inglês proibiu a exportação da lã bruta. [...] Os objetivos eram dificultar a produção no exterior, pela redução da matéria-prima, e baixar os preços da lã no mercado interno, em razão do aumento da oferta. Mas estas medidas tinham validade temporária e a falta de êxito em aumentar a qualidade da indústria nacional serviu para deixar claro que o problema não estava na oferta da matéria-prima e sim na falta de tecnologia.³⁷

Diante disso, a solução encontrada no século seguinte foi a de atrair artesãos flamengos para o país. Desse modo, o rei inglês Edward III recorreu às cartas patentes de conteúdo técnico – instrumento jurídico que serviu de inspiração também para outros reis europeus.³⁸

Por meio dessas patentes, aos artesãos estrangeiros assegurava-se o direito de explorar seus conhecimentos em território nacional e, conforme o caso, junto com outros benefícios, dentre os quais a exclusividade temporária na exploração.³⁹ Adicional ou alternativamente ao direito de excluir, também podiam ser conferidos benefícios fiscais, remuneração, tanto para compensar pelo custo do desenvolvimento da invenção quanto para premiar o introdutor da nova técnica, além do direito de residência e a naturalização.⁴⁰ Em contrapartida, exigia-se deles o estabelecimento de uma indústria no país, por meio da qual eles deveriam transferir a tecnologia⁴¹ pelo aprendizado aos

³⁷ CARVALHO, 2009, p. 178.

³⁸ Nota-se que, na Itália, “em 1310, 900 famílias foram retiradas de Luca, das quais 31 foram para Veneza e se ofereceram para introduzir ali a produção de seda. Sua oferta foi aceita, muitos privilégios lhes foram concedidos e, assim, deram início à produção com 300 operários” (SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. São Paulo: Madras, 2009, p. 311).

³⁹ CARVALHO, 2009, p. 178.

⁴⁰ CARVALHO, 2009, p. 79.

⁴¹ Em certas situações, no entanto, o segredo era resguardado. Diversas cartas patentes outorgadas durante a Guerra dos Cem Anos, entre os anos 1337 a 1453, por Edward III, Richard II e Henry IV, estabeleciam instruções para a proteção de segredos, principalmente de segredos de Estado relacionados à segurança nacional (CARVALHO, 2009, p. 184). Na França, também, embora de forma excepcional, várias patentes foram concedidas sem que o inventor fosse obrigado a comunicar seu segredo, sob a condição de que, se concorrentes descobrissem o segredo de fabricação, eles também teriam direito de produzir o produto cobertos pelo privilégio (CARVALHO, 2009, p. 303).

mestres locais.⁴²

Considerando que muitos artesões não possuíam privilégios especiais em seus países de origem,⁴³ esse instrumento serviu de forte atrativo aos estrangeiros. Diversos foram os artesãos flamengos, incluindo-se tecelões e tintureiros de Bruges, Brabante, Ghent e Ypres, que se instalaram na Inglaterra nessas condições. Em 1336, por exemplo, dois tecelões de Brabante instalaram-se em York com benefícios concedidos por carta patente.⁴⁴

Diante disso, as patentes para novas indústrias – patentes de conteúdo técnico - que, inicialmente, serviam para a expansão da base da produção e incremento da base tributária, assumiram também a função de incentivar a transferência de tecnologia e a inovação no país. Ademais, as patentes individuais que, originariamente, tinham como conteúdo principal permitir o exercício de uma atividade econômica, secundariamente, reconheciam o direito de exclusividade de exercício de determinada atividade econômica.⁴⁵

Nesse mesmo sentido, como forma de política econômica, em 1474, em Veneza, introduziu-se um dos primeiros regimes jurídicos a regular a concessão de cartas patentes de conteúdo técnico de forma sistemática. Um dos aspectos mais importantes do conteúdo dos privilégios venezianos era que, além de permitir o exercício da atividade econômica com exclusividade, determinava a obrigação de explorar os inventos.⁴⁶

⁴² A transferência de tecnologia pelo aprendizado que, inicialmente, ocorria por meio do contato direto com o inventor, mais tarde passou a ser feita por meio de protótipos e da publicação do conteúdo da patente descrito pelo inventor. Essa lógica explica, em parte, o motivo dos prazos de duração das patentes na Inglaterra, séculos mais tarde, com o Estatuto dos Monopólios, de 1624: “Na Inglaterra, as patentes durariam 14 anos, ou seja, o período normal de aprendizado dentro de uma corporação multiplicado por dois, eventualmente por se considerar que, em se tratando de uma nova indústria, haveria necessidade de mais tempo para que os aprendizes absorvessem a nova técnica” (CARVALHO, 2009, pp. 178-180 e 233. Ver ainda SMITH, 2009, p. 311).

⁴³ Segundo Nuno Pires de Carvalho, essa iniciativa contemplava o objetivo de cada um dos imigrantes: “ganhar mais do que ganhava em sua terra” (CARVALHO, 2009, p. 178).

⁴⁴ “A proteção foi dada tendo em vista a intenção do artesão de instruir e informar aqueles que quisessem aprender a sua técnica. Em segundo lugar, contém uma promessa de que proteção idêntica será dada a outros artesãos. Com efeito, cartas semelhantes foram depois enviadas a outros artesãos”. Mais exemplos e medidas adotadas pelo rei inglês podem ser consultados em CARVALHO, 2009, pp. 179-183.

⁴⁵ CARVALHO, 2009, p. 79.

⁴⁶ CARVALHO, 2009, p. 197. Entre 1474 e 1788, o Senado de Veneza concedeu 1904 patentes, de modo que 200 delas foram outorgadas a artesãos vindos de fora da península itálica. Carvalho, ao referir-se a patentes venezianas, cita Braudel: “Em Veneza, as patentes de invenção, sérias ou não, anotadas nas folhas

Desse modo, no cenário europeu, entre os séculos XV e XVII, gradativamente, ampliou-se o número de cartas patentes concedidas e, por conseguinte, o ingresso de artesãos individuais no mercado, fora do controle e da regulamentação das corporações – os chamados “artesãos livres”.⁴⁷

Na Inglaterra, entretanto, a concessão de privilégios exclusivos acentuou-se exponencialmente, porém de maneira abusiva.⁴⁸ Com o propósito de expandir a base tributária,⁴⁹ as cartas patentes não eram só concedidas a inventores genuínos, mas também aos protegidos da coroa para exercerem atividades comerciais em caráter de monopólio. Em muitos casos eram privilégios sem qualquer conteúdo técnico e em troca dos quais a coroa recebia uma participação, ou uma quantia fixa, do monopolista.⁵⁰

Esse protecionismo, associado ao abuso na concessão de patentes, ensejou inúmeras disputas políticas e judiciais. Tanto o Parlamento como o a Justiça inglesa consideravam muitos dos monopólios ilegais. Nesse sentido manifestou-se a corte inglesa, em 1603, no famoso caso *Darcy v. Allen*. A decisão da corte nessa disputa – conhecida como o “Caso dos Monopólios” – foi emblemática por estabelecer os limites

de registros e arquivos do Senado, respondem, nove vezes em cada dez, aos problemas da cidade: tomar navegáveis os cursos de água que convergem para a lagoa; escavar canais; elevar a água; secar os terrenos pantanosos; fazer mover os moinhos sem recurso, claro, neste universo de águas mortas, à força hidráulica; impulsionar as serras, as mós, os martelos que reduzem a pó o tanino ou as matérias-primas a partir das quais se fabrica o vidro” (CARVALHO, 2009, pp. 206-207).

⁴⁷ ALMEIDA, 2010, pp. 55-56.

⁴⁸ A coroa parecia ter certo cuidado apenas em conceder privilégios que não afetassem alguns os interesses gerais da coletividade, sobretudo, no que dizia respeito à eliminação de postos de trabalho. Assim, negava a concessão de privilégios para inventos que reduzissem a necessidade de mão-de-obra. Elizabeth havia adotado uma política de fomento do emprego e não tolerava medidas que contrariassem essa política. Em seu reinado adotou leis como a que determinou que os desempregados trabalhassem (1575-1576) bem como a lei dos pobres (1601). O caso mais conhecido foi o de William Lee que pediu uma patente (negada) para um tear mecânico inventado em 1589 (CARVALHO, 2009, pp. 219-220). A resistência a esse tipo de patente persistiu durante vários séculos. Somente a partir da última década do século XVIII é que parece, finalmente, ter desaparecido, quando a Inglaterra se encontrava em plena Revolução Industrial. Essa situação não chegou a ocorrer na França (CARVALHO, 2009, p. 310). Conforme David Ricardo, “a substituição de trabalho humano por maquinaria é frequentemente muito prejudicial aos interesses da classe dos trabalhadores”, mas ele considera o uso de nova maquinaria que não deve deixar de ser incentivada (RICARDO, David. *Princípios de Economia Política e Tributação*. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988, pp. 211-216). Já Jean-Baptiste Say diz que “seria loucura, entretanto, recusar melhoramentos que, a partir de então, favorecerão sempre à humanidade por causa dos inconvenientes que poderiam apresentar na origem”. Ele não ignora que a substituição do trabalho humano era um desses inconvenientes e justifica sua posição a partir de relevantes exemplos (SAY, Jean-Baptiste. *Tratado de Economia Política* (Tradução de Balthazar Barbosa Filho). São Paulo: Abril Cultural, 1983, pp. 92-95).

⁴⁹ “Este objetivo de ganho gerou também uma quase indústria de privilégios ou patentes, pois em muitos casos as patentes eram concedidas em troca do pagamento de uma retribuição, a qual era recolhida aos cofres públicos” (CARVALHO, 2009, p. 195).

⁵⁰ CARVALHO, 2009, pp. 219-222.

da concessão de privilégios de conteúdo não técnico pela coroa.⁵¹

Poucos anos mais tarde, aprovou-se o Estatuto dos Monopólios, que foi transformado em lei, em 1624.⁵² Segundo LADAS, esse documento consistiu na grande carta de direitos do inventor e de liberdade de comércio.⁵³

Por meio dele, foram abolidos os monopólios que consistiam em privilégios individuais concedidos abusivamente pela coroa, resguardando-se apenas os privilégios de invenção (direito do inventor) e os concedidos às corporações. Com a abolição dos monopólios, a liberdade de comércio (e de indústria) se instaurou na Inglaterra.

Ainda, de forma sistemática, o Estatuto estabeleceu as condições necessárias para a concessão de patentes e a duração dos privilégios de exclusividade, suprimindo a arbitrariedade. As invenções seriam protegidas nos limites técnicos reivindicados, mesmo quando se destinassem a substituir técnicas existentes.⁵⁴

Com o desenvolvimento da aplicação dos privilégios, o sistema inglês de patentes evoluiu de um regime medieval, integrado no corporativismo econômico, para um regime competitivo baseado na liberdade individual.⁵⁵

Embora o Estatuto dos Monopólios tenha resguardado os privilégios das corporações, seu poder e influência foram gradualmente sendo diluídos. Com a tendência cada vez mais acentuada à especialização e à divisão do trabalho, uma forte frente de disputa para as corporações era a defesa de sua exclusividade de trabalho no campo de

⁵¹ O caso versou sobre um privilégio exclusivo para fabricar, importar e vender cartas de jogar na Inglaterra. O tribunal entendeu que o monopólio de Darcy violava a *common law* em quatro instâncias: (a) o monopólio ofendia a liberdade de trabalho dos súditos ingleses, e já havia precedente jurisprudencial nesse sentido; (b) todos os monopólios são prejudiciais à sociedade pois eles não preservam senão os ganhos particulares dos seus beneficiados; (c) o monopólio não podia ser concedido para afetar o trabalho dos que já estão instalados na profissão; e (d) não havia justificativa em conceder um monopólio por vinte e um anos para um cidadão que não possuía qualquer habilidade técnica especial na fabricação de cartas. (CARVALHO, 2009, pp. 101 e 220-222). Sobre o caso *Darcy v. Allen* julgado pela corte inglesa, *King's Bench*, e o Estatuto dos Monopólios de 1624, ver LADAS, Stéphane P. *La Protection Internationale de la Propriété Industrielle*. Paris: E. de Boccard, 1933, pp. 10 e seguintes.

⁵² CARVALHO, 2009, pp. 224-227. Outro privilégio concedido por James I que, em especial, irritou uma grande parte da população foi o privilégio de “visitar” os panos e selá-los, para cobrar impostos (CARVALHO, 2009, p. 229).

⁵³ LADAS, 1933, pp. 10 e seguintes.

⁵⁴ CARVALHO, 2009, p. 310.

⁵⁵ Ver CARVALHO, 2009, p. 310.

sua especialização.⁵⁶

Como em certos setores da indústria havia limites poucos nítidos entre as especialidades, os artesãos de uma corporação acabavam por produzir e comercializar mercadorias, em princípio, reservadas à outra. Esse era o caso, sobretudo, da indústria têxtil, na qual a evolução tecnológica e a complexidade dos processos de produção levaram ao surgimento de diversas especialidades, umas muito próximas das outras.⁵⁷

Destarte, com a desarticulação das corporações e o incremento do comércio além dos limites das cidades, a figura do comerciante profissional ganhou destaque. O espírito capitalista e liberal da emergente classe burguesa – que fugia às regulamentações corporativas dos ofícios e autoridades municipais –, progressivamente, conseguiu confrontar e diminuir o papel econômico das corporações.⁵⁸

A indústria têxtil, por exemplo, a cadeia produtiva do tecido de lã encontrava-se segmentada em muitas fases de produção, e cada qual correspondia a uma corporação diferente. A falta de cooperação entre elas – que, muitas vezes, entravam em disputas judiciais ou mesmo físicas, para defender sua exclusividade – levou os comerciantes a coordenarem a relação produtiva entre as corporações. Assim, eles acumulavam ganhos e os utilizavam para encomendar mercadorias.⁵⁹

Dessa maneira, a produção manteve-se centralizada nas corporações, porém passou a depender, em boa parte, das encomendas feitas pelos comerciantes. Conforme descreve CARVALHO:

As guildas já não determinavam o seu próprio ritmo de produção e de comércio, pois de forma crescente elas atendiam a encomendas feitas pelos comerciantes, os quais por vezes lhes entregavam a matéria-prima para que elas produzissem nas quantidades e nos moldes solicitados.⁶⁰

⁵⁶ Ver CARVALHO, 2009, p. 174.

⁵⁷ CARVALHO, 2009, p. 174. Ver ainda ALMEIDA, 2010, pp. 55-56.

⁵⁸ ALMEIDA, 2010, pp. 40-42. Ver ainda BELSON, Jeffrey. *Certification Marks*. Special Report. London: Sweet & Maxwell, 2002, p. 7.

⁵⁹ CARVALHO, 2009, p. 561.

⁶⁰ Essa figura do comerciante-capitalista surgiu, inicialmente, no setor têxtil e teve uma importância elevada no desenvolvimento econômico dessa época. “Os primeiros comerciantes-capitalistas surgiram na Holanda, mas, depois, o aumento da produção e a disponibilidade de quantidades de produtos além da necessária para o consumo imediato dos clientes locais permitiram o aparecimento desta nova classe de trabalhadores na Inglaterra, na França e por toda a Europa” (CARVALHO, 2009, p. 193).

Assim, o artesão deixou de exercer a atividade mercantil, dedicando-se, predominantemente, à atividade produtiva. O comércio passou a ser exercido, sobretudo, por profissionais.⁶¹ Com isso, na Inglaterra, o sistema corporativo de produção foi sendo desestruturado e substituído,⁶² culminando com a descorporativização no século XVIII.⁶³

O modelo preconizado pelo Estatuto de Monopólios foi, em parte, seguido por outros países europeus, como a França, a Espanha e Portugal. Na América, as colônias inglesas foram as primeiras a adotá-lo, dentre as quais Massachusetts, em 1641, e Carolina do Sul, em 1691.⁶⁴

Com especial atenção à França, cabe observar que esse movimento ocorreu somente um século depois e de forma diferenciada. No país, no século XVII, os privilégios exclusivos eram subdivididos em: monopólios, dados a empresários e investidores que os solicitavam para se estabelecerem num dado ramo de indústria ou comércio; privilégios de invenção; e os privilégios das corporações de ofício.

Quanto aos privilégios de invenção, os titulares recebiam o direito de explorar determinada técnica nova, somado ao direito de excluir qualquer concorrente de produzir e comercializar não apenas a invenção, mas também qualquer produto que lhe fizesse concorrência, ainda que fosse tecnicamente diferente.⁶⁵

Com efeitos anticoncorrenciais “perversos sobre a economia”,⁶⁶ essa política de Henri IV foi mantida por Luís XIII, por inspiração de Richelieu, e, posteriormente, por Luís XIV, sob a orientação de Jean-Baptiste Colbert, seu ministro das finanças entre 1665

⁶¹ CARVALHO, 2009, p. 561.

⁶² CARVALHO, 2009, p. 154; ALMEIDA, 2010, pp. 43-44.

⁶³ TARRÉS VIVES, 2003, p. 108. Segundo Marc Tarrés Vives, “en lo político ya se ha dado allí una revolución (la Gloriosa de 1688), y en lo económico las corta pisas gremiales han prácticamente desaparecido, propiciando un marco favorable al progreso técnico” (TARRÉS VIVES, 2003, p. 65). O desaparecimento das corporações significa também a do artesão. O elemento humano cede, definitivamente, à máquina (TARRÉS VIVES, 2003, p. 75). No campo das patentes, esta fase de industrialização, sob a coordenação de capitalistas, levou à introdução de modificações e de ajustes nos regimes então existentes. A maior mudança ocorreu em razão da liberalização geral da economia. Na Inglaterra, essa liberalização resultou da perda progressiva de poder da coroa e dos ganhos sociais das classes produtivas – a Revolução Industrial nunca poderia ter ocorrido num sistema de economia dirigida, pois ela teve como motor as iniciativas de alguns empresários de gênio em busca de ganhos individuais (CARVALHO, 2009, pp. 276-277).

⁶⁴ CARVALHO, 2009, pp. 194-196.

⁶⁵ Ver CARVALHO, 2009, pp. 252-254; TARRÉS VIVES, 2003, pp. 62-64.

⁶⁶ CARVALHO, 2009, p. 254.

e 1683. Contudo, até certo ponto, avesso à concessão de tais privilégios, Colbert acabou por estabelecer novas bases na política industrial e comercial francesa.

Dentre outros aspectos, ele impôs certa sistematização e o exame para a concessão de privilégios de invenção – muitos deles eram, até então, concedidos de forma irregular.⁶⁷ A ideia de Colbert era a de que as indústrias mereciam apoio para nascerem e se firmarem, mas que os privilégios não deviam ser permanentes, sob pena de se converterem em monopólios.⁶⁸

Em relação às corporações, Colbert buscou transformá-las em um instrumento fundamental de governo e de organização econômica da nação, por meio de estímulos e de uma disciplina rigorosa. Contudo, elas se afastaram progressivamente da evolução econômica dominante e não subsistiram à Revolução Francesa de 1789, quando foram extintas.⁶⁹

A abolição dos privilégios das corporações de ofício ocorreu por meio do Decreto *d'Allarde*, de março de 1791, no qual se proclamou também a liberdade de indústria e comércio.⁷⁰ Poucos meses depois foi adotada a Lei *Le Chapelier*, que impediu o retorno das corporações e de quaisquer formas de associações e agremiações profissionais que pudessem obstar a liberdade preconizada. Nesse mesmo sentido, concluiu-se um acordo do Constituinte, em 27 de setembro daquele ano.⁷¹

Essa liberdade supôs não apenas a supressão das corporações, senão também a de toda regulamentação técnica e sistemas de controle sobre a indústria e o comércio. Essa

⁶⁷ Colbert, até certo ponto, avesso à concessão de privilégios para técnicas já disponíveis na França ou para indústrias já existentes, formulou a sua política em matéria de privilégios numa carta endereçada ao senhor Dallyez, diretor da Companhia do Levante, nos seguintes termos: “Examinarei as propostas que vós me fazeis com relação à fabricação de crepe; mas como eu acompanho a situação dessa indústria já há algum tempo, estou quase convencido que ela se manterá dando liberdade ao público para a exercer e revogando o privilégio do senhor Dupuy. Vós podeis estar certos de que sempre que eu achar mais vantajoso, ou diante de vantagens iguais, não hesitarei em eliminar todos os privilégios, ainda mais quando se nota que o do senhor Dupuy não produziu resultados” (CARVALHO, 2009, p. 254).

⁶⁸ CARVALHO, 2009, pp. 252-254. Ver ainda TARRÉS VIVES, 2003, pp. 62-64.

⁶⁹ ALMEIDA, 2010, pp. 57-58.

⁷⁰ O Decreto *D'Allarde*, de 1791, que anunciou o princípio da liberdade de iniciativa, nunca chegou a ser expressamente derogado e serve ainda de apoio ao Conselho de Estado francês para sancionar o reconhecimento das liberdades de indústria e comércio (SERENS, Manuel Couceiro Nogueira. *A Monopolização da concorrência e a (re-)emergência da tutela da marca*. Coimbra: Almedina, 2007). “O princípio da liberdade de iniciativa econômica é originalmente posto no édito de *Turgot*, de 1776, e reafirmado plenamente no Decreto *d'Allarde*, de 1791” (FORGIONI, 2009, p. 206).

⁷¹ TARRÉS VIVES, 2003, pp. 86-87. Ver SERENS, 2007; FORGIONI, 2009, p. 206.

situação resultou em um vazio institucional que não tardou em ser denunciado pelos próprios fabricantes e comerciantes. Os riscos industriais e os danos em que se materializaram fizeram com que o governo tomasse consciência da necessidade de certa intervenção com o propósito de garantir a segurança das pessoas.⁷²

Nesse cenário, o Estado revelou-se como a única instância legitimada para estabelecer o adequado marco normativo que exigiam os novos sistemas de produção e comércio. Portanto, passou a adotar normas e regulamentos técnicos, cuja vigilância, inicialmente, era de responsabilidade dos corpos de engenheiros integrados à Administração estatal. Tratava-se de um paradoxo, uma vez que imperavam os princípios liberais que o obrigavam a manter uma posição absentista.⁷³

De outra parte, com a proclamação da liberdade de indústria e de comércio, em 1789, além da extinção das corporações, os monopólios e os privilégios de invenção também desapareceram. Contudo, não demorou a se afirmarem os direitos de inventor. Por meio de lei de janeiro de 1791, regulada em maio do mesmo ano e, posteriormente, na Constituição Francesa, foi reconhecido o direito de propriedade exclusiva do inventor sobre suas criações, limitado a um período de 15 anos.⁷⁴

A Lei de patentes de 1791 declarou que o direito do inventor sobre sua criação consistia em direito exclusivo de “propriedade”, baseado nos “Direitos do Homem”.⁷⁵ Essa situação gerou uma mudança radical no sistema de patentes, pois elas deixaram de ser regulamentos administrativos sobre a produção, ou concessões administrativas de exploração de indústrias,⁷⁶ para se tornarem direitos privados.

O direito de exercício de atividade econômica – de indústria e comércio – foi

⁷² TARRÉS VIVES, 2003, p.119.

⁷³ TARRÉS VIVES, 2003, pp. 30 e 88. A abstenção das estruturas centrais do Estado que, inicialmente, se traduziu na ausência de regulamentos na escala nacional, era relativa nos níveis administrativos inferiores (TARRÉS VIVES, 2003, pp. 86-88). Essa situação mudou parcialmente com o ressurgimento das agremiações profissionais décadas depois e, posteriormente, com a criação de organizações de normalização, que passaram a estabelecer normas técnicas aplicáveis à indústria, ao comércio e outros campos de atuação.

⁷⁴ Esse direito também era limitado por disposições de interesse público e continha a obrigação de exploração do invento patentado (ROUBIER, Paul. *Le Droit de la Propriété Industrielle*. Paris; Éditions du Recueil Sirey, 1954, pp. 25-27). Ver CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade intelectual*. Vol. I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946, p. 341.

⁷⁵ LADAS, 1933, pp. 11-12.

⁷⁶ SAY, 1983, pp. 149-179.

eliminado do conteúdo da patente. Desse modo, o direito de uso de determinada técnica deixou de ser concedido por meio de carta patente. Supostamente, perdeu seu significado, uma vez que passou a imperar a liberdade de iniciativa.⁷⁷ Tal autorização já estaria dada *a priori*, em consonância com o regime de liberdade econômica estabelecido pela Revolução.⁷⁸

As patentes assumiram, assim, os contornos contemporâneos de um título que outorga ao titular o direito de exclusividade de uso da técnica, que lhe confere a faculdade de proibir terceiros de usar sua invenção.⁷⁹ Esse modelo se espalhou para outros países que passaram a adotar suas respectivas leis de patentes: Brasil (1809), Rússia (1812), Prússia (1815), Bélgica e Holanda (1817), Espanha (1820), Bavária (1825), Sardenha (1826), Estado do Vaticano (1833), Suécia (1834), Wurtemberg (1836), Portugal (1837), Saxônia (1843).

Nos Estados Unidos, onde os preceitos liberais foram proclamados juntamente com sua independência da Inglaterra, os contornos conferidos às patentes assumiram as mesmas feições. O sistema de patentes norte-americano, estabelecido por lei em 1790, foi estruturado com base na Constituição de 1787, que deu poderes ao Congresso para “promover o progresso da ciência e das técnicas, assegurando por tempo limitado aos autores e inventores o direito exclusivo aos seus respectivos escritos e invenções”.⁸⁰

⁷⁷ CARVALHO, 2009, p. 277. A legislação não continha qualquer dispositivo dizendo que o inventor tinha o “direito de usar a invenção”, apenas o “direito de proibir terceiros de usá-la” – um direito de exclusividade de uso.

⁷⁸ Apesar de conter alguns dispositivos anacrônicos, de sabor vaga ou concretamente medieval, a lei francesa de 1791 teve uma importância definitiva ao caracterizar, pela primeira vez, de maneira inequívoca, as invenções patenteadas como ativos intangíveis, elementos fundamentais do fundo de comércio das empresas. “Esta integração institucional da patente no sistema capitalista foi obtida por meio de dois dispositivos. Em primeiro lugar, os Artigos 7º e 12 definem o conteúdo do direito do titular como sendo o da “propriedade e gozo temporário de sua invenção” (Artigo 7º) bem como o de gozar privadamente [ou seja, de modo exclusivo], do exercício e dos frutos da descoberta, da invenção ou do aperfeiçoamento (Artigo 12). O Artigo 12, além disso, assegura ao inventor o direito de exercer essa exclusividade contra os contrafatores, por meio de penhora, desde que deposite uma caução. Ainda, o Artigo 14 dispunha que “Todo o proprietário de patente terá direito de formar estabelecimentos em toda a extensão do reino, e mesmo autorizar outros particulares a aplicar e fazer uso desses meios e processos; e em todos os casos ele poderá dispor da sua patente como uma propriedade móvel” (CARVALHO, 2009, p. 304).

⁷⁹ Ver CARVALHO, 2009, p. 277; ASCARELLI, 1980, pp. 40-41.

⁸⁰ “Section 8 - Powers of Congress. [...] To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries” (UNITED STATES OF AMERICA. *The United States Constitution*. Adopted on September 17, 1787. US: US House, 2004. Disponível em: <<http://www.house.gov/house/Constitution/Constitution.html>>. Acesso em: 10 jan. 2010).

Fundado em preceitos liberais, o direito conferido pelas patentes restringiu-se à exclusividade, sem conceder ao seu titular o direito de uso da patente ou, ainda, o direito de exercício de atividade econômica.

Quase cem anos depois, contudo, esse direito foi evocado nos Estados Unidos no caso *Patterson v. State of Kentucky*. Essa disputa versou sobre uma proibição, fundada em normas técnicas, imposta por lei pelo Estado de Kentucky, à venda de óleo de iluminação pelo titular de uma patente. Em decisão de 1878, o Supremo Tribunal confirmou que o direito conferido pela patente ao seu titular não era o de usar, mas sim e tão somente o direito de excluir. Embora tenha reconhecido a validade da patente, a Corte Suprema entendeu que a composição patenteada do óleo em questão não cumpria as normas técnicas de segurança impostas pelo Estado. Portanto, foi considerado impróprio para fins de iluminação, de acordo com avaliação de um inspetor autorizado. Diante disso, a comercialização do óleo ficou impossibilitada.⁸¹

Se, por um lado, a Suprema Corte corroborou que a patente confere um direito de exclusividade de uso, por outro, também deixou claro que não confere o direito de uso – ou, ainda, o direito de exercício de determinada atividade econômica –, o qual pode estar atrelado ao cumprimento de normas técnicas.

Diante desse cenário, é possível inferir que, na atualidade, as patentes caracterizam-se como mecanismos distintos das normas técnicas, ainda que se complementem ao afetar o uso de determinada técnica no exercício de uma atividade econômica. Dentro desse contexto, uma vez que não se cumpram as normas técnicas, especialmente quando seu cumprimento se revele mandatório, o exercício do direito conferido pela patente torna-se inviável – situação que ocorreu no caso *Patterson v. State of Kentucky*. Por outro aspecto, se a patente abarcar o conteúdo técnico de uma norma, seu titular terá a exclusividade de uso da técnica protegida, impedindo terceiros de usá-la e, por conseguinte, inviabilizando a possibilidade de terceiros cumprirem a norma sem a prévia e expressa autorização do titular da patente.

Observa-se que antes da transformação do sistema de patentes, patentes e normas

⁸¹ UNITED STATES SUPREME COURT. *Patterson v. State of Kentucky*, 97 U.S. 501. 1878. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/97/501/case.html>>. Acesso em: 10 jan. 2010. Ver ainda CARVALHO, 2009, p. 329.

técnicas confundiam-se. Por meio das patentes além da exclusividade que podia (ou não) ser atribuída ao uso da técnica, era reconhecido o direito de uso da técnica no exercício da atividade econômica – feição que na atualidade se atribui ao sistema de normalização técnica, conforme se analisa no segundo capítulo deste trabalho.

Cumprido destacar que, no início do século XIX, inclusive a literatura econômica, em particular Jean-Baptiste Say, em sua obra publicada originariamente em 1803, tratava as patentes de invenção – não como direitos privados, mas – como regulamentos administrativos que tinham por objetivo influir sobre a produção, notadamente, de regulamentos que determinam o modo de produção.⁸²

Destarte, com a Revolução Industrial Inglesa e com a Revolução Francesa, no cenário europeu – e, posteriormente, em outros continentes – o princípio de liberdade de exercício das atividades industriais e comerciais deu novos contornos ao sistema de patentes – até então caracteristicamente protecionista e monopólico.⁸³

Com fundamento nos preceitos liberais que afloraram nesse período revolucionário, o Estado colocou-se em uma posição *absenteísta*, deixando de intervir nas forças de livre mercado. Contudo, sob a perspectiva da técnica, os indivíduos incorporaram esse papel e passaram a interferir e restringir a produção e o comércio por meio do controle do uso da técnica, de distintas formas, dentre elas por meio da normalização técnica e de contratos de direitos de patentes – nesse caso, alicerçados no princípio da liberdade de contratar. Assim, não raras vezes, tornaram a substituir efetivamente as barreiras governamentais e corporativistas repugnadas pelos liberais.⁸⁴

Histórico semelhante ao das patentes ocorreu com as marcas e, na sequência, com os direitos de autor, os quais inclusive tiveram suas origens medievais a partir do sistema de patentes, porém com algumas particularidades que lhes são próprias, conforme se analisa a seguir.

⁸² SAY, 1983, p. 149-179. Na atualidade, são as normas e os regulamentos técnicos os principais mecanismos que regulam o modo de produção, sendo as patentes consideradas direitos privados.

⁸³ Ver ASCARELI, 1980, p. 15; ROUBIER, 1954, pp. 25 e seguintes.

⁸⁴ A respeito da liberdade de contratar, ver FORGIONI, 2009, pp. 210-218.

1.2 NORMAS TÉCNICAS E MARCAS: DA OBRIGAÇÃO À EXCLUSIVIDADE DE USO DE SIGNOS DISTINTIVOS

Caracterizados como verdadeiras assinaturas aplicadas às coisas, os signos identificadores da titularidade ou da posse correspondem, concomitantemente, a certificados de genuinidade e de procedência. Um animal marcado quando alienado é separado de seu grupo e de seu dono, com isso, o signo muda de sentido. Ele deixa de identificar o proprietário e passa a indicar a procedência. Essa mudança de significado dos signos, observada nas operações de troca, pouco a pouco, ganhou acentuada importância.⁸⁵

Com o incremento do comércio, o distanciamento entre os produtores e os consumidores, levou ao surgimento das marcas diferenciadoras. Os signos distintivos pressupõem um esse distanciamento, conforme se manifesta Nuno Pires de CARVALHO ao relatar as origens e evolução das marcas.⁸⁶ Segundo ele, sua importância repousa na figura do intermediário: o comerciante.⁸⁷

No início da Idade Média, quando a Europa se fechou e os centros de produção assumiam, ao mesmo tempo, o papel de centros de consumo, as marcas praticamente desapareceram. Isso porque deixou de haver comércio à distância. O artesão vendia diretamente ao consumidor, o qual, de certo modo, dispensava a marca, pois a informação sobre o produto – sua origem e qualidade, por exemplo – ele obtinha do conhecimento pessoal do vendedor-produtor.⁸⁸

No entanto, com o surgimento das corporações medievais, as marcas assumiram

⁸⁵ ALMEIDA, 2010, pp. 61-62.

⁸⁶ As marcas se caracterizam como um tipo de signo distintivo. Sobre a diferenciação no uso dos termos “signo” e “sinal”, ver COPETTI, Michele. *O direito de marcas: a afinidade como exceção ao princípio da especialidade*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Curso de Pós-Graduação em Direito – CPGD. Florianópolis, 2008. 275 p.

⁸⁷ CARVALHO, 2009, pp. 464-465. Ver ainda BRUCH, Kelly Lissandra. *Signos Distintivos de Origem: entre o velho e o novo mundo vitivinícola*. 2011. Tese (doutorado), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, Porto Alegre, 2011.

⁸⁸ Ver CARVALHO, 2009, pp. 464-465.

uma função especial na indústria, atrelada, principalmente, ao cumprimento dos regulamentos corporativos da produção. Diante disso, na maioria dos casos, era obrigatório o uso de marcas, selos de garantia e outros sinais nos produtos, servindo para facilitar a fiscalização da qualidade. A aposição indevida de uma marca ou a apropriação de uma marca de outrem era qualificada como crime. Contudo, nesse período, não havia um direito de exclusividade de uso da marca.⁸⁹

Quando os artesãos passaram a enviar seus produtos para venda nas feiras no exterior, por meio de mercadores profissionais, praticavam o comércio além dos muros das cidades, as marcas de comércio reapareceram.⁹⁰ Elas eram usadas pelo comerciante para designar produtos de terceiros, podendo apenas adicionar-se às marcas de indústria ou substituí-las.⁹¹

Particularmente no que se refere às marcas de indústria e comércio, Nuno CARVALHO identifica três tipos de signos comumente usados no período medieval: (a) marcas das corporações; (b) marcas individuais dos artesãos; e (c) marcas de visita ou de exame.⁹²

a) Marcas das corporações

Com um caráter coletivo, as marcas das corporações eram atribuídas por meio de cartas patentes, mediante as quais se homologavam os regulamentos, que também determinavam as suas condições de uso. Exemplo disso são as cartas patentes expedidas, em 1376, pelo rei francês Charles V, regulamentando o uso da marca e a venda de panos

⁸⁹ CARVALHO, 2009, pp. 168 e 605. De modo geral, essas marcas eram obrigatórias e supunham o cumprimento das prescrições técnicas contidas nos regulamentos das corporações, que geralmente determinavam as condições de fabricação de um produto em vistas de obter uma qualidade suficiente (ROUBIER, 1954, p. 511). Ver ainda CERQUEIRA, 1946, p. 340.

⁹⁰ CARVALHO, 2009, pp. 464-465.

⁹¹ A proteção conferida às marcas não era dada aos signos distintivos em si, mas ao comerciante, em pessoa. “A maior preocupação destes [comerciantes] era com sua segurança, nas estradas perigosas. Em segundo lugar, a ameaça vinha dos tributos e dos pedágios. E, em terceiro lugar, sempre havia o risco da inadimplência no momento de fazer as transações. Estas preocupações eram resolvidas por meio de salvos-condutos outorgados pelas autoridades competentes – o rei, o senhor feudal – aos comerciantes viajantes ou àqueles que estabeleciam entrepostos avançados em outros países” (CARVALHO, 2009, p. 625).

⁹² CARVALHO, 2009, pp. 549-556. Ver ainda BELSON, 2002.

produzidos em Montpellier.⁹³

Na prática, esse tipo de marca era usado pela corporação para chancelar os produtos elaborados por seus membros com a aposição de um selo ou sinal. Geralmente, eram colocadas por oficiais eleitos pelos membros da corporação, depois que constatassem que os padrões técnicos estabelecidos no regulamento haviam sido cumpridos.⁹⁴

Não se tratava de uma marca usada pela própria corporação, mas por seus membros, dado que aquela não desenvolvia uma atividade de produção ou de comercialização. Ela servia para distinguir os produtos dos membros da corporação e como marca de garantia ou de certificação. Portanto, a marca corporativa assegurava aos consumidores e concorrentes que o produto era “leal”. Segundo ALMEIDA, a marca “testemunhava a filiação do artesão (marca coletiva) e atestava a conformidade dos produtos com o regulamento (marca de certificação), gerando responsabilidade comum dos membros da corporação” – um sinal de sua solidariedade.⁹⁵

b) Marcas individuais dos artesãos

No período medieval, em algumas situações, além da marca da corporação (signo coletivo), os regulamentos das corporações estabeleciam que os produtos de seus membros devessem ser selados ou marcados com a marca individual do produtor ou artesão (signo privado).⁹⁶

De modo geral, as marcas individuais dos artesãos eram de propriedade das corporações, sendo, em alguns casos, outorgadas aos artesãos e, noutros, por eles escolhidas. Em geral, ainda que existissem algumas marcas facultativas a marca

⁹³ CARVALHO, 2009, pp. 549-550.

⁹⁴ CARVALHO, 2009, pp. 512-513; ALMEIDA, 2010, pp. 61-62. Ver ainda SERENS, 2007, pp. 632 e seguintes.

⁹⁵ ALMEIDA, 2010, pp. 61-62. Ver ainda CARVALHO, 2009, pp. 512-513.

⁹⁶ ALMEIDA, 2010, pp. 61-62 ROUBIER, 1954, pp. 645-647. Ver ainda LAGO GIL, Rita. *Las marcas colectivas y las marcas de garantia*. 2. ed. Navarra: Civitas, 2006.

individual com a qual o artesão assinalava seu trabalho era obrigatória.⁹⁷

Exemplo disso pode ser encontrado nas instruções sobre o pão (*Assizes of Bread*) estabelecidas pelo rei Henry III, em 1267. Seu teor determinava o seguinte: “cada padeiro deve ter seu selo e selar o seu pão, de modo a que se possa saber de quem é o pão e se ele não o tiver feito ele será severamente punido”.⁹⁸

Outro exemplo pode ser extraído do estatuto da corporação dos ferreiros de *Amiens*, aprovado em 1374. Esse documento estipulava que o ferreiro que fabricasse peças de aço, branco ou negro, deveria ter marca diferente da de outros ferreiros, “com a qual ele marcará a obra que tiver feito, a fim de que, se defeito grave ou leve for encontrado, se possa saber por quem foi feita, para impor a multa”.⁹⁹

Portanto, a marca individual desempenhava as funções de identificação e de atribuição de responsabilidade pessoal do artesão. Na prática, por um aspecto, servia como um instrumento de reconhecimento do produtor do artigo, de controle do cumprimento do regulamento e de garantia da qualidade dos produtos.¹⁰⁰ Por outro, era destinada à atribuição de responsabilidade pelo descumprimento das prescrições técnicas contidas nos regulamentos das corporações.¹⁰¹

Ainda, em certos casos, quando um determinado artesão distinguia-se por sua capacidade técnica fora do comum, a marca individual servia para induzir as vendas. Assim, poderia ter também a função de servir como elemento de distinção. No entanto, casos assim eram excepcionais, tendo em vista que as corporações não promoviam a concorrência entre seus membros. Geralmente ocorria quando os produtos locais eram vendidos nos mercados e feiras fora das cidades com sinais de determinados artesãos que gozassem de reputação.¹⁰²

⁹⁷ Ver CARVALHO, 2009, p. 557; SERENS, 2007, pp. 643-644.

⁹⁸ CARVALHO, 2009, p. 550.

⁹⁹ CARVALHO, 2009, pp. 549-550.

¹⁰⁰ ALMEIDA, 2010, pp. 58-59. Ver ainda CARVALHO, 2009, p. 550.

¹⁰¹ CARVALHO, 2009, p. 557. Ver ainda TARRÉS VIVES, 2003, p. 43.

¹⁰² CARVALHO, 2009, pp. 512-513 e 557. Observa-se que, em princípio, não havia a liberdade de se negociar esse ativo. À exceção dos artesãos livres e comerciantes não filiados às corporações, que podiam fazer esse uso das marcas, os membros das corporações somente poderiam negociá-lo quando as regras contidas nos regulamentos fossem suficientemente flexíveis para isso (ver CARVALHO, 2009, p. 575).

c) Marcas de visita ou de exame

Distintamente das marcas das corporações e das marcas individuais dos artesãos e comerciantes, havia ainda as marcas de visita ou de exame que apresentavam outras finalidades. Elas eram associadas principalmente ao controle realizado por parte das autoridades públicas. Uma função era a certificação feita por visitantes ou magistrados municipais. Outra correspondia à comprovação do pagamento dos tributos. Ademais, tais marcas também possuíam uma função de distinção. As marcas de visita, geralmente, eram formadas por um símbolo da cidade, onde a corporação estava sediada. Nas feiras e em outros mercados locais, ela servia como elemento de distinção de artigos originários de outros centros de produção.¹⁰³

Como exemplo, têm-se os regulamentos da indústria da lã de Amiens, de 1362, que proibiam qualquer tecelão de vender os panos sem que fossem “examinados pelos visitantes e selados em chumbo e em cera com o selo de Amiens” e que, independentemente da quantidade vendida pelo retalhista, determinavam que ele sempre guardasse para vender por último o pedaço onde está colocado o selo, sob pena da mencionada multa.¹⁰⁴

O descumprimento das normas relativas à confecção de panos era levado a sério pelas autoridades municipais. O controle não era apenas sobre o produto final, mas também as oficinas estavam sujeitas à fiscalização e à supervisão do público, à medida que os artesãos tinham que trabalhar “à vista do povo”.¹⁰⁵ Esse controle dirigia-se especialmente às atividades que forneciam os bens essenciais à população, tais como pão, farinha e bebidas, que produziam bens que envolviam pesos e medidas, como garrafas, barris e cascos, ou outras que implicavam a utilização de metais preciosos, como ouro e prata.¹⁰⁶

¹⁰³ A expressão francesa *droit de marque* significa, entre outros sentidos possíveis, os impostos devidos sobre a manufatura de um produto e a comprovação do pagamento pela aposição de um sinal (CARVALHO, 2009, pp. 512-513).

¹⁰⁴ ALMEIDA, 2010, pp. 62-64. CARVALHO, 2009, pp. 544-546.

¹⁰⁵ ALMEIDA, 2010, pp. 62-64. CARVALHO, 2009, pp. 544-546.

¹⁰⁶ ALMEIDA, 2010, p. 64.

Diante desse cenário, no período medieval, deu-se origem à utilização generalizada e consistente de signos distintivos em produtos e estabelecimentos comerciais. O sistema de marcas estabelecido nessa época, no entanto, passa por importantes transformações durante a Idade Moderna.¹⁰⁷

Nessa nova fase, a influência das corporações encontrava-se em declínio e seu poder se transferia para incipiente Estado moderno. Com especial atenção às marcas, o Estado estabeleceu novas regras. Nesse sentido, criou os registros públicos de marcas e formalizou o princípio da distinguibilidade, o qual, até então, era repudiado pelo sistema corporativo em prol da “não concorrência”.¹⁰⁸

Cumprir notar, contudo, que as novas regras aplicáveis às marcas, estabelecidas pelo Estado, não consistiam propriamente em legislação de marcas, mas em regulamentos técnicos. Essa lógica imperava tendo em conta que os governos utilizavam as marcas, predominantemente, com o propósito de certificar o cumprimento de normas técnicas, como ocorria no período medieval em relação às corporações.¹⁰⁹

Nesse sentido, por exemplo, foi estabelecido o Regimento dos Panos de Portugal, compilação normativa aprovada por D. Pedro II, em 1690, que continha normas técnicas atinentes a vários tipos de panos e dispunha sobre as respectivas marcas. Além de estabelecer um sistema de registros públicos das marcas, no se refere ao princípio da distinguibilidade, o regimento deixava evidente que a diferenciação entre os signos se destinava a separar os panos de melhor qualidade dos de qualidade inferior. Para os vários tipos de panos e especialidades profissionais, como pisoeiros, tintureiros, dentre outros, o regimento impunha a colocação dos mesmos signos distintivos e de certificação, variando apenas a letra e os riscos identificadores do tipo de pano.¹¹⁰

Com a diferenciação dos signos apostos nos produtos de distintos profissionais, afetos à questão da qualidade, a reputação passou a agregar valor às mercadorias e a

¹⁰⁷ CARVALHO, 2009, p. 167.

¹⁰⁸ CARVALHO, 2009, pp. 570-571; TARRÉS VIVES, 2003, p. 44; BELSON, 2002, p. 9.

¹⁰⁹ BELSON, 2002, p. 9.

¹¹⁰ Havia punição caso os panos de um tecelão levassem a marca de outro tecelão (CARVALHO, 2009, pp. 569-570).

revelar que os consumidores as reconheciam por meio da marca.¹¹¹ Houve, dessa forma, valorização e reconhecimento da reputação dos artesãos e comerciantes individualizados, afastando-os, de certo modo, da identidade das corporações. A nova função conferida às marcas – a de distinção – foi, assim, gradativamente incorporada à vida econômica desde o começo da Revolução Industrial.¹¹²

Tal situação aponta que o sistema de marcas, conforme observa Nuno CARVALHO, “já tinha crescido para fora do regime corporativo e o seu uso se tinha generalizado como forma de garantir a diferenciação de produtos e de internalizar as vantagens competitivas de uns sobre os outros”.¹¹³

Particularmente na França, com a Revolução, que trouxe consigo a abolição das corporações, suprimiu-se tudo o que estivesse relacionado com o regime corporativo, incluindo-se as regras de proteção às marcas.¹¹⁴ Por efeito, na ausência de mecanismo de proteção das marcas, a contrafação generalizada tomou conta do território francês.

Frente a essa situação, foi editada a Lei do 22 Germinal,¹¹⁵ Ano XI, em 12 de abril de 1803, que tratou de regular, dentre outros assuntos, as “marcas particulares”. Ela instituiu o direito à marca pelo uso, mas determinou que o registro era necessário para que o direito pudesse ser exercido contra terceiros.¹¹⁶ Observa-se que, nesse momento,

¹¹¹ Em 1779, às vésperas da revolução, o governo francês intensificou o controle sobre a qualidade dos panos e ampliou o sistema de marcas. Em 19 de maio desse ano, Luiz XVI aprovou o regulamento das fábricas, o qual consistiu, essencialmente, num conjunto de normas sobre padrões técnicos e o uso das respectivas marcas. Esse mesmo regulamento reconhecia aquelas marcas já tornadas notórias, com mais de 60 anos de uso, e dispensava-as da visita técnica. A mesma dispensa era dada aos mestres que tivessem herdado a marca de seus pais (CARVALHO, 2009, p. 585).

¹¹² CARVALHO, 2009, pp. 585-587.

¹¹³ CARVALHO, 2009, pp. 585-587.

¹¹⁴ BRUCH, 2011.

¹¹⁵ “Germinal” significa o sétimo mês do calendário republicano francês.

¹¹⁶ Esta lei tratava da organização da indústria, da proteção dos trabalhadores, do contrato de aprendizado e das “marcas particulares”. Caracterizava-se como um “esboço de uma lei de marcas” (CARVALHO, 2009, pp. 587-588). Ver ainda ROUBIER, 1954, pp. 499-501. Após a Lei do 22 Germinal, de 1803, e a Lei do 25 Germinal, também de 1803, o Código Penal de Napoleão, de 1810, estabeleceu punição criminal para a contrafação de marcas. (BRUCH, 2011, p. 54) Na seqüência, “um decreto de 9 de fevereiro de 1810 regulamentou as marcas das cartas de jogar. Decretos de 1811 e 1812 estabeleceram regras sobre as marcas dos sabões (o último tratou de uma marca específica para os sabões de Marselha). Leis de 1816 e 1819 cuidaram das marcas dos panos de lã e de algodão. Uma lei de 1824 estendeu as sanções do Artigo 423 do Código Penal de 1810 (relativo à repressão da contrafação do ouro e da prata bem como de pesos e medidas) aos atos de alteração e substituição fraudulentas dos nomes comerciais e dos nomes dos lugares de fabricação sobre objetos fabricados e suas embalagens. E uma portaria de 1846 continha normas sobre as marcas utilizadas pelos farmacêuticos, as quais eram de uso obrigatório nas substâncias venenosas” (CARVALHO, 2009, p. 588).

não se considerava a possibilidade de proteção de marcas de caráter coletivo (marcas coletivas ou de certificação), uma vez que toda forma de associação profissional havia sido proibida pela legislação de 1791.

Em termos legais, a proteção conferida às marcas ocorria por meio da repressão à concorrência desleal, da repressão ao uso da falsa indicação de procedência e, ainda, da proteção ao consumidor. Não se tratava de um direito exclusivo de uso da marca do produtor.

Na Europa, esse tipo de proteção das marcas somente foi conferido a partir do século XIX.¹¹⁷ Na Inglaterra, por exemplo, o reconhecimento da exclusividade do uso de signos distintivos evidenciou-se, efetivamente, em decisões das cortes inglesas, durante esse período, quando já havia ocorrido a descorporativização no país. Antes disso, as questões relativas às marcas eram comumente decididas no interior das corporações.¹¹⁸

Um dos primeiros casos em que, de forma indireta, foi assegurada a proteção da exclusividade de uso de uma marca foi decidido em 1816, pelo *Court of Chancery*. Trata-se da disputa *Day v. Day*, em que o réu foi acusado de usar rótulos em artigos metalúrgicos, imitando os do autor. Nesse embate, o tribunal concedeu um interdito para proibir a infração da marca. Em outro caso ocorrido em 1821, intitulado *Edmonds v. Benbow*, a Corte decidiu de forma direta a questão. O autor, proprietário do jornal *The Real John Bull*, pediu e obteve o interdito contra a publicação, por um concorrente, de um jornal com o título semelhante, *The Old Real John Bull*.¹¹⁹

O reconhecimento legal do direito de excluir terceiros na Inglaterra ocorreu apenas em 1875, quando se adotou a primeira lei nacional de marcas.¹²⁰ Com o incremento da rivalidade entre produtores e entre comerciantes, os produtos começam a ter especificidades diferenciáveis, seja em relação às matérias-primas ou às técnicas

¹¹⁷ CARVALHO, 2009, p. 584.

¹¹⁸ As primeiras disputas que transcenderam as corporações e que levaram as instâncias decisórias a resolver conflitos entre comerciantes diziam respeito aos nomes de cidades, os quais serviam para distinguir mercadorias postas em concorrência nas feiras regionais ou internacionais. Em relação às marcas dos artesãos, somente apareceram os casos judiciais na ocasião em que as corporações desapareceram e as marcas começaram a ter um papel maior no comércio de longa distância (CARVALHO, 2009, p. 592).

¹¹⁹ CARVALHO, 2009, p. 588-593.

¹²⁰ Poucos anos antes de a Convenção de Paris estabelecer regras harmonizadoras dos vários sistemas nacionais, em 1883.

empregadas. Assim, as marcas individuais, de indústria e comércio, desenvolveram-se com o intuito de promover tal diferenciação e, por conseguinte, a concorrência, assumindo os contornos atuais atribuídos às marcas de produtos e serviços.¹²¹

Posteriormente, com o retorno das associações profissionais e agremiações, em um primeiro momento, e com o surgimento das organizações de normalização, mais tarde, as marcas coletivas e de certificação são retomadas e passam a ter as características contemporâneas, reaproximando a normalização técnica da propriedade intelectual.

As particularidades concernentes aos sistemas de marcas e de patentes as distinguem daquelas encontradas no sistema de direitos de autor, cuja análise se realiza a seguir, com especial atenção às obras de conteúdo técnico.

1.3 NORMAS TÉCNICAS E DIREITOS DE AUTOR: DO DIREITO DE REPRODUZIR À EXCLUSIVIDADE DE REPRODUÇÃO

Há muitos séculos apareceram obras literárias e artísticas com conteúdo técnico, especialmente revelando avanços tecnológicos. Evidências podem ser encontradas ainda na Antiguidade. Após o fim do Império Romano do Ocidente, ocasião em que a Europa ressurgiu de uma prolongada crise econômica e tecnológica, alguns obras destinadas à divulgação das técnicas podem ser identificadas.¹²²

¹²¹ Ver CARVALHO, 2009, pp. 466 e 508 e. A lei inglesa de marcas algumas décadas depois, em 1905, na seção 62, admitiu expressamente a possibilidade de registrar marcas especiais sob a forma de “marcas de padronização”, quando uma associação ou pessoa se encarregasse de controlar os produtos de outros, em respeito a sua origem, material, modo de fabricação, qualidade, entre outras características, o que certificava com a aplicação da marca sobre os produtos, uma vez realizado o controle sobre eles (BELSON, 2002, p. 15; UZCÁTEGUI ANGULO, Astrid Coromoto. *As Marcas de Certificação*. 2006. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ, Florianópolis, 2006).

¹²² No fim do século III a.C., “Philon de Bizâncio, que por algum tempo integrou a equipe de pesquisadores e inventores do Museu de Alexandria, deixou várias obras nas quais descrevia criações de um dos maiores inventores da Humanidade, Ctesibius, bem como algumas de suas próprias criações. Mais tarde, no século I d.C., Hero de Alexandria, produziu alguns manuais, entre os quais ‘Pneumatica’ e o ‘Tratado dos Autômatos’, em que descreveu muitos de seus inventos. Ainda no século I a.c., Vitruvius escreveu ‘De

No século XIII, um notável exemplo é atribuído ao arquiteto itinerante Villard de Honnecourt, que deixou importantes esquemas relativos às técnicas de construção de catedrais e máquinas utilizadas para tal fim. Na Renascença, o fenômeno da divulgação tecnológica intensificou-se. Nesse período destacam-se os trabalhos de Georgius Agricola, Leonardo da Vinci, Tacolla, Brunelleschi, Besson e Ramelli, cujo conteúdo técnico se encontra mais nos desenhos do que nas explicações escritas. Com o passar do tempo, também as cartas patentes passaram a se caracterizar como fontes de conteúdo técnico, por meio da divulgação das descrições das técnicas elaboradas pelas corporações e pelos inventores.¹²³

No período medieval, embora tenham surgido os primeiros esboços de livros e de manuais técnicos, a sociedade ainda não se revelava plenamente capaz de aprender a abstrair conceitos técnicos que permitissem a sua descrição de maneira a disseminá-los à distância. Tal situação, aliada à falta de meios técnicos de impressão e ao elevado preço do papel, fazia com que a transferência formal da tecnologia se desse de maneira aleatória e bastante lenta, principalmente por meio de uma relação pessoal mestre-aprendiz (aprendizado) ou de outras formas, como a imitação e a emulação.¹²⁴

Conforme observa Nuno Pires de CARVALHO, “o fenômeno da intensificação das obras sobre tecnologia decorreu, por uma dessas ironias de que a História é prolífica, da invenção (ou reinvenção) por Gutemberg, dos tipos móveis de impressão”.¹²⁵ Com sua invenção – a prensa móvel –, o custo para a impressão de cópias de livros ficou reduzido. Diante disso, inventores podiam extrair renda de suas invenções e conhecimentos técnicos de outro modo que não a sua exploração industrial direta. Um desses métodos

Architectura’, obra em que teceu extensas considerações técnicas sobre a arte de construir e descreveu novas máquinas” (CARVALHO, 2009, p. 278).

¹²³ CARVALHO, 2009, pp. 278 e 180. A racionalidade das patentes do período medieval estava no fato de que a transferência de tecnologia se dava pelo contato direto humano, isto é, pelo aprendizado; contudo, séculos depois, passaram a contemplar documentos descritivos.

¹²⁴ “Mas a imitação só é possível quando a tecnologia é ‘visível’ num determinado artigo, o que não era o caso da lã, pois a qualidade do produto final não dependia só da qualidade da matéria-prima, mas também do processo de fabricação. E a emulação depende muito do acaso, dadas as circunstâncias em que se dá. Nem a imitação nem a emulação podem ser integradas como componentes fiáveis numa política de promoção tecnológica” (CARVALHO, 2009, p. 183).

¹²⁵ CARVALHO, 2009, pp. 279-280.

era, precisamente, o de vender livros com conteúdo técnico.¹²⁶

Tecnólogos também escreviam sobre suas invenções e descobertas com o fim de atrair investidores, mas buscavam resguardar seus direitos por meio do segredo. Leonardo da Vinci teve esse cuidado ao ocultar em seus escritos o “segredo” de suas invenções.¹²⁷

Como não havia um direito de autor – pelo qual o autor e seus sucessores adquirem, pelo simples fato de criar, o direito exclusivo de proibir a reprodução por terceiros, como na atualidade –, os editores recorriam aos privilégios industriais, mecanismo jurídico que então já existia. Além disso, os editores também recorriam às marcas como meio de proteção de seus investimentos na aquisição de manuscritos originais.¹²⁸

Patentes foram concedidas em nome da prosperidade da indústria tipográfica, como forma de compensar os autores e de protegê-los da concorrência.¹²⁹ A prática de conceder privilégios exclusivos para impressão de obras, rapidamente, espalhou-se de Veneza para toda a Itália, e daí para a França e a Inglaterra.¹³⁰

No século XVI, tornou-se comum os soberanos autorizarem a impressão de livros por meio de privilégios (tendo, contudo, passado pelo teste da censura), de forma a que outros editores não podiam reproduzir as obras. Semelhante aos privilégios industriais, “os privilégios de edição eram uma mistura do pedido de autorização para publicar com o pedido de direito de proibir terceiros de imprimirem a mesma obra”.¹³¹

¹²⁶ LADAS, Stephen P. *The International Protection of Literary and Artistic Property: International Copyright and Inter-American Copyright*. New York: The Macmillan Company, p. 13-14. vol. 1.

¹²⁷ CARVALHO, 2009, pp. 281-283. Isso revela que essas obras não desempenhavam as mesmas funções que possuem hoje os manuais técnicos.

¹²⁸ CARVALHO, 2009, pp. 279-280. Ver POLLAUD-DULIAN, Frédéric. *Le Droit D’Auteur*. Paris: Economica, 2005, pp. 5-8.

¹²⁹ CARVALHO, 2009, p. 280; BASSO, Maristela. *Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 70.

¹³⁰ HESSE, Carla. The rise of intellectual property, 700 b.c.– a.d. 2000: an idea in the balance, *Dædalus*, Spring 2002, pp. 26-45. Ver ainda BASSO, 2000, p. 70.

¹³¹ CARVALHO, 2009, pp. 279-280. Os privilégios de impressão também foram usados para a proteção de desenhos industriais, na Inglaterra, no século XVII. LADAS identificou uma das primeiras leis sobre desenhos, estabelecida na Inglaterra, no Século XVIII, uma lei de 1787, intitulada “An act for the encouragement of the arts of designing and printing lines, cottons, calicoes and muslins, by vesting the properties thereof in the designer, printers, and proprietors for a limited time”. A referida lei conferia um

Dois casos exemplares ocorreram na Inglaterra. Um deles diz respeito ao privilégio concedido a William Facques, em 1504, e ao nome dado à editora fora *King's Printer*. Sua posição lhe assegurou um direito exclusivo de imprimir as proclamações reais, estatutos, regulamentos e outros documentos oficiais. Outro ocorreu em 1557, quando a coroa inglesa organizou a guilda de editoras conhecida como *Stationers' Company* e lhe conferiu o monopólio virtual sobre as publicações e impressões, tanto em Londres como no Reino Unido como um todo.¹³²

No século seguinte, a vida cultural na Europa sofreu uma drástica transformação, que ocasionou a ampliação do número de leitores na classe média e, por efeito, uma expansão do comércio de obras impressas. Com o incremento da demanda pelas publicações, os autores viram-se prejudicados e passaram a reivindicar melhor remuneração por suas obras. Assim, procuravam vender apenas os direitos a uma única edição. Associados a isso, começaram a reivindicar uma proteção sobre suas criações.¹³³

Os autores queriam o reconhecimento de direitos de propriedade sobre suas composições, como absolutos e perpétuos. Já as guildas de editores esperavam que seus privilégios fossem reconhecidos como direitos de propriedade que pudessem ser defendidos contra a pirataria nas cortes. De outra parte, editores estrangeiros e provinciais clamavam contra monopólios perpétuos das guildas de livreiros em Londres e Paris, sobre os livros mais lucrativos. O governo esperava incrementar o comércio e incentivar uma população mais educada dentro de seus domínios, enquanto os leitores queriam livros mais baratos.¹³⁴ As fortes pressões das diversas partes resultaram na reforma da indústria editorial europeia.¹³⁵

Gradativamente, após várias disputas envolvendo editores, no século XVIII desaparece o sistema de monopólios, dando lugar ao princípio da defesa dos direitos individuais.¹³⁶ A primeira lei específica sobre o direito de autor surgiu a partir do Estatuto

direito exclusivo de impressão do novo desenho por um período de dois meses, que passou para três meses em 1794 (LADAS, 1933, pp. 12-13).

¹³² HESSE, 2002; LADAS, 1938, p. 15-16.

¹³³ HESSE, 2002.

¹³⁴ HESSE, 2002.

¹³⁵ Os Ingleses foram os primeiros a levantar a questão após a extinção da Lei de Licenciamento, em 1695, que havia regulamentado o comércio de livros e a censura (BASSO, 2000, p. 70).

¹³⁶ BASSO, 2000, p. 70.

da Rainha Ana, em 1709, na Grã-Bretanha, quando foi sancionado o *copyright*, ou direito de reprodução, não em favor dos editores, mas dos autores. Assim, o autor passou a ter o privilégio sobre a obra intelectual. Tendo como base esse estatuto, vários países editaram leis tutelando os direitos de autor, como a Dinamarca, em 1741.¹³⁷

Na França, foi a Revolução que deu a oportunidade de reconhecimento da legitimidade de um direito de propriedade de propriedade literária e artística aos autores. Em 1777, o Conselho de Estado, em duas resoluções, votou a abolição dos privilégios perpétuos sobre livros. Por meio de um edito real, a controvérsia atinente aos privilégios foi resolvida, definitivamente, de modo a evocar o moderno direito de autor: os privilégios só eram concedidos para obras novas e com validade temporária.¹³⁸

Em 1791, esses direitos foram consagrados pela lei de 13-19 de janeiro. Posteriormente, a proteção foi ampliada por uma nova lei de 1773, a qual determinou que todos os autores de escritos, compositores de música, arquitetos, escultores, pintores, desenhistas, gravadores de quadros e desenhos gozassem, durante toda a sua vida, do direito exclusivo de vender, fazer vender, distribuir suas obras no território francês, assim como ceder a propriedade, no todo ou em parte.¹³⁹ Essa lei serviu de inspiração a outros países, representando um passo fundamental no reconhecimento dos direitos de autor.¹⁴⁰

¹³⁷ LADAS, 1938, pp. 12-18; BASSO, 2000, p. 71.

¹³⁸ No caso de os autores sobreviverem ao término do privilégio, este seria prorrogado até a sua morte, “mas se houvesse ampliação da obra em pelo menos um quarto de sua extensão, os privilégios poderiam ser prorrogados. Os privilégios poderiam também ser concedidos aos próprios autores. Nestes casos, a sua duração seria perpétua – a menos que fossem mais tarde cedidos aos editores. Uma vez extintos os privilégios, outros editores poderiam obter autorizações para publicar (mas sem privilégio exclusivo)” (CARVALHO, 2009, p. 281). Ver BASSO, 2000, p. 71; POLLAUD-DULIAN, 2005, pp. 11-12.

¹³⁹ POLLAUD-DULIAN, 2005, pp. 12; BASSO, 2000, p. 71. Essa lei foi utilizada pelos autores de desenhos e modelos industriais até o surgimento da lei especial, em 1809. Tal lei garantia aos autores a propriedade dos desenhos e modelos de qualquer natureza e destino, sem estabelecer diferenças entre desenhistas artísticos e desenhistas industriais e sem considerar fosse o desenho ou modelo do campo da arte ou do comércio. Essa lei, no entanto, destinava-se, especialmente, às fábricas de seda de Lyon, somente tendo sido estendida a todas as indústrias e a toda a França em 1825 (LADAS, 1933, p. 13). Ver ainda ROUBIER, 1954, p. 26; GREFFE, Pierre; GREFFE, François. *Traité des dessins et des modèles*. Paris: Librairies Techniques, 1974, pp. 1-19; SILVEIRA, 1982, p. 55.

¹⁴⁰ Nos Estados Unidos, a Constituição de 1787, que preconizou o direito exclusivo por tempo limitado ao autor sobre seus escritos, serviu de base à primeira lei americana sobre direito de autor, em 1790 (LADAS, 1938, pp. 18-20). “Do texto constitucional americano, merece destaque seu art. 1º, sec. 8: ‘The Congress shall have power: 8. To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries’.” (UNITED STATES OF AMERICA, 2004. Ver ainda CARVALHO, 2009, p. 281; BASSO, 2000, p. 71). Segundo Maristela BASSO, “no quadro do direito de autor e conexos, os interesses dos autores foram os únicos levados em consideração. Contudo, não tardou a se falar dos chamados ‘direitos conexos’, cuja tutela está intimamente vinculada à evolução das técnicas de comunicação e divulgação. A proteção dos direitos

Após a Revolução Francesa, os atos oficiais, os textos legais ou regulamentares, circulares e instruções administrativas e outros textos oficiais deixaram de ser protegidos por direitos de autor. Em 1898, essa situação foi confirmada por uma decisão judicial. Segundo POLLAUD-DULIAN, essa proteção consistia em uma “aberração do Antigo Regime”, por meio da qual o rei podia atribuir privilégios sobre a publicação desses documentos.¹⁴¹

Embora os textos oficiais tenham sido excluídos da proteção pelos direitos de autor, a proteção das normas técnicas adotadas pelas organizações de normalização não foram excepcionadas, resguardando, portanto, seus direitos de exclusividade quanto à reprodução (cópia) das normas.¹⁴²

Foi assim que, no século XVIII, o regime jurídico dos privilégios de edição (direito exclusivo de reproduzir), nitidamente, separou-se dos privilégios industriais (direito exclusivo de usar), quando também surgiu a expressão “propriedade literária”. Nessa nova fase, o autor detém o direito exclusivo à reprodução de sua obra, não mais o editor.¹⁴³

Contudo, a confusão entre o direito exclusivo de usar e o direito exclusivo de reproduzir perdurou até o século XIX, em muitos países,¹⁴⁴ até ficar evidente que a proteção autoral se restringia à forma de expressão e não ao conteúdo técnico expresso nas obras protegidas. Embora muitas vezes questionada, a proteção de obras com conteúdo técnico foi assegurada pelo direito de autor na sua forma de expressão.

No século XX, esse mesmo regime de proteção das obras literárias estendeu-se para a proteção dos programas de computador em si, resguardando aos autores o direito sobre a expressão das funções contidas nos códigos – mesma lógica aplicada aos livros

conexos, afins ou vizinhos do direito de autor iniciou-se com os artistas intérpretes ou executantes. A evolução dos meios técnicos trouxe novos problemas aos produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão e, mais recentemente, à comunicação por satélites de radiodifusão direta, à reprografia de documentos, aos programas e utilização das obras obtidas por computador” (BASSO, 2000, p. 72).

¹⁴¹ POLLAUD-DULIAN, 2005, p. 133.

¹⁴² No século X, o soberano manifestava seu poder por meio da adoção dos padrões de medidas e do controle das cópias existentes (SILVA, 2004, pp. 30-31). Na atualidade, os organismos de normalização detém tal poder, ao serem as titulares dos direitos de exclusividade de reprodução das normas técnicas, com base nos direitos de autor.

¹⁴³ Ver CARVALHO, 2009, p. 281; BASSO, 2000, p. 71.

¹⁴⁴ CARVALHO, 2009, pp. 281-283.

técnicos do século XIX.

A análise da evolução histórica da propriedade intelectual e da normalização técnica realizada neste capítulo revela que ambos os regimes se desenvolveram de forma paralela, guardando certas complementaridades. Dentro desse cenário, observa-se que as origens da propriedade intelectual tem por fundamento o sistema medieval de normalização técnica, que sofreu transformações ao longo dos séculos.

Outro aspecto que se percebe é a separação que ocorre entre os regimes com as revoluções liberais, que rompem com os privilégios e monopólios individuais gerais, resguardando apenas os privilégios de caráter técnico – os privilégios de invenções (a partir do qual se desdobram diversos direitos de propriedade intelectual como as patentes, os desenhos industriais e os direitos de autor) – e os privilégios das corporações. No caso da Inglaterra, esses privilégios conferiam às corporações um papel muito semelhante, sob a perspectiva da técnica, ao das organizações de normalização contemporâneas na adoção de normas técnicas e na certificação. Na França, com a extinção das corporações, observa-se que a Administração Pública assume esse papel com seu corpo de engenheiros, o que deixa mais nítido o afastamento da normalização técnica da propriedade intelectual.

Embora tendo se dissociado, ambos os regimes mantiveram características que os complementam, mas que também geram tensões, conforme análise a ser realizada no terceiro capítulo. Para isso, antes se considera necessário um exame mais acurado e preciso do regime de normalização técnica. Nesse sentido, o próximo capítulo tem como objetivo estabelecer a base conceitual da normalização técnica, que serve para embasar a análise desenvolvida no terceiro capítulo, quando a reaproximação da propriedade intelectual e normalização técnica revelam as tensões inerentes a sua relação.

Capítulo 2

BASES DE REFERÊNCIA CONCEITUAL DA NORMALIZAÇÃO TÉCNICA NA ATUALIDADE

O resgate histórico apresentado no primeiro capítulo evidenciou que a regulação da técnica passou por progressivas transformações para se ajustar às demandas da sociedade. Esse processo foi impulsionado pela revolução industrial e pela gradativa padronização dos modelos de produção. Nesse cenário, incentivada pela necessidade de se produzir, com menor esforço, maior segurança e qualidade, uma quantidade de bens materiais suficientes para satisfazer as necessidades crescentes de uma emergente massa de consumidores (à época, os burgueses), desenvolveu-se a noção contemporânea de normalização técnica.

Essa ideia concretizou-se com a criação dos primeiros organismos nacionais de normalização, dentre os quais se destaca, no Reino Unido, o *Engineering Standard Committee*, estabelecido em 1901 e transformado em 1929 na *British Standards Institution* (BSI).¹⁴⁵ As empresas também foram influenciadas pelo fenômeno da normalização, o que levou ao surgimento dos primeiros organismos empresariais, como é o caso da instituição de *normalien* estabelecida pela empresa Siemens, em Berlin, na Alemanha, no ano de 1908.¹⁴⁶

A formação de organismos de normalização foi resultado de uma tendência que já havia contagiando empresas dos mais variados setores. Um exemplo clássico desse movimento, ainda na primeira metade do século XIX, é conferido ao fabricante de

¹⁴⁵ Em 1929, o BSI obteve seu reconhecimento público por meio de uma *Royal Charter*. É único organismo autônomo de normalização do Reino Unido na atualidade. Foram as organizações profissionais de engenheiros, dentre as quais se incluem as associações de engenheiros civis, elétricos e mecânicos, o Real Instituto de arquitetos navais e o instituto de carvão e do aço, que fundaram a BSI (TARRÉS VIVES, Marc. *Normas Técnicas y Ordenamiento Jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 129-130).

¹⁴⁶ HESSER observa que, segundo definição de Ludwig Loewe & Co. AG, em 1908, “*normalien*” significava “the engineering parts which can be used everywhere, in every factory, parts which are fabricated interchangeably, manufactured from correctly-chosen material and which can be bought from a special factory at a price so cheap that one’s could never hope to match it”. Esse modelo serviu de exemplo para muitas companhias, ampliando, cada vez mais, a importância da normalização técnica no setor industrial (HESSER, Wilfried. *An introduction to standards and standardization*. Zurich: Beuth, 1998, pp. 31-32).

móveis, Michael Thonet. Por volta de 1830, com uma visão unitária do produto, do mercado e da produção, em vez de fabricar cem cadeiras, uma diferente da outra, Thonet estabeleceu um padrão em seus móveis. Era muito mais lucrativo fazê-las todas iguais, o que significava menos desperdício, mais rapidez na produção e redução de custos. Assim, ele criou móveis padronizados, facilmente montáveis e, ainda, vendáveis a partir de um catálogo. O catálogo chegou a quatorze mil objetos diversos, cada qual acompanhado de preço e medidas.¹⁴⁷

Conforme observa o sociólogo italiano Domenico DE MASI,

É um ciclo contínuo: se usam métodos estandardizados para fazer produtos estandardizados, vendidos a preços estandardizados. [...] Porém, para se obter a venda de produtos feitos em série, deve-se, naturalmente, padronizar também o gosto dos consumidores, fazendo-os desenvolver um gosto standard.¹⁴⁸

Dentro desse contexto, a padronização do consumo foi um dos pontos que Henry Ford buscou solucionar. O símbolo desse novo modelo econômico é o “Modelo T”, o automóvel inventado por Ford em 1908. Até 1932, ele havia produzido dezesseis milhões de exemplares que, embora com pequenas variações sucessivas, permanecerem com uma estrutura basicamente igual, durante o período. Ford possuía um *slogan*, que pressupunha uma massificação do gosto do consumidor: “*Any customer can have a car painted any color that he wants so long as it is Black*” (Qualquer cliente pode ter um carro pintado da cor que ele queira, desde que seja preto).¹⁴⁹

Outro exemplo que se destaca é o de Theodore Newton Vail. Em fins de 1860, trabalhando como funcionário dos correios na estrada de ferro, Vail observou que duas cartas não iam necessariamente pela mesma rota para o seu destino. Malas postais viajavam, muitas vezes levando semanas ou meses para chegarem aos seus destinos. A partir disso, ele introduziu a idéia da rota padronizada, de modo que todas as cartas que seguiam para um mesmo lugar teriam o mesmo caminho. Desse modo, ele ajudou a revolucionar o serviço postal. Mais tarde, formou a *American Telephone & Telegraph*

¹⁴⁷ DE MASI, Domenico. *O Ócio Criativo*. Rio de Janeiro: Sexante, 2000, pp. 44-45.

¹⁴⁸ DE MASI, 2000, pp. 55-56.

¹⁴⁹ FORD, Henry. *My Life and Work*. Fairfield, US: 1st World Library, 2003, p. 88. Ver ainda DE MASI, 2000, pp. 55-56; HESSER, 1998, p. 29.

(AT&T), quando decidiu colocar um telefone idêntico em cada lar americano.¹⁵⁰

Esse panorama evidencia a amplitude que a normalização técnica alcançou. Conforme destaca Marc TARRÉS VIVES, no presente, “o objeto da normalização não se limita meramente a produtos industriais, senão absolutamente a todo aquele que é fruto do gênio humano”. Hoje, ela atende a “toda esfera vital do ser humano”¹⁵¹ e abarca funções de grande relevância na sociedade, desde garantir segurança e proteção à saúde e ao meio ambiente, proporcionar maior compatibilidade, intercambialidade e interoperabilidade tecnológica e social, até promover melhor desempenho econômico, controle de variedade e facilidades de uso.¹⁵²

Ainda, ao buscar promover o uso de tecnologias de elevada qualidade e eficiência e ambientalmente amigáveis, a normalização é considerada um instrumento fundamental para combater muitos desafios colocados à sociedade global e promover a inovação, a transferência de tecnologia e o desenvolvimento sustentável das nações. Ademais, com o crescente grau de interdependência econômica mundial, a relevância da normalização técnica para o comércio internacional também aumentou consideravelmente. Por estimular a adoção de padrões tecnológicos comuns nos diversos países, constitui um grande facilitador do fluxo internacional de bens, serviços, investimentos e tecnologias.

Contudo, mesmo que se pretenda, por meio da normalização, o estabelecimento de padrões comuns universais, na atualidade, ainda não existe uma única e uniforme concepção de “normalização”, tampouco do que vem a ser uma “norma técnica”. O termo em inglês “*standard*”, do qual se traduz a expressão “norma”, possui uma pluralidade de significados e usos, ensejando distintas implicações.

¹⁵⁰ NELSON, Richard R. *As fontes do crescimento econômico*. Campinas: Editora Unicamp, 2006, p. 219-220; WINSECK, Dwayne Roy; PIKE, Robert M. *Communication and empire: media, markets, and globalization, 1860-1930*. Durham, NC: Duke University Press, 2007, p. 187.

¹⁵¹ TARRÉS VIVES, 2003. p. 232. Assuntos, como engenharia, transporte, agricultura, grandezas e unidades, por exemplo, podem ser vistos como campos de normalização (Ver parágrafo 1, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006). Atualmente, a normalização não se restringe ao estabelecimento de documentos que aporte soluções a problemas técnicos relacionados à indústria, mas também ao setor do comércio.

¹⁵² São objetivos que, na prática, podem estar sobrepostos (Ver parágrafo 2, Nota, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006). Em termos funcionais, por meio desses objetivos, a literatura destaca algumas funções que a normalização exerce: energética, de ordem, transacional, nutricional, de saúde, educacional, defensiva, legal, de segurança, de qualidade, de cumulatividade, de suprimento, de intercâmbio, organizacional, de informação, de transferência de tecnologia e de desenvolvimento (HESSER, 1998, pp. 40-43). BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Das Práticas Comerciais: das práticas abusivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Cap. V, Sec. IV, p. 385.

Diante disso, para a melhor compreensão da normalização técnica no período atual, em especial dos elementos, terminologia e definições que essa atividade envolve, o presente capítulo dedica-se a delinear suas bases de referência conceitual. Embora sob o risco de algumas imprecisões em virtude da disparidade de significados, busca-se estabelecer alguns parâmetros a respeito dos termos empregados neste trabalho. Assim, partindo da noção de normalização técnica e suas características essenciais, segue-se para a análise da tipologia das normas técnicas, concluindo-se com o exame da relação entre elas.

2.1 NORMALIZAÇÃO TÉCNICA E SUAS CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS

A normalização encontra suas bases na uniformidade da terminologia utilizada, fundada em um vocabulário técnico especializado e amplamente aceito. Nesse contexto, no plano internacional, uma das principais referências é o vocabulário adotado pela Organização Internacional de Normalização (ISO, sigla inglesa) juntamente com a Comissão Eletrotécnica Internacional (IEC, acróstico em inglês): o Guia ISO/IEC 2:1991. Outra referência fundamental diz respeito ao Anexo 1 do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (Acordo TBT), da Organização Mundial do Comércio (OMC), que também traz um conjunto de termos e definições concernentes à normalização técnica.¹⁵³

Em sua sexta edição, o Guia hoje denominado “Guia ISO/IEC 2:2004” é um documento amplamente reconhecido em âmbito mundial.¹⁵⁴ Caracterizado como uma

¹⁵³ Observa-se, entretanto, que, com algumas ressalvas ao Guia ISO/IEC. Ainda, assinala-se que na utilização do Acordo, os termos apresentados possuem o significado restrito uma vez que serviços e processos não relacionados diretamente a produtos são excluídos da cobertura do Acordo.

¹⁵⁴ A ISO e a IEC formam o conjunto internacional para a normalização, cobrindo uma vasta gama de assuntos, principalmente técnicos, e o conceito geral de normalização se estende além dos seus termos de referência (ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006). Esse Guia intitulado “Normalização e atividades relacionadas: Vocabulário geral” constitui-se em uma tradução idêntica à da oitava edição do ISO/IEC GUIDE 2:2004 “*Standardization and related activities – General vocabulary*”, que foi adotado no Brasil, salvo a nota 2 do objetivo e a nota 3 de 3.4, que foram excluídas quando da adoção do guia por não serem aplicáveis no país. A primeira edição do Guia foi publicada pela ISO em 1976. Ele foi preparado pela Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa (UN/ECE) em colaboração com a ISO, principalmente, para facilitar os trabalhos da UN/ECE, objetivando a supressão das barreiras ao comércio internacional, as quais surgiram

“norma das normas”, ele define normalização como uma atividade que “estabelece, em relação a problemas existentes ou potenciais, prescrições destinadas à utilização comum e repetitiva com vistas à obtenção do grau ótimo de ordem em um dado contexto”.¹⁵⁵ Ainda, o Guia esclarece que essa atividade engloba os processos de elaboração, difusão e implementação de normas. Esses processos correspondem, respectivamente, aos processos de elaboração, adoção e aplicação de normas técnicas, conforme terminologia usada no Acordo TBT.¹⁵⁶

Na prática das organizações de normalização, esses processos variam muito dentro de cada organização, contudo, algumas características em comum. A decisão de se iniciar o desenvolvimento de uma nova norma geralmente é tomada pelo órgão competente, a pedido de um membro ou grupo de membros, ou ainda a pedido do secretariado. Assim que é reconhecida e formalmente acordada a necessidade de se criar uma nova norma, inicia-se o processo de sua elaboração. A responsabilidade pela negociação das especificações técnicas e construção do consenso sobre o projeto básico da norma é atribuída aos grupos ou comitês técnicos. Estes grupos são compostos por técnicos e especialistas que negociam e preparam seu texto¹⁵⁷.

Uma vez estabelecido o esboço do texto, ele é encaminhado para apreciação e comentários dos demais membros (ativos) da organização envolvidos – ocasião em que se busca alcançar o “consenso ativo”. Na sequência, os comentários são recebidos pelo comitê responsável para revisão final, antes da submissão ao órgão competente para

da ausência de normas harmonizadas ou da aplicação inadequada das normas em nível internacional. A segunda, a terceira e a quarta edições do ISO Guia 2 acrescentaram novos termos e definições. A quinta edição do Guia de 1986 foi, pela primeira vez, uma publicação conjunta ISO/IEC. A sexta edição, de 1991, incorporou emendas em atendimento a questões específicas apresentadas pelos membros da ISO e IEC, por solicitação do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) e da UN/ECE, e também por propostas do ISO/CASCO (*Committee on conformity assessment*).

¹⁵⁵ Ela tem como objetivo proporcionar importantes benefícios, melhorando a adequação dos produtos, processos e serviços às finalidades para as quais foram concebidos, contribuindo para evitar barreiras comerciais e facilitando a cooperação tecnológica (Parágrafo 1.1, Nota 2, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006).

¹⁵⁶ Ver parágrafo 1.1, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006; Acordo TBT (BRASIL. *Decreto nº 1.355, DE 30 de dezembro de 1994*. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm>. Acesso em: 10 jan. 2010).

¹⁵⁷ No caso da ISO, IEC e OIML, esses órgãos são denominados comitês técnicos e subcomitês. Na ITU, são chamados grupos de estudos. No *Codex alimentarius*, são os comitês gerais ou de *commodities* ou as forças-tarefa intergovernamentais *ad hoc* (INTERNATIONAL TRADE CENTRE; COMMONWEALTH SECRETARIAT. *Influencing and Meeting International Standards: Challenges for developing countries*. Volume One - Background information, findings from case studies and technical assistance needs. Geneva: International Trade Centre/ Commonwealth Secretariat, 2003. p. 33-49.).

aprovação da norma.

Caso o projeto da norma apresente certo grau de maturidade ou quando se trate de uma norma desenvolvida por outra organização, é possível a omissão da etapa de elaboração da norma, sendo o documento submetido diretamente para aprovação.¹⁵⁸ Esse processo encerra-se quando se submete a minuta final do texto da norma à aprovação – momento que inicia o processo de adoção da norma.

Após a aprovação – quando ocorre o “consenso passivo” –, o texto da norma é encaminhado para ser publicado.¹⁵⁹ Com sua publicação culmina-se o processo de adoção da norma técnica. Após sua adoção, provisória ou definitiva, a norma ingressa no estágio de aplicação, quando deve estar disponível para ser implementada por seus usuários. Conforme o caso, sua aplicação pode estar vinculada, ou não, a um processo de avaliação de conformidade e monitoramento.¹⁶⁰

Comumente, cada organismo de normalização possui um procedimento próprio, contudo, de modo geral, estas três são as etapas fundamentais da normalização: elaboração, adoção e aplicação de normas técnicas.

Algumas das principais características atinentes a esses processos são contempladas no próprio conceito de norma. Conforme assinala Marc TARRÉS VIVES, “a normalização encontra sua expressão na norma”.¹⁶¹ Diante disso, conhecer sua definição é fundamental para compreender a normalização técnica.

Nos termos do Guia ISO/IEC:

¹⁵⁸ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. Disponível em: <<http://www.iso.org/>>. Acesso em: 22 out. 2011..

¹⁵⁹ ITC e COMMONWEALTH SECRETARIAT, 2003, p. 38-39; MASSON-MATTHEE, Mariële D. *The Codex Alimentarius Commission and Its Standards*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2007. p. 230

¹⁶⁰ O procedimento de verificação de conformidade consiste em qualquer metodologia usada, de modo direto ou indireto, para avaliar se certas exigências técnicas contidas nas normas foram cumpridas. As atividades de verificação de conformidade podem envolver tanto a avaliação da conformidade propriamente dita, como o credenciamento e o reconhecimento. A verificação da conformidade propriamente dita pode contemplar distintas atividades, tais como testes, verificação, inspeção, registros e certificação, por meio dos quais se atesta que os produtos, processos ou serviços cumprem as exigências estabelecidas pelas normas. O credenciamento consiste no reconhecimento da competência de laboratórios de testagem e de certificadores, dentre outros, para que procedam a avaliações de conformidade. Por fim, o reconhecimento refere-se à avaliação realizada pelos próprios órgãos credenciadores (Ver Anexo 1, parágrafo 3, Acordo TBT; PRAZERES, 2003, p. 96-97; OLIVEIRA, Sílvia Menicucci de. *Barreiras não tarifárias no comércio internacional e direito ao desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005).

¹⁶¹ TARRÉS VIVES, 2003, p. 233.

Norma: Documento estabelecido por consenso e aprovado por um organismo reconhecido, que fornece, para uso comum e repetitivo, regras, diretrizes ou características para atividades ou seus resultados, visando à obtenção de um grau ótimo de ordenação em um dado contexto.

[...]

Em virtude de sua condição como norma, sua disponibilidade ao público e suas emendas ou revisões, quando necessárias para refletir o estado da arte, presume-se que [...] constituam regras reconhecidas de tecnologia.¹⁶²

Essa definição contempla alguns elementos essenciais que caracterizam as normas técnicas e que devem ser considerados no processo de normalização. Nesse sentido, assinala-se que a norma consiste em um documento (a) normativo, (b) aprovado por organismo reconhecido, (c) estabelecido por consenso, (d) baseado em regras reconhecidas de tecnologia e (e) disponível ao público.

a) Documento normativo

Uma característica atribuída à norma técnica é que consista em um documento normativo escrito, o que corresponde a qualquer meio que contenha informação registrada, no qual se estabeleçam regras, diretrizes ou características para atividades ou seus resultados. Em matéria de normalização, entretanto, a expressão genérica “documento normativo” pode se referir não apenas a normas, mas também a especificações técnicas, códigos de prática e regulamentos.¹⁶³

As **especificações técnicas** são documentos que estipulam requisitos a serem atendidos por um produto, processo ou serviço, indicando, quando necessário e conveniente, os procedimentos por meio dos quais será possível determinar se os requisitos nela estabelecidos são atendidos. Observa-se que uma especificação técnica pode consistir em uma norma, ser parte de uma norma ou existir independentemente dela.¹⁶⁴

No caso dos **códigos de prática**, eles são documentos que recomendam práticas ou procedimentos para o projeto, a produção, a instalação, a manutenção ou a utilização

¹⁶² Parágrafo 3.2, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006.

¹⁶³ Parágrafo 3.1, Notas 1, 2 e 3, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006.

¹⁶⁴ Parágrafo 3.4, Notas 1 e 2, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006.

de equipamentos, estruturas ou produtos, por exemplo. Um código de prática também pode ser uma norma, parte dela ou existir de forma independente. São exemplos de códigos de boas práticas as normas do *Codex Alimentarius*.¹⁶⁵

Quanto aos **regulamentos técnicos**, segundo o Guia 2:2004, eles são definidos como documentos que contêm regras de caráter obrigatório, adotados por uma autoridade, que estabelece requisitos técnicos, de modo direto ou pela referência ou incorporação do conteúdo de uma norma, de uma especificação técnica ou de um código de prática. Um regulamento técnico pode ser complementado por diretrizes técnicas, que estabeleçam meios para obtenção da conformidade com seus requisitos. De acordo com essa definição, portanto, um dos aspectos que caracteriza um regulamento é sua adoção por uma autoridade regulamentadora. Outro aspecto consiste no fato de que os regulamentos se impõem com um caráter de obrigatoriedade absoluta, diferentemente do que sucede com as normas, que são voluntárias.¹⁶⁶

Ainda que apresentem características distintas, em termos de forma, os documentos normativos possuem uma estrutura comum: corpo e elementos adicionais. O corpo reúne o conjunto de prescrições que constituem o assunto principal do documento normativo. Os elementos adicionais referem-se às informações adicionais incluídas no documento, sem alterar seu objeto principal. No caso de uma norma técnica, o corpo abrange os elementos gerais relativos a seu objeto, suas definições e elementos principais que expressam as prescrições. Os elementos adicionais referem-se, por exemplo, a detalhes de publicação, prefácio e notas.¹⁶⁷

As prescrições expressas nas normas técnicas podem assumir a forma de declaração, instrução, recomendação ou requisito. Enquanto a declaração diz respeito a uma prescrição que anuncia uma informação, a recomendação expressa um conselho ou orientação. Já a instrução exprime uma ação a ser executada. Nesse sentido, as instruções são imperativamente expressas com o emprego do verbo no infinitivo. Distintamente, as

¹⁶⁵ Ver Parágrafo 3.5, Nota, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006; TARRÉS VIVES, 2003, pp. 235-236; MASSON-MATTHEE, Mariële D. *The Codex Alimentarius Commission and Its Standards*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2007.

¹⁶⁶ Ver parágrafo 3.6 e Nota, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006; TEECE, David J.; SHERRY, Edward F. Standards Setting and Antitrust. *Minnesota Law Review*, n. 87, June 2003, pp. 1913-1994; BENJAMIN, 2007, pp. 386-387.

¹⁶⁷ Ver parágrafo 8, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006.

recomendações contemplam expressões como “convém que” ou “recomenda-se que”. Exemplo disso são as recomendações da União Internacional de Telecomunicações (ITU, sigla em inglês).¹⁶⁸

No que se refere ao requisito, este estabelece critérios a serem atendidos, podendo ser mandatório ou opcional. Consideram-se mandatórios os requisitos exigidos por lei ou regulamento, os quais devem necessariamente ser atendidos para se obter conformidade com o documento. Diante disso, tende-se a evitar o uso de requisitos mandatórios nas normas técnicas, em prol dos opcionais, dado o caráter voluntário que elas possuem. Assinala-se, contudo, que o requisito opcional deve ser atendido para se obter conformidade com certa opção permitida pelo documento. Esse tipo de requisito pode representar (i) uma opção entre dois ou mais requisitos alternativos ou (ii) um requisito adicional que deve ser atendido apenas se aplicável, podendo ser desconsiderado em caso contrário.¹⁶⁹

b) Documento aprovado por organismo reconhecido

Outra característica que faz de um documento normativo uma norma técnica é que tenha sido adotado por um organismo reconhecido. Um organismo reconhecido corresponde a uma instituição que exerce atividades reconhecidas em normalização, seja no âmbito internacional, regional, nacional, territorial, setorial ou empresarial. Ele pode se referir a uma organização, autoridade, empresa ou fundação. No caso de uma organização, o organismo pode corresponder a uma organização com atividades de normalização ou a uma organização de normalização.¹⁷⁰

Caracteriza-se como uma organização com atividades de normalização o

¹⁶⁸ Ver parágrafo 7, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006. INTERNATIONAL TELECOMMUNICATIONS UNION. Disponível em: <<http://www.itu.int/en/ITU-T/ipr/Pages/default.aspx>>. Acesso em: 13 set. 2011.

¹⁶⁹ Ver parágrafo 7, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006.

¹⁷⁰ Ver parágrafo 4, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006. O organismo de normalização é definido como o “organismo com atividades de normalização, reconhecido em nível nacional, regional ou internacional, que, em virtude de seus estatutos, tem como uma de suas funções principais a preparação, aprovação ou adoção de normas, que são colocadas à disposição do público” (Parágrafo 4.4, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006). Ver ainda MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENBAUM, Thomas J.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 489; PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Comércio Internacional e Protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2003, p. 202.

organismo baseado na participação ou adesão de outros organismos ou mesmo de particulares e que tem uma constituição estabelecida e administração próprias. Ela pode ser regional ou internacional, conforme esteja, respectivamente, aberta à adesão de organismo nacional pertinente a cada país situado em uma mesma área geográfica, política ou econômica, ou pertinente a todos os países.¹⁷¹

Por sua vez, a organização de normalização é definida como o organismo com atividades de normalização, que tem reconhecimento em nível nacional, regional ou internacional e que, em virtude de seus estatutos, tem como uma de suas funções principais a preparação, aprovação ou adoção de normas que se colocam à disposição do público.¹⁷²

Esses organismos não se confundem com a autoridade regulamentadora, que é responsável pela elaboração ou adoção de regulamentos, e a autoridade executora, responsável por fazer cumprir os regulamentos. A autoridade executora pode ser, ou não, autoridade regulamentadora. Consistem ambas em organismos que devem ter poderes legalmente conferidos para o exercício de tais atividades. As autoridades também podem ter abrangência regional, nacional ou local.¹⁷³

c) Documento estabelecido por consenso

Além de ser aprovada por organismo reconhecido, uma característica atribuída às normas no âmbito do Guia ISO/IEC é que sua adoção se baseie no consenso.

Os processos de elaboração e adoção de normas variam de um organismo a outro. Em geral, as normas são criadas a partir da intervenção de uma diversidade de partes interessadas que compartilham interesses em relação a seu estabelecimento e uso em determinada área. Pode uma parte interessada apresentar um pedido a um organismo de normalização, quando considerar que uma nova norma técnica seja necessária. Se o pedido for aceito, forma-se um comitê técnico encarregado de preparar o projeto, de elaborar e adotar a norma. Esses comitês, comumente, são compostos por especialistas

¹⁷¹ Ver parágrafo 4.4, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006).

¹⁷² Ver parágrafo 4, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006.

¹⁷³ Ver parágrafos 4.5 e 5.5, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006.

técnicos que participam voluntariamente, contribuindo para o processo de normalização, além de outras partes interessadas.¹⁷⁴

Dessa forma, o consenso corresponde ao acordo geral alcançado por todas as partes interessadas que participam do processo de normalização. Ele se caracteriza pela ausência de oposição fundamentada sobre aspectos significativos por qualquer parte importante dos interesses envolvidos. O processo deve, portanto, buscar levar em consideração “as posições de todas as partes interessadas e a conciliação das opiniões conflitantes”. Observa-se, assim, que o consenso não implica, necessariamente, unanimidade.¹⁷⁵

O consenso é considerado um critério que visa a assegurar legitimidade ao processo de normalização.¹⁷⁶ Na prática, entretanto, muitas vezes, ele se revela difícil de ser alcançado.¹⁷⁷ Diante disso, ao definir o termo “norma”, o Acordo TBT buscou eliminá-lo. Em nota explicativa ao parágrafo 2 do Anexo 1, o Acordo TBT reconhece que documentos não baseados no consenso também podem se caracterizar como norma.¹⁷⁸ Assim, observa-se uma tendência de afastamento desse critério no âmbito do ordenamento jurídico do comércio internacional.

d) Documento baseado em regras reconhecidas de tecnologia

Outra qualidade das normas é que se constituem em regras reconhecidas de

¹⁷⁴ Ver Parágrafo 9, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006; OMPI, SCP/13/2 Prov., p. 12.

¹⁷⁵ Ver Parágrafo 1.7, Nota, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006.

¹⁷⁶ A respeito da legitimidade do processo de estabelecimento de normas do *Codex Alimentarius*, ver comentários de Mariële D. Masson-Matthee, 2007. Segundo essa autora, o consenso pode ser dividido em duas fases. A primeira corresponde à etapa do “consenso ativo”, em que ocorre a negociação precedente à adoção das normas. A segunda, frequentemente caracterizada na forma de um “consenso passivo”, diz respeito ao momento final de tomada de decisão (MASSON-MATTHEE, 2007, p. 230). Ver ainda ALVAREZ, José E. *International Organizations as Law-makers*. New York: Oxford University Press, 2005.p. 245-246.

¹⁷⁷ Ver ITC e COMMONWEALTH SECRETARIAT, 2003, p. 40.

¹⁷⁸ “Este Acordo cobre também documentos que não são baseados no consenso” (Nota explicativa do parágrafo 2, Anexo 1, Acordo TBT). Tatiana PRAZERES observa que, diante disso, “mesmo os Estados que, na formulação de uma norma internacional, manifestam-se contra o seu conteúdo, devem respeitar a regra, caso seja ela adotada. Esta é uma conclusão importante a que, na prática, poucos Estados estão atentos. Aplica-se, inclusive, aos países em desenvolvimento, cuja atuação nas instituições internacionais normalizadoras é, no mais das vezes, prejudicada pela falta de recursos” (PRAZERES, 2003, p. 90 e p. 202). Ver ainda MATSUSHITA, SCHOENBAUM, MAVROIDIS, 2006, p. 489.

tecnologia. Presume-se esse atributo quando o documento foi preparado com a cooperação das partes interessadas por meio de consultas e consenso. Desse modo, uma norma que não se baseie no consenso, precisa evidenciar, de outra forma, que se caracteriza como uma regra reconhecida de tecnologia na ocasião de sua aprovação.¹⁷⁹

A presunção de que são expressão de regras reconhecidas de tecnologia corresponde a um aspecto que afeta o conteúdo das prescrições técnicas contidas nas normas. Tais regras devem ser reconhecidas pela maioria dos especialistas representativos da área técnica, como refletindo o estado da arte, que se refere ao “estágio de desenvolvimento de uma capacitação técnica em um determinado momento, em relação a produtos, processos e serviços”. O estado da arte baseia-se nas descobertas científicas, tecnológicas e experiências consolidadas e pertinentes à matéria prescrita em determinada norma.¹⁸⁰

e) Documento disponível ao público

Uma característica que decorre da própria natureza do documento normativo diz respeito à disponibilidade ao público da norma. Esse atributo coloca como imperativo que a norma esteja disponível ao público para sua aplicação.

Na prática, entretanto, o entendimento da maioria dos organismos de normalização é que “estar disponível ao público” não significa que o acesso à norma técnica seja incondicionado ou, mesmo, gratuito. Segundo organizações internacionais, como a ISO, as normas devam estar disponíveis para serem consultadas e compradas sem restrições.¹⁸¹ Trata-se deste assunto com mais atenção no próximo capítulo, quando se

¹⁷⁹ Parágrafo 1.5, Nota, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006. Nessa linha, O Acordo sobre a aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias (Acordo SPS), da OMC, por exemplo, estabelece que os Membros assegurem que qualquer medida sanitária e fitossanitária (que não se baseie em normas internacionais) “seja baseada em princípios científicos e não seja mantida sem evidência científica suficiente” (Artigo 2.2, Acordos SPS).

¹⁸⁰ Segundo o Guia 2:2004 da ISO/IEC, “convém que as normas sejam baseadas em resultados consolidados da ciência, tecnologia e da experiência acumulada, visando à otimização de benefícios para a comunidade” (Parágrafo 3.2, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006). Ver ainda Parágrafos 1.5 e 1.4, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006.

¹⁸¹ Segundo Hesser, qualquer instituição de normalização deve ser capaz de vender qualquer norma nacional ou internacional a qualquer solicitante (usuário). Essa ampla possibilidade de acesso às normas pelo público pode ser reforçada por catálogos e bases de dados (HESSER, 1998, p. 39).

aborda a relação entre a normalização e os direitos de autor.

Assim, em termos gerais, os documentos conhecidos como “normas técnicas” possuem características que lhes são comuns, porém, em termos de conteúdo e aplicação, apresentam particularidades que as distinguem. Diante disso, a seguir, são analisados alguns tipos distintos de normas técnicas, com o propósito de se contribuir para uma classificação das mesmas, de modo a apoiar o estudo das tensões na relação entre normas técnicas e direitos de propriedade intelectual no próximo capítulo.

2.2 TIPOLOGIA DE NORMAS TÉCNICAS

As normas técnicas podem se referir a quaisquer produtos, processos ou serviços. Elas possuem a faculdade de serem genéricas ou se limitarem a aspectos particulares desses objetos, como seu material, componente, equipamento, sistema, interface, protocolo, procedimento, função, método ou atividade. Diante disso, de acordo com as características, tais como conteúdo, aspectos estruturais e funcionais, e os objetivos que buscam alcançar, as normas técnicas assumem uma tipologia distinta.¹⁸²

O Guia ISO/IEC busca consolidar, em um documento normativo, os tipos de normas que alcançaram consenso quanto a sua definição em âmbito internacional. Contudo, embora não contemplados no Guia, alguns tipos de normas mencionados na literatura revelam-se cada vez mais importantes. Assim, com base no Guia ISO/IEC e na literatura que trata da matéria, busca-se contribuir para uma classificação das normas técnicas. Nesse sentido, no quadro que segue, são sistematizados alguns critérios e respectivos tipos de normas:

Critério	Tipos de norma técnicas
Grau de complexidade:	norma complexa norma simples
Grau de perenidade	norma propriamente dita norma experimental (ou pré-norma)

¹⁸² Ver ainda TARRÉS VIVES, 2003, pp. 249-253.

Objeto:	norma de produto norma de processo norma de serviço
Tipo de processo:	norma de processo relacionado a produto norma de processo relacionado a serviços norma de processo não relacionado a produto norma de processo não relacionado a serviço
Requisitos de produto:	norma dimensional norma relativa a materiais norma de fornecimento norma de rotulagem
Diferenciação:	norma horizontal norma vertical
Características técnicas:	norma estrutural norma funcional
Aspectos estruturais:	norma de meios (ou norma descritiva) norma de resultado (ou norma de desempenho) ¹⁸³
Aspectos funcionais:	norma básica norma de terminologia norma de ensaio norma de teste norma de segurança norma de interface (ou norma de compatibilidade) norma sobre dados a serem fornecidos norma de redução de variedade norma de intercambialidade
Ente normalizador:	norma internacional norma regional norma nacional norma territorial norma setorial norma empresarial
Natureza do ente normalizador:	norma pública norma privada
Natureza da norma:	norma informal (norma <i>de facto</i> ou norma de mercado) norma formal (ou norma <i>de jure</i>)
Envolvimento de direitos de propriedade intelectual:	norma proprietária norma não proprietária
Grau de acesso:	norma aberta norma fechada
Dever de observância:	norma voluntária norma mandatária (ou norma obrigatória)
Relação com outras normas:	norma harmonizada norma alinhada unilateralmente norma comparável norma de referência
Forma de referência:	norma de referência específica norma de referência geral norma de referência exclusiva norma de referência indicativa
Harmonização quanto à forma:	norma harmonizada internacionalmente norma harmonizada regionalmente norma harmonizada multilateralmente norma harmonizada bilateralmente
Harmonização quanto ao conteúdo:	Norma idêntica Norma unificada Norma equivalente

¹⁸³ As normas de resultado ou de desempenho também são conhecidas como “normas de *performance*”.

Quadro 1. Classificação das normas técnicas na atualidade

Fonte: a Autora.

Os termos comumente associados às normas, sistematizados no quadro anterior, servem para contribuir para uma classificação, mas não eliminam a possibilidade de existirem outros tipos de normas técnicas. Portanto, o elenco indicado na tabela não exaure a tipologia de normas existentes ou que possam ser criadas. Na prática, uma norma pode assumir feições de um ou mais dos tipos apresentados, pois não se excluem mutuamente; ao contrário, complementam-se. Por exemplo, uma norma específica de produto pode ser considerada também uma norma de ensaio, quando ela contém métodos de ensaio relativos ao produto em questão.¹⁸⁴

Conforme o **grau de complexidade**, que diz respeito ao envolvimento de uma ou mais características, elas podem se qualificar como normas simples ou complexas. As normas complexas englobam uma pluralidade de características, enquanto as normas simples regulam um determinado aspecto de produto, processo ou serviço.¹⁸⁵

Do ponto de vista do **grau de perenidade**, os documentos distinguem-se em dois grupos: normas propriamente ditas e normas experimentais. As primeiras consistem naquelas em que o conteúdo está perfeitamente contrastado, tendo, por conseguinte, alcançado um alto grau de consenso em sua adoção. Essa situação faz com que tenham um prazo de vigência normal, que costuma ser de cinco anos, até serem submetidas a um processo de revisão com fins de se adequarem aos novos avanços do estado da arte.¹⁸⁶

No caso das normas experimentais, ou pré-normas, elas se constituem em documentos adotados provisoriamente. Comumente elas são usadas (i) em campos nos quais o grau de inovação é elevado, e a tecnologia em curso se sujeita a constantes mudanças ou, (ii) quando existe uma necessidade urgente de orientação técnica para os agentes econômicos. Além disso, as pré-normas também são empregadas (iii) com o propósito de obter a experiência necessária a partir de sua aplicação. Geralmente, elas

¹⁸⁴ Ver parágrafo 5, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006.

¹⁸⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. *La normalización Industrial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 108.

¹⁸⁶ Parágrafo 3.3, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006.

servem de base para a elaboração de uma norma.¹⁸⁷

Quanto ao **objeto**, as normas podem ser de produto, processo ou serviço. As normas de produtos são aquelas que especificam requisitos a serem atendidos por determinado produto ou grupo de produtos, para estabelecer sua adequação ao propósito para o qual foram criadas, sob condições específicas. De forma direta ou por referência, elas podem incluir outros aspectos além dos requisitos de adequação ao propósito, tais como terminologia, amostragem, ensaio, embalagem e rotulagem e, às vezes, requisitos de processamento. Uma norma de produto pode ser completa ou não, conforme especifique a totalidade ou somente parte dos requisitos necessários, tais como desenho, tamanho, peso e material.¹⁸⁸

No que se refere às normas de **processo**, elas especificam prescrições a serem atendidos por um processo. Aludem a características de processos ou métodos de produção, que podem estar, ou não, relacionados direta ou indiretamente a produtos ou serviços. As normas de processo são estabelecidas por diferentes razões que afetam, por exemplo, os bens que são produzidos, como os padrões de higiene, a eficiência do processo de produção ou o meio ambiente.¹⁸⁹

Em relação aos **requisitos de produtos**, as normas distinguem-se em normas dimensionais, normas relativas a materiais, normas de fornecimento¹⁹⁰ e normas de rotulagem. As normas concernentes à rotulagem englobam disposições de informação aos usuários e consumidores quanto às características do produto e ou condições de produção de determinado produto.¹⁹¹

¹⁸⁷ Ver Parágrafo 3.3, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006. ÁLVAREZ GARCÍA, 1999, p. 110; TARRÉS VIVES, 2003, p. 333.

¹⁸⁸ Parágrafo 2.1, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006. Economistas fazem dois tipos de diferenciação de produto: (i) vertical, em que as diferentes variedades de produtos podem ser ordenadas de acordo com certa escala ou quantidade; e (ii) horizontal, em que a qualidade é diferenciada, por exemplo, com uma variedade melhor, maior ou mais segura que a outra, ou ainda, que apresenta cores ou sabores distintos com relação a outra (WORLD TRADE ORGANIZATION. *World Trade Report 2005: Exploring the links between trade, standards and the WTO*. Geneva: WTO, 2005).

¹⁸⁹ Ver parágrafo 5.5, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006; ÁLVAREZ GARCÍA, 1999, p. 108; OLIVEIRA, 2005 WTO, 2005, p. 34-35; CHANG, Seung Wha. GATting a Green Barrier: Eco-Labeling and the WTO Agreement on Technical Barriers to Trade. *Journal of World Trade*, vol. 31, n. 1, p. 137-159, February 1997.

¹⁹⁰ Ver parágrafo 5.4, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006; VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA, p. 108.

¹⁹¹ Sobre o tema, ver OLIVEIRA, 2005.

Já as normas de serviço apontam prescrições a serem atendidas por um serviço. Podem concernir a distintos campos, tais como lavanderia, hotelaria, transporte, manutenção de veículos, telecomunicações, seguros, operação bancária e comércio, dentre outros.¹⁹²

Há dois tipos de normas que podem ser aplicadas para a **diferenciação** dos produtos, processos ou serviços: as normas verticais e as normas horizontais. As normas de diferenciação vertical servem para classificar as variedades de um determinado bem de acordo com certa escala de valores. Neste sentido uma variedade é melhor que a outra, maior, mais segura, etc. Frequentemente isso pode se refletir nos preços dos bens que se enquadram em uma ou outra escala destas normas: um computador com memória de 10 GB certamente será mais caro que um de 256 MB. As normas de diferenciação horizontal determinam características que não podem ser escalonadas, nem necessariamente estão associadas ao preço. Uma roupa de cor verde é diferente de uma roupa de cor azul, mas nem por isso uma será mais cara que a outra, embora haja uma norma que especifique quando uma roupa se caracteriza por esta ou aquela cor. Vale ressaltar que o conceito de *minimum standard* apenas faz sentido na diferenciação vertical.¹⁹³

No que tange as **características técnicas**, a literatura faz distinção entre normas estruturais e funcionais, conforme o tipo de prescrição expresso no documento. Em termos práticos, em grande parte dos casos, as normas técnicas apresentam características de ambas em maior ou menor grau.

Sob a perspectiva **estrutural**, distinguem-se duas categorias de normas: as normas de meios e as normas de resultado. As normas de meios, também conhecidas como normas descritivas, descrevem os meios a serem empregados para se adequar ao propósito para o qual foram criadas. São exemplos desse tipo de normas os modos de fabricação de um produto ou de construção, incluindo a composição e os materiais a utilizar. Uma prescrição descritiva pode apresentar o projeto, detalhes construtivos, dentre outros, como dimensões e composição do produto final. Geralmente essas normas apresentam um número elevado de detalhes técnicos concernentes ao produto, processo

¹⁹² Ver parágrafo 5.6, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006.

¹⁹³ WTO, 2005, p. 32.

ou serviço correspondente.¹⁹⁴

As normas de resultado, também conhecidas como normas de desempenho ou de *performance*, contêm prescrições de comportamento de um produto, processo ou serviço em uso, ou relacionado a seu uso. Embora possam apresentar a descrição de requisitos técnicos, como aquelas relacionadas a um produto acabado e aos testes a ele associados, tais normas não oferecem descrições técnicas de como alcançar tais requisitos. Essas normas não fixam o caminho para realizar o produto, mas sim, o resultado que o produto deve alcançar, deixando ao fabricante completa liberdade na ocasião de escolher os meios.¹⁹⁵

Na atualidade, as normas de resultado são cada vez mais preferidas pelos países desenvolvidos frente às normas de meios. Considerando que prescrevem requisitos de desempenho, elas deixam uma margem de escolha dos meios para alcançar os resultados, evitando, assim, a criação de obstáculos à inovação tecnológica – o que pode ocorrer em relação às normas descritivas. Nesse sentido, uma norma que estabeleça o material para fabricação de determinado produto pode inibir a inovação em termos de desenvolvimento de novos materiais, pois os produtos feitos com novos materiais não estarão em conformidade com ela.¹⁹⁶ Assim, por exemplo, a exigência de que as portas à prova de fogo sejam feitas com o material “X” ou “Y” inibe o desenvolvimento de portas com outros materiais, enquanto uma norma que determine que a porta à prova de fogo deva ser resistente por 15 minutos de fogo, assumindo certa temperatura, permite que os produtores busquem desenvolver portas à base de novos materiais que obtenham o desempenho esperado.¹⁹⁷

Na prática, contudo, segundo HESSER, as normas de desempenho são preferidas pelos países industrializados, porém a maioria dos países em desenvolvimento tem predileção pelas normas descritivas.¹⁹⁸ Isso parece ocorrer porque a aplicação das normas de desempenho muitas vezes apresenta dificuldades, sobretudo em relação ao controle,

¹⁹⁴ Ver ÁLVAREZ GARCÍA, 1999, p. 109; Parágrafo 7.7, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006; TEECE, SHERRY, 2003. PENNEAU, Anne. *Règles de l'art et normes techniques*. Paris: LGDJ, 1989, pp. 74-79.

¹⁹⁵ Parágrafo 7.8, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006; HESSER, 1998, p. 39; ÁLVAREZ GARCÍA, 1999, p. 109.

¹⁹⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, 1999, p. 109.

¹⁹⁷ MATSUSHITA, SCHOENBAUM e MAVROIDIS, 2006, p. 497.

¹⁹⁸ HESSER, 1998, p. 39.

pois a aferição dos resultados nem sempre é fácil. Exigem, portanto, o estabelecimento de normas de controle suficientemente satisfatórias para determinar se o produto alcança o objetivo estabelecido na norma.¹⁹⁹ Essa exigência torna a normalização mais complexa e, em certos casos, mais custosa no que diz respeito ao controle e avaliação de conformidade.

As normas relacionadas ao controle, tais como normas de ensaio, teste, dados a serem fornecidos e outras, caracterizam-se pelo seu **aspecto funcional**.

Do ponto de vista funcional, existem numerosos tipos de normas que não se excluem mutuamente, de modo que uma mesma norma pode contemplar características de vários tipos.²⁰⁰ De forma não exaustiva, elas se distinguem em normas básicas, normas de terminologia, normas de ensaio, normas de teste, normas de segurança, normas de interface, normas sobre dados a serem fornecidos, normas de controle e redução de variedade e normas de intercambialidade.

As normas básicas são aquelas que possuem uma ampla abrangência ou contêm prescrições gerais para um campo específico. Elas podem ser usadas como normas para aplicação direta ou servir como base para outras normas. Costuma ser um exemplo desse tipo a norma de terminologia, cuja função consiste no estabelecimento de termos, geralmente acompanhados de suas definições e, algumas vezes, de notas explicativas, ilustrações e exemplos.²⁰¹

As normas de ensaio e teste são usadas para o estabelecimento de métodos de ensaio e testagem. Elas podem ser suplementadas com outras prescrições, como a amostragem, o uso de métodos estatísticos e as sequências de ensaios e testes.²⁰²

Garantir padrões de segurança também consiste em um relevante objetivo das normas técnicas. Nesse sentido, são estabelecidas muitas normas voltadas para a segurança do trabalhador e do consumidor, assim como normas que asseguram a proteção

¹⁹⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, 1999, p. 110.

²⁰⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, 1999, p. 107.

²⁰¹ Ver ÁLVAREZ GARCÍA, p. 108.

²⁰² Ver Parágrafo 5.3, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006. ÁLVAREZ GARCÍA, 1999, p. 108.

da saúde e do meio ambiente.²⁰³ Enquadram-se nesse tipo as normas sanitárias e fitossanitárias, as normas de proteção do consumidor e as de proteção ambiental.

Em termos de proteção do meio ambiente, as normas técnicas têm sido amplamente utilizadas ao redor do mundo como instrumento para lidar com questões como a mitigação e a adaptação às mudanças climáticas. Exemplo disso são as normas adotadas com o propósito de assegurar níveis máximos de emissões de gases de efeito estufa ou de consumo energético ou, ainda, de especificar padrões de eficiência energética para produtos e processos de produção.²⁰⁴

Outro importante objetivo da normalização consiste em assegurar a compatibilidade de produtos, processos e serviços. A compatibilidade consiste na capacidade de produtos, processos ou serviços serem usados em conjunto, considerando determinadas condições específicas, para atender a requisitos pertinentes, sem causar impossibilidade de interações.²⁰⁵ Nesse sentido, as normas de interface especificam os requisitos relativos à compatibilidade de produtos ou sistemas em seus pontos de interligação.

Em alguns setores, as normas de interface são fundamentais, como em tecnologias de informação e comunicações. Um exemplo disso são os padrões adotados para cartões magnéticos. Com um cartão de crédito expedido no Brasil, podem ser realizadas operações em caixas eletrônicos nas mais distintas partes do mundo.²⁰⁶ As normas podem direcionar para duas possibilidades de compatibilização: a standardização – que faz com que os produtos sejam compatíveis; e os adaptadores – que permitem a interface entre produtos com especificações diferentes²⁰⁷.

²⁰³ Ver parágrafos 2.5 e 2.6, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006; ÁLVAREZ GARCÍA, 1999, p. 109; HESSER, 1998, p. 36; UNITED NATIONS INDUSTRIAL DEVELOPMENT ORGANIZATION. *Industrial Development Report 2005*. Capability building for catching-up: Historical, empirical and policy dimensions. Vienna: UNIDO, 2005. Disponível em: <<http://www.unido.org>> Acesso em: 12 de abril de 2006, pp. 85-86.

²⁰⁴ Ver WAIDE, Paul; BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie. *Standards, Labelling and Certification*. Background Paper. International Institute for Sustainable Development – IISD. Trade and Climate Change Seminar, Copenhagen, Denmark, June 18–20, 2008. Canada: IISD, 2008. Disponível em: <http://www.iisd.org/pdf/2008/cph_trade_climate_standards.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2010; HESSER, 1998, p. 36.

²⁰⁵ Ver Parágrafos 2.2 e 5.7, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006.

²⁰⁶ Ver ÁLVAREZ GARCÍA, 1999, p. 109; OLIVEIRA, 2005, p. 287; TARRÉS VIVES, 2003, p. 352.

²⁰⁷ WTO, 2005, pp. 35-56.

As normas de interface também proporcionam o incremento da interoperabilidade – função de grande relevância das normas técnicas. Sob o aspecto tecnológico, a interoperabilidade significa a habilidade de duas ou mais redes, facilidades, equipamentos, ou outros sistemas, de trocarem informações entre si, o que, economicamente, proporciona a redução da crescente variedade e incompatibilidade de produtos e procedimentos. Pelo aspecto social, ela corresponde à habilidade de efetuar a troca de informações de forma precisa, compreensível e disponível, oportunizando meios mais eficientes na interação entre o fabricante e o cliente, com vistas a melhorar a confiabilidade das relações comerciais.²⁰⁸

Em se tratando de troca de informações, existem ainda as normas sobre dados a serem fornecidos, as quais, geralmente, contêm uma lista de características em que valores ou outros dados são indicados com o propósito de especificar um produto, processo ou serviço. Nota-se que algumas normas, tipicamente, fornecem os dados a serem declarados pelos fornecedores e outras, pelos compradores.²⁰⁹

No que concerne à redução da variedade de produtos e procedimento, há as normas de redução e controle de variedade, que objetivam limitar a diversidade e a velocidade de escolha de um produto. Essas normas favorecem a criação de economias de escala e o estabelecimento de um marco igualitário para as empresas concorrentes que buscam oferecer os melhores produtos criados em conformidade com as normas técnicas. Em um sistema de mercado eficiente, essas normas possibilitam reduzir os custos de transação na cadeia produtiva e, por conseguinte, os custos para o consumidor.²¹⁰

Essas normas também apresentam efeitos relevantes nos investimentos e atividades de pesquisa e desenvolvimento, pois incentivam a eficiência na atividade inventiva em um espectro limitado de produtos, por exemplo, reduzindo a quantidade de esforços despendidos para a inovação. Podem, ainda, promover a coesão no avanço

²⁰⁸ WTO, 2005. A determinação de normas pode prover a sociedade de meios eficazes para aferir a qualidade dos bens e serviços, beneficiando e protegendo o consumidor. Sob a perspectiva transacional, a normalização proporciona uma ferramenta de comunicação, baseada na linguagem comum, base contratual, referências técnicas e outras (HESSER, 1998, p. 36).

²⁰⁹ Parágrafo 5.8, Nota, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006.

²¹⁰ Ver ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Comité Permanente Sobre El Derecho De Patentes. SCP/13/2. Normas Técnicas y Patentes. Documento preparado por la Secretaría. Decimotercera sesión. Ginebra, 23 a 27 de marzo de 2009. Ginebra: OMPI, 18 de febrero de 2009, p. 10. Disponível em: <<http://www.wipo.int>>. Acesso em: 10 jan. 2011; TEECE e SHERRY, 2003; UNIDO, 2005, p. 85.

tecnológico e fortalecer, progressivamente, uma cultura de cooperação em pesquisa e desenvolvimento.²¹¹

Geralmente, essas normas estabelecem a seleção de um número ótimo de tamanhos ou de tipos de produtos, processos ou serviços. Exemplos comuns dessa modalidade de normas são as que dizem respeito aos tamanhos de pneus de veículos. Em muitos casos, contudo, as normas que estabelecem tamanhos padronizados, também produzem efeitos no que concerne à intercambialidade. No exemplo dos pneus, os tamanhos são padronizados de modo que peças de diferentes produtores possam ser intercambiáveis (em tamanhos compatíveis) nas rodas de veículos. Assim, a norma também busca promover a habilidade de o consumidor optar por produtos de fornecedores distintos, evitando que suas opções fiquem bloqueadas a um único deles.²¹²

Essas normas cumprem com um importante objetivo da normalização: a intercambialidade. Ela diz respeito à capacidade de um produto, processo ou serviço ser usado no lugar de outro, para atender aos mesmos requisitos. Nos casos em que a intercambialidade se referir às funções ou às dimensões (forma) do produto, processo ou serviço, ela será caracterizada, respectivamente, como “intercambialidade funcional” ou “intercambialidade dimensional”. Do ponto de vista dos consumidores, essa característica pode se traduzir em maior utilidade dos produtos, na simplificação dos processos e na maior oferta de produtos complementares a preços inferiores aos da concorrência.²¹³

Em relação ao **ente normalizador**, as normas podem ser internacionais, regionais, nacionais, territoriais, setoriais ou empresariais.

A norma internacional consiste naquela adotada por uma organização internacional de normalização ou com atividades de normalização reconhecidas.²¹⁴ Nos termos do Acordo TBT, essas organizações são denominadas “instituições ou sistemas internacionais de normalização”, conforme se caracterizem como uma instituição ou um sistema aberto à participação das instituições pertinentes. Com isso, tem-se que uma

²¹¹ UNIDO, 2005.

²¹² Ver parágrafo 2.4, Nota, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006. ÁLVAREZ GARCÍA, 1999, p. 109; UNIDO, 2005, p. 85; TEECE, David J.; SHERRY, Edward F. Standards Setting and Antitrust. *Minnesota Law Review*, n. 87, June 2003, pp. 1913-1994. TEECE e SHERRY, 2003.

²¹³ Ver OMPI, SCP/13/2 Prov., p. 10; Parágrafo 2.3, Nota, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006.

²¹⁴ Ver parágrafos 3.2.1.1, 4.2, 4.3 e 4.4, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006.

norma internacional é resultado da atividade de normalização internacional, que corresponde àquela em que a participação é aberta aos organismos pertinentes de todos os países, ou, pelo menos, de todos aqueles Membros da OMC. As normas técnicas da ISO servem para exemplificar esse tipo de normas, pois a sua organização se caracteriza como uma organização internacional de normalização, cujos membros representam organismos nacionais e regionais de normalização e governos nacionais.²¹⁵

No caso da norma regional, esta se refere àquela adotada por uma organização regional de normalização ou com atividades de normalização.²¹⁶ Enquanto na internacional há uma abertura a todos os países em nível mundial, na regional “a participação é aberta aos organismos pertinentes de todos os países de uma única região geográfica, econômica e política do mundo”.²¹⁷ São exemplos de normas regionais as estabelecidas pela Organização Regional Africana de Normalização (ORAN),²¹⁸ pela Comissão Pan-Americana de Normas Técnicas (COPANT)²¹⁹ e pela Associação Mercosul de Normalização (AMN).²²⁰ Essas instituições elaboram ou coordenam normas

²¹⁵ Ver Anexo I, Item 4, Acordo TBT.

²¹⁶ Ver Parágrafo 3.2.1.2, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006. A organização regional de normalização corresponde àquela cuja “associação está aberta ao organismo nacional de cada país situado em uma mesma área geográfica, política ou econômica” (Parágrafos 4.4, Nota, 4.4.1 e 4.4.2, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006).

²¹⁷ Ver parágrafos 1.6, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006. Nos termos do Acordo TBT, corresponde à norma adotada por “instituição ou sistema regional de normalização”, caracterizado por ser aberto à participação das instituições pertinentes de apenas alguns dos Membros da OMC (Anexo I, parágrafo 5, Acordo TBT).

²¹⁸ Mais informações sobre a Organização Regional Africana de Normalização (ORAN, seu acrônimo francês para *Organisation Africaine de Normalisation*) podem ser obtidas em seu site de Internet: <<http://www.arso-oran.org/>>.

²¹⁹ A Comissão Pan-Americana de Normas Técnicas, sob o título abreviado de COPANT, foi fundada em 1949 e iniciou suas atividades em 1961. Informações complementares podem ser consultadas em: <<http://www.copant.org/>>.

²²⁰ Em 1991, na reunião do Subgrupo 3, ocorrida em Montevideo, na qual assistiram oficialmente convidados representantes dos organismos de normalização dos quatro países membros, se decidiu pela criação do Comitê Mercosul de Normalização como associação civil sem fins lucrativos, não governamental, a qual foi reconhecida através do Grupo Mercado Comum por sua Resolução Nº 2/92. A partir de 4 de abril de 2000, por meio de um convênio firmado com o Grupo Mercado Comum, o Comitê passou a se chamar *Asociación Mercosur de Normalización* (AMN) e se transformou no único organismo responsável pela gestão da normalização voluntária no âmbito do Mercosul. A Associação é formada pelos organismos nacionais de normalização de seus países membros: *Instituto Argentino de Normalización y Certificación* (Argentina), Associação Brasileira de Normas Técnicas (Brasil), *Instituto Nacional de Tecnología y Normalización* (Paraguai) e *Instituto Uruguayo de Normas Técnicas* (Uruguai). Um total de 493 Normas Mercosul foram harmonizadas até o momento no âmbito da AMN, e se prevê a harmonização de mais 600 documentos pelos diversos Comitês Setoriais Mercosul. Mais informações em: <<http://www.amn.org.br/br/>>.

para seu uso, em uma região determinada.²²¹

No caso da União Europeia, o sistema regional de normalização repousa na cooperação de organismos, em quatro níveis: (i) o Conselho e o Parlamento Europeus, que definem os requisitos essenciais de segurança que devem satisfazer, de modo uniforme, os produtos que acedem ao mercado comunitário; (ii) a Comissão Europeia, à qual corresponde impulsionar e supervisionar o sistema; (iii) os organismos de normalização encarregados de elaborar as normas técnicas, quais sejam, o Comitê Europeu de Normalização (CEN), o Comitê Europeu de Normalização Eletrotécnica (CENELEC) e o Instituto Europeu de Normas de Telecomunicações (ETSI); e (iv) os Estados Membros que realizam o controle sobre o processo de normalização europeia, por meio de diferentes comitês.²²²

Distintamente das normas internacionais e regionais, a norma nacional é entendida como aquela adotada por organismo, instituição ou sistema nacional de normalização. Resulta, portanto, da atividade de normalização que se realiza no âmbito de um país específico ou fração territorial de um país. Contudo, a norma nacional não se confunde com a norma territorial, que se refere àquela adotada no âmbito de uma divisão territorial de um país, como, por exemplo, estados, províncias, cantões ou municípios.²²³

Nos Estados Unidos, o sistema nacional de normalização consta de vários organismos governamentais e não governamentais. Nesse contexto, o Instituto Nacional Americano para a Normalização (ANSI, em inglês) é uma organização não governamental, que acredita os organismos de normalização e aprova as normas por eles elaboradas, as quais passam a adquirir o status de “norma nacional americana” (em inglês, “*American National Standard*”). De outra parte, há o Instituto Nacional de Normalização e Tecnologia (NIST, em inglês), vinculado ao Departamento de Comércio, que se caracteriza como um organismo de normalização nacional de caráter público. Ele possui um convênio com o ANSI para a coordenação das atividades de normalização no

²²¹ Há organismos regionais que também assistem os organismos nacionais de normalização e cooperam em nível regional, o que facilita a harmonização das normas e avaliações de conformidade dentro de uma região (OMPI, SCP/13/2 Prov., p. 11).

²²² TARRÉS VIVES, 2003, pp. 309-310 e 335.

²²³ São exemplos de normas territoriais aquelas adotadas por instituições públicas locais, tais como Poderes públicos distintos do Governo Central (e.g. estados, províncias, cantões ou municípios), seus ministérios ou departamentos ou, ainda, qualquer outra instituição sujeita ao controle de tal poder público a respeito da atividade em questão.

país.²²⁴

Nesse âmbito, o organismo nacional de normalização caracteriza-se como aquele reconhecido em nível nacional, o qual é indicado para ser o membro nacional da correspondente organização internacional e regional de normalização.²²⁵ Em alguns países, o organismo nacional de normalização forma parte do governo, como é o caso da Administração de Normalização da República Popular China (SAC, em inglês).²²⁶ Em outros países, trata-se de um organismo independente, ainda que estreitamente vinculado ao governo, como é o caso do Comitê de Normas Industriais Japonesas (JISC, em inglês),²²⁷ no Japão, e a ANSI, nos Estados Unidos.

No Brasil, o sistema de normalização faz parte do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (SINMETRO).²²⁸ Instituído em 1973, ele é constituído por entidades públicas e privadas, que exercem atividades relacionadas à metrologia, à normalização, à qualidade industrial e à certificação da conformidade. A área de normalização do sistema está sob a responsabilidade da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). A Associação é uma organização privada, mantida com recursos da contribuição dos seus associados e do Governo Federal, que tem autoridade para acreditar organismos de normalização setoriais para o desempenho dessas tarefas.²²⁹

²²⁴ Ver AMERICAN NATIONAL STANDARDS INSTITUTE. Disponível em: <<http://www.ansi.org/>>. Acesso em 10 jan. 2011. NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY. Disponível em: <<http://www.nist.gov/>>. Acesso em 10 jan. 2011. Ver ainda ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Comité Permanente Sobre El Derecho De Patentes. SCP/13/2. Normas Técnicas y Patentes. Documento preparado por la Secretaría. Decimotercera sesión. Ginebra, 23 a 27 de marzo de 2009. Ginebra: OMPI, 18 de febrero de 2009, pp. 11-12. Disponível em: <<http://www.wipo.int/>>. Acesso em: 10 jan. 2011. TARRÉS VIVES, 2003, pp. 123-124.

²²⁵ Parágrafos 3.2.1.3, 4.4, Nota, 4.4.1 e 4.4.2, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006. Segundo as regras da OMC, ela se refere à instituição do Governo Central, a seus ministérios e departamentos ou a qualquer outra instituição sujeita ao controle do governo central (Anexo I, Parágrafo 6, Acordo TBT). Nota explicativa: No caso das Comunidades Europeias, aplicam-se as disposições que regulam as instituições do governo central. Entretanto, poderão estabelecer-se, no interior das Comunidades Europeias, instituições ou sistemas regionais de avaliação de conformidade e, em tais casos, estariam sujeitas às disposições deste Acordo sobre instituições ou sistemas de avaliação de conformidade regionais.

²²⁶ Detalhes sobre a SAC, em inglês *China Association for Standardization*, podem ser obtidas em: <<http://www.china-cas.org/english/index.htm>>.

²²⁷ Informações detalhadas sobre o Comitê de Normas Industriais Japonesas podem ser encontradas em: <<http://www.jisc.go.jp/>>.

²²⁸ Informações sobre o SINMETRO podem ser obtidas em: <<http://www.inmetro.gov.br/inmetro/sinmetro.asp>>.

²²⁹ BRASIL. *Lei nº 5.966, de 11 de dezembro de 1973*. Institui o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, e dá outras providências. D.O.U. de 12.12.1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5966.htm>. Acesso em 10 jan. 2010. Ver ainda

As normas setoriais consistem naquelas seguidas em uma base estritamente setorial, geralmente formada por instituições não governamentais formadas com o propósito de estabelecer normas técnicas em um setor determinado, como, por exemplo, o Grupo Especial de Trabalho sobre Engenharia de Internet (EITF, em inglês) e o *World Wide Web Consortium* (Consórcio W3C) para Internet. Essas normas podem ter um impacto geográfico restrito a um território ou país, como também podem cobrir vários países.²³⁰

Semelhante às normas setoriais, as normas empresariais também podem ter impacto geográfico diverso, seja local, nacional, regional ou internacional. São empresariais as normas técnicas adotadas por empresas,²³¹ individualmente ou em grupos e consórcios, sem formalizar um organismo de normalização setorial, como as normas originárias que prescrevem os padrões de mídia DVD (*Digital Versatile Disc*) e de imagem do MPEG (*Moving Picture Experts Group*).²³²

Essas normas empresariais usadas de exemplo – DVD e MPEG - são atualmente reconhecidas também como normas internacionais. Destarte, revelam o grande impacto que as normas empresariais podem ter no plano internacional. Em vários campos podem ser encontrados normas setoriais que se transformaram em normas internacionais, como na área de aviação, em que muitas das normas internacionais baseiam-se em padrões escritos pela Boeing Corporation.²³³

Levando em consideração à **natureza do ente normalizador**, a literatura

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. Disponível em: <<http://www.abnt.org.br/>>. Acesso em 10 jan. 2010.

²³⁰ Ver parágrafo 3.2.2, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006; OMPI, SCP/13/2 Prov., p. 12. O Consórcio W3C consiste em uma associação privada, com abrangência internacional, que se ocupa de todas as questões relativas a protocolos, padrões e regras fundamentais das empresas na Internet. Desde o ponto de vista organizacional, a Internet constitui um exemplo de modelo que conta com a participação de entidades públicas e privadas, conjuntamente, as quais atuam com interdependência, entre interesses públicos e privados. Predomina a ideia de consenso e não intervenção governamental que permitiu a rápida expansão e o desenvolvimento da Internet, cujo acesso é livre no que se refere aos protocolos técnicos (TARRÉS VIVES, 2003, p. 229).

²³¹ Elas não se confundem com as “normas de empresas” – que especificam prescrições técnicas aplicáveis às empresas. Ver parágrafo 3.2.2, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006.

²³² MERGES, Robert P. Institutions for Intellectual Property Transactions: The Case of Patent Pools. In: DREYFUSS, Rochelle Cooper; ZINNERMAN, Diane Leenher; FIRST, Harry (eds.). *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 123-166.

²³³ BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. *Global Business Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

classifica as normas em públicas ou privadas. As públicas são as expedidas por organismos governamentais, enquanto as privadas são estipuladas por organismos não governamentais. Em termos práticos, contudo, essa terminologia, normalmente, confunde-se com os interesses sobre os quais se fundam as normas. No caso das normas públicas, assume-se que os interesses de todos os atores na sociedade são considerados. No caso das privadas, as normas são escolhidas com base nos interesses das empresas, como, por exemplo, a maximização dos lucros. Dentro desse contexto, no entanto, muitas normas públicas são baseadas em especificações técnicas e iniciativas de organizações privadas. Diante disso, muitas vezes, questiona-se o caráter público de determinada norma.²³⁴

As normas estabelecidas por consórcios de empresas geralmente são conhecidas como normas privadas. Também são assim consideradas assim as normas nacionais, desenvolvidas por organizações privadas, ainda que possam ser revestidas de interesse público, como é o caso das normas técnicas brasileiras instituídas pela ABNT, que é uma organização não governamental de natureza privada.²³⁵

Outra importante distinção feita pela doutrina econômica corresponde à **natureza das normas**. Nessa categoria, diferenciam-se as normas *de facto* das normas *de jure*. Tipicamente, as normas técnicas são adotadas mediante um processo formal de normalização, por organismos reconhecidos, e muitos deles podem ter autoridade delegada pelo poder público, como é o caso do ANSI, nos Estados Unidos, e da ABNT, no Brasil.²³⁶ Essas normas correspondem às normas *de jure*, também conhecidas como normas formais.²³⁷

²³⁴ Ver WTO, 2005, p. 34.

²³⁵ Fundada em 1940, a ABNT é o órgão responsável pela normalização técnica no Brasil. Ela é identificada como único Foro Nacional de Normalização pela Resolução n.º 07 do CONMETRO, de 1992. Apesar de ser uma entidade da sociedade civil, a ABNT foi reconhecida como sendo de utilidade pública por meio da Lei n.º 4.150, de novembro de 1962, que decreta que as suas normas são de uso obrigatório nos serviços públicos concedidos pelo governo federal, assim como nas obras e serviços executados nos âmbitos dos governos estaduais e municipais, mas financiados com recursos federais. Leis e decretos similares também foram adotados por inúmeros governos estaduais e municipais (Ver ABNT, 2011).

²³⁶ Ver OMPI, SCP/13/2 Prov., p. 11.

²³⁷ Alguns autores estendem, em termos gerais, a noção de normas '*de jure*' àquelas estabelecidas por lei ou regulamentos, como, no caso da China, a tecnologia de WLAN Autenticação e Infraestrutura Privada (WAPI), nos Estados Unidos, o padrão de televisão digital 8VSB (*Eight-Vestigial Side Band*) e, na União Europeia, a rede sem fio (*wireless*) de telefonia GSM (*Global System for Mobile Communication*). Contudo, há autores que entendem nesses casos se tratar, essencialmente, de regulamentos, e não de normas, tendo em vista sua obrigatoriedade (AMERICAN NATIONAL STANDARDS INSTITUTE).

Contudo, há certos padrões técnicos que não são estabelecidos por organismos reconhecidos de normalização, mas cujo sucesso os torna referência no mercado, de forma a caracterizá-los como normas *de facto*. Essas são denominadas também normas informais ou normas de mercado.²³⁸

Uma norma informal surge quando os agentes do mercado aplicam determinada tecnologia de maneira generalizada, a qual é aceita pelo público, fazendo com que se converta na tecnologia dominante, sem que tenha sido estabelecida por um organismo reconhecido. Elas são adotadas sem passar por um processo formal de normalização, como é o caso dos sistemas operacionais para computadores DOS (*Disk Operating System*) e Windows, da Microsoft, e o sistema de vídeo VHS (*Video Home System*), da Betamax.²³⁹ Há casos em que uma norma *de facto*, pode ser convertida em uma norma *de jure*, como ocorreu com o conhecido “orange book”, padrão de disco compacto regravável CD-R (*Compact Disc – Recordable*) originalmente desenvolvido pela Philips e Sony, que foi formalmente adotada pela ISO e IEC.²⁴⁰

Conforme o **envolvimento de direitos de propriedade intelectual**, as normas podem ser consideradas proprietárias e não proprietárias. As normas *de facto*, também conhecidas como normas de mercado comumente são associadas à noção de normas proprietárias.²⁴¹ São proprietárias aquelas normas que envolvem direitos de propriedade intelectual. Comumente são assim caracterizadas as normas empresariais ou aquelas estabelecidas por consórcios de empresas, em que se incluem direitos de um número

Patent Group. *Intellectual Property Rights Policies in Standards Development Organizations and the Impact on Trade Issues with the People's Republic of China*. June 10, 2004. Disponível em: <[http://ftp.tiaonline.org/IPRSC/IPRWG_HISTORY/2008Feb12meeting/TIA-IPR_20080212-009a%20ANSI%20China%20IPR%20PaperFinal%20\(20040610\).pdf](http://ftp.tiaonline.org/IPRSC/IPRWG_HISTORY/2008Feb12meeting/TIA-IPR_20080212-009a%20ANSI%20China%20IPR%20PaperFinal%20(20040610).pdf)>. Acesso em: 17 jan. 2010. GIFFORD, Raymond. *Standards in the Digital Age. Progress on Point*. Periodic Commentaries on the Policy Debate Release 12.2 March 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=987307>. Acesso em: 13 de jan. 2010.).

²³⁸ Ver TEECE e SHERRY, 2003.

²³⁹ VHS: Video Home System (Sistema de Vídeo Caseiro). Ver UNIDO, 2005, p. 86; VIVAS-EUGUI, David. *Addressing the Interface between Patents and Technical Standards in International Trade Discussions*. UNCTAD - ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development. Policy brief Number 3. Genebra: UNCTAD / UCTSD, 2009, p. 3. Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/iprs_pb20093_en.pdf>. Acesso 2m 10 fev. 2011; TEECE, SHERRY, 2003.

²⁴⁰ ULLRICH, Hanns. Patents and Standards – A comment on the German Federal Supreme Court Decision *Orange Book Standard*. *IIC - International Review of Industrial Property and Copyright Law*, n. 337, 2010, pp. 338-351.

²⁴¹ Essa categoria de normas é conhecida na literatura desde o início do século XX e ainda enseja amplas discussões.

limitado de companhias que definem as especificações técnicas com base em suas tecnologias protegidas por direitos de propriedade intelectual, tais como patentes, marcas e direitos autorais. São exemplos de normas *de facto* e proprietárias os padrões Macintosh, da Apple.²⁴²

Não apenas as normas *de facto*, mas também muitas normas *de jure*, públicas ou privadas, internacionais, regionais, nacionais, territoriais ou setoriais podem compreender, no todo ou em parte, direitos de propriedade intelectual de pessoas envolvidas, ou não, no processo de normalização. Nesse caso, também se associa a ideia de “norma proprietária”. Contudo, ainda não há posição unânime a respeito de como tratar das normas nessas situações. De modo geral, o debate desloca-se para o **grau de acesso** das normas, ou seja, se correspondem a normas abertas (*open standards*) ou fechadas. Tanto as normas proprietárias como as normas não proprietárias podem se referir a normas abertas. As normas fechadas geralmente são proprietárias.²⁴³

Essa distinção, feita pela literatura econômica, tem sido muito debatida em diversos foros, nacionais, regionais e internacionais. A abertura ou fechamento de uma norma relaciona-se, por um aspecto, ao acesso à participação no processo de normalização e, por outro, ao acesso aos dados, informações e tecnologias essenciais ao cumprimento das suas prescrições técnicas²⁴⁴.

As normas fechadas são aquelas em que há restrição de acesso, especialmente às tecnologias que lhes são essenciais. Há exemplos de padrões proprietários completamente fechados, como acontece com a Apple e seus sócios do iPod e iPhone.²⁴⁵

Quanto às normas abertas, embora não exista consenso sobre seu conceito, as definições apresentadas na literatura, de modo geral, indicam algumas características em comum. Um delas refere-se ao texto da norma, que deve estar à disposição pública de

²⁴² Ver WTO, 2005; TEECE, David J.; SHERRY, Edward F. Standards Setting and Antitrust, *Minnesota Law Review*, n. 87, June 2003, pp. 1913-1994; LEMLEY, Mark A. Intellectual Property Rights and Standard Setting Organizations. UC Berkeley Public Law and Legal Research Paper Series. Reserach Paper n. 84. 2002.

²⁴³ Ver LEMLEY, 2002.

²⁴⁴ Ver LIOTARD, Isabelle. *Intellectual Property Tools, Standards and Market Positioning*. DIME Working Papers on Intellectual Property Rights. March 2006. Disponível em: <http://ipr.dime-eu.org/ipr_publications>. Acesso em: 19 mar. 2010.

²⁴⁵ GIFFORD, 2005.

qualquer parte interessada sem custo algum ou a um preço razoável. Outro aspecto diz respeito aos direitos de propriedade intelectual necessários para aplicar a norma, os quais devem estar facilmente disponíveis para aqueles que a aplicam, de forma gratuita ou mediante pagamento, em condições razoáveis e não discriminatórias. Outra característica corresponde às especificações da norma, que devem ser suficientemente detalhadas de maneira a permitir uma compreensão completa de seu alcance e propósito, e para que possa ser aplicada de distintas formas (alternativas) por múltiplos provedores.²⁴⁶ Costuma servir de exemplo de norma aberta o padrão TCP/IP²⁴⁷ para a Internet.²⁴⁸

Em relação ao conceito de norma aberta, é importante observar que não se confunde com a noção de “código aberto”. O código aberto diz respeito a um modelo de distribuição de programas de computador protegidos por direitos de propriedade intelectual. A expressão código aberto refere-se aos programas cujo código de programação básico (código-fonte) é colocado à disposição dos usuários, gratuitamente, de modo que todos podem ler, modificar ou elaborar novas versões sobre ele.²⁴⁹ Pode uma norma aberta envolver um programa de computador protegido por direitos de propriedade intelectual, ao qual se confere o status de “código aberto”.²⁵⁰

No que concerne ao **dever de observância** na ocasião de aplicação das normas, a doutrina as distingue em mandatórias e voluntárias. As normas mandatórias são aquelas cuja aplicação é “obrigatória em virtude de uma lei geral ou de uma referência exclusiva em um regulamento”.²⁵¹ Em geral, essas normas são estabelecidas em áreas de interesse,

²⁴⁶ OMPI, SCP/13/2 Prov., pp. 12-13.

²⁴⁷ TCP/IP: TCP – *Transmission Control Protocol* (Protocolo de Controle de Transmissão) – e o IP – *Internet Protocol* (Protocolo Internet).

²⁴⁸ GIFFORD, 2005.

²⁴⁹ OMPI, SCP/13/2 Prov., p. 14.

²⁵⁰ A concepção de código aberto, em inglês ‘*open source*’, tem se tornado cada vez mais comum em questões envolvendo softwares, demonstrando-se como uma alternativa às questões de propriedade intelectual sobre programas de computador envolvidos em padrões técnicos normatizados. Essa concepção em vez de focar, na transferência de direito após sua proteção, a essência do código aberto, opera antes mesmo do surgimento dos direitos. Os sistemas de ‘*open source*’ são protegidos por uma licença de direitos autorais especial, comumente chamada ‘*General Public Licence*’ (GPL) ou ‘*copyleft*’ que, ao contrário do que ocorre com os *softwares* proprietários ou de código fechado, permite que o código-fonte fique universalmente acessível para ser copiado, usado, modificado e distribuído para qualquer um. Como as alterações são conduzidas a partir de uma abordagem de baixo para cima, em que os usuários finais podem iniciar e implementar modificações com base em suas necessidades reais, isso possibilita reduzir o tempo para realizar inovações, testar sua viabilidade e segurança e levar os *softwares* ao mercado (UNIDO, 2005, p. 89).

²⁵¹ Parágrafo, 11.4, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006.

como segurança pública, saúde e meio ambiente.²⁵² Exemplo disso ocorre no Brasil, em relação às normas nacionais que, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, de 1996, passaram a ter caráter obrigatório.²⁵³ Outro exemplo consta na legislação federal dos Estados Unidos, que estabelece para o uso em atividades regulatórias, licitações e outras atividades governamentais a busca de soluções desenvolvidas e adotadas em normas técnicas nacionais.²⁵⁴ Portanto, para tais fins, o uso das normas técnicas é mandatário, as quais, sem embargo, não perdem em si seu caráter voluntário.

A terminologia “norma mandatária” não é utilizada nos acordos da OMC.²⁵⁵ Segundo o Acordo TBT, a definição de “norma” é a seguinte:

Norma: Documento aprovado por uma instituição reconhecida, que fornece, para uso comum e repetido, regras, diretrizes ou características para produtos ou processos e métodos de produção conexos, **cujo cumprimento não é obrigatório**. Poderá também tratar parcial ou exclusivamente de terminologia, símbolos, requisitos de embalagem, marcação ou rotulagem aplicáveis a um produto, processo ou método de produção (grifa-se).²⁵⁶

Assim, para o Acordo TBT, o uso da expressão “norma” aplica-se apenas aos documentos cujo cumprimento não é obrigatório. Quando caracterizado pela

²⁵² OMPI, SCP/13/2 Prov., p. 13. Ver ainda TEECE, SHERRY, 2003; HOEKMANN, Bernard M., KOSTECKI, Michel M. *The political Economy of the World Trading System*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2001, p. 186).

²⁵³ Confirma artigos 7º, II, 18, § 6º, II, 39, VIII, 58, do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, de 1996. Na literatura consumerista, autores apontam quatro tipos de normas técnicas brasileiras (NBR): NBR 1: normas de caráter compulsório, aprovadas pelo CONMETRO, com uso obrigatório em todo o território nacional; NBR 2: normas referenciais, também aprovadas pelo CONMETRO, sendo de uso obrigatório para o Poder Público; NBR 3: normas registradas, de caráter voluntário, com registro efetuado no INMETRO, de conformidade com as diretrizes e critérios fixados pelo CONMETRO; NBR 4: normas probatórias, registradas no INMETRO, ainda em fase experimental, possuindo vigência limitada. Contudo, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, no Brasil, essa distinção ficou prejudicada, uma vez que todas as normas técnicas cujo objetivo consista na defesa do consumidor passaram a se caracterizar como obrigatórias (NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 557-558; FILOMENO, José Geraldo. *Manual de direitos do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 75-77). Ver ainda BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

²⁵⁴ Nesse sentido o National Technology Transfer and Advancement Act of 1995 (NTTAA), Public Law 104-113 e a Circular A-119, do Office of Management and Budget' (OMB).

²⁵⁵ No Anexo I do Acordo TBT, fica estabelecido que, “quando utilizados neste Acordo, os termos apresentados na sexta edição do Guia ISO/IEC 2:1991 [hoje versão 2:2004] – Termos Gerais e suas Definições Referentes à Normalização e Atividades Correlatas terão o mesmo significado que aquele constante nas definições do mencionado Guia, levando em conta que serviços estão excluídos da cobertura deste Acordo”. Nota, ainda, que a “definição existente no Guia ISO/IEC 2 não é completa em si mesma, mas baseada no chamado sistema de ‘blocos de construção’.” (Nota ao Art. 1, Anexo I, Acordo TBT). As normas e os regulamentos técnicos sobre serviços são reguladas pelo GATS e, no âmbito da OMC, apresentam a mesma definição, substituindo-se o termo produto por serviços.

²⁵⁶ Artigo 2, Anexo 1, Acordo TBT.

obrigatoriedade, considera-se o documento como um regulamento técnico, segundo expresso no mesmo Acordo:

Regulamento Técnico: Documento que enuncia as características de um produto ou os processos e métodos de produção a ele relacionados, incluídas as disposições administrativas aplicáveis, **cujo cumprimento é obrigatório**. Poderá também tratar parcial ou exclusivamente de terminologia, símbolos e requisitos de embalagem, marcação ou rotulagem aplicáveis a um produto, processo ou método de produção (grifa-se).²⁵⁷

Na prática, porém, é muito tênue a linha entre a facultatividade e a obrigatoriedade das normas técnicas. Para muitos autores, inclusive, não há, em termos jurídicos, normas técnicas inteiramente facultativas. Segundo Tatiana PRAZERES, “a necessidade de respeito a essas normas, ainda que não se dê pela via jurídica, opera-se pela via do mercado”.²⁵⁸ Conforme aponta VIVAS-EUGUI, as normas, em muitos casos, são de fato mandatórias.²⁵⁹ Christopher HEATH observa que produtos que não se conformam com as normas não possuem a presunção de serem adequados ao propósito para o qual são estabelecidas, salvo prova em contrário.²⁶⁰

Diante desse cenário, entende-se que, em princípio, prevalece o caráter voluntário em relação às normas técnicas, ou seja, seu cumprimento não é obrigatório. O que pode impor sua adoção ou aplicação são as disposições legais ou as referências exclusivas em regulamento, aplicáveis caso a caso.²⁶¹ Além disso, as previsões contratuais também podem gerar a obrigatoriedade entre as partes contratantes, no que se refere à aplicação de uma norma técnica.

Desse modo, evidencia-se que na relação entre as normas técnicas e as normas jurídicas, e entre aquelas e os regulamentos técnicos, as normas podem ser revestidas de

²⁵⁷ Artigo 1, Anexo 1, Acordo TBT.

²⁵⁸ Tatiana Prazeres complementa: “em outras palavras, os países, mesmo que consigam justificar a não-observação de parâmetros internacionais e possam assim editar normas a eles desconformes, acabarão tendo seu mercado restrito por adquirirem tais normas força própria no comércio internacional” (PRAZERES, 2003, p. 124).

²⁵⁹ VIVAS-EUGUI, p. 3.

²⁶⁰ HEATH, Christophe. Patents and Standards. In: HWANG, Tzong-Leh; CHEN, Chiyuan (eds). *The Future Development of Competition Framework*. London: Klumer Law International, 2004, p. 132.

²⁶¹ A respeito da força obrigatória das normas conferidas por meio de referência contratual, ver PENNEAU, pp. 194-198. Comentários a respeito da vinculação de normas técnicas de qualidade envolvendo propriedade intelectual em contratos, ver MARTIN ARESTI, Pilar. *La licencia contractual de patente*. Navarra: Aranzadi Editorial, 1997, pp. 243-247; MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos o Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 982-1032.

um caráter mandatório, ainda que por natureza sejam voluntárias.

Particularmente no que diz respeito à **relação entre normas técnicas**, são diversos os aspectos que podem ser objeto de análise. Entretanto, prioriza-se aqui a análise dos tipos de normas quanto a sua relação com outras normas.

Quando um organismo de normalização decide estabelecer uma norma técnica, ele pode elaborar a norma baseando-se em outra anterior ou adotar uma norma já existente, de forma direta ou indireta. Será direta, no caso em que a própria norma é empregada, e indireta, quando ocorrer à incorporação de uma norma em outra, por exemplo. Nessa linha, as normas técnicas pode se caracterizar como normas harmonizadas, norma de referências ou norma alinhadas unilateralmente.²⁶²

As normas harmonizadas são aquelas cujo conteúdo é equivalente, unificado ou idêntico. Nesse aspecto, portanto, as normas classificam-se em relação à **harmonização quanto ao conteúdo**. As normas equivalentes são aquelas, aprovadas por diferentes organismos de normalização, que versam sobre um mesmo assunto. Comumente, elas estabelecem prescrições de intercambialidade de produtos, processo ou serviços, ou de entendimento mútuo dos resultados de ensaios ou das informações fornecidas de acordo com elas.²⁶³ Quando possuem o mesmo conteúdo e apresentação, elas são conhecidas como normas idênticas. Já as normas que são idênticas no conteúdo, mas que divergem na apresentação, são chamadas de normas unificadas.²⁶⁴

Ainda, conforme a **forma de harmonização**, se ela ocorrer com uma norma internacional ou uma norma regional, elas podem se caracterizar como normas harmonizadas internacionalmente ou regionalmente. Por outro aspecto, caso a harmonização se dê entre, pelo menos, três organismos de normalização, as normas serão denominadas normas harmonizadas multilateralmente. Na situação em que a harmonização ocorra entre dois organismos de normalização, elas serão consideradas

²⁶² Essas noções concernentes à relação entre normas técnicas também são aplicáveis à relação com os regulamentos técnicos, os quais podem ser harmonizados, referenciados ou alinhados entre si e com normas técnica (Ver parágrafo 6, Nota, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006).

²⁶³ Essas normas podem apresentar diferenças na apresentação e também no conteúdo, como, por exemplo, em notas explicativas, em diretrizes sobre o modo de satisfazer requisitos da norma, em preferências por alternativas ou variedades (Parágrafo 6.1, Nota, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006).

²⁶⁴ Parágrafo 6.2, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006. Se as normas são redigidas em línguas diferentes, elas devem ser traduções fiéis (Parágrafo 6.3, Notas 1 e 2, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006).

normas harmonizadas bilateralmente.²⁶⁵

Distintamente da norma harmonizada, existem as normas alinhadas unilateralmente. Essas são alinhadas com outras, de maneira que os produtos, processos, serviços, ensaios e informações fornecidas de acordo com a primeira norma atendam aos requisitos da segunda (alinhada unilateralmente). O inverso não ocorre. Assinala-se que em termos de conteúdo não há harmonização.²⁶⁶

Também não são normas harmonizadas as denominadas “normas comparáveis”. São comparáveis aquelas normas que versam sobre os mesmos produtos, processos ou serviços, aprovadas por diferentes organismos de normalização, em que os requisitos diferentes são fundados nas mesmas características e avaliados pelos mesmos métodos, permitindo, sem ambiguidade, sua comparação em termos de diferenças nos requisitos.²⁶⁷

Além dessas, há as normas de **referência**. São assim consideradas as normas incorporadas por meio de referência em outras normas. Uma norma pode incorporar por referência outras normas criadas e adotadas pelo próprio organismo de normalização ou por outros organismos de normalização.²⁶⁸

Geralmente, a referência a uma ou mais normas é feita em substituição às prescrições detalhadas no texto da norma que a refere. Conforme a situação, a referência pode ser exclusiva ou indicativa²⁶⁹ e geral ou específica. As normas de referência específicas identificam uma ou mais normas, com ou sem data, de tal maneira que revisões posteriores das normas podem ser aplicadas sem precisar modificar o regulamento. Essas normas, geralmente, são identificadas somente pelo seu número e data, ou edição. A referência geral é aquela realizada por meio de menção a todas as normas de um organismo especificado ou de um campo particular, sem identificá-las

²⁶⁵ Ver parágrafos 6, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006.

²⁶⁶ Ver parágrafo 6.8, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006.

²⁶⁷ Ver parágrafo 6.9, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006.

²⁶⁸ Ver parágrafo 11, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006. OMPI, SCP/13/2 Prov., p. 12.

²⁶⁹ No caso de referência exclusiva a uma norma em determinado regulamento técnico, a única maneira de atender a seus requisitos é estar em conformidade com a norma referenciada. No caso de referência indicativa, estar em conformidade com a norma referenciada é também uma maneira de atender aos requisitos de um regulamento técnico. Uma referência indicativa a normas é uma forma de prescrição julgada satisfatória (Parágrafo 11.3, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006). Uma prescrição julgada satisfatória “indica uma ou mais formas de se obter conformidade com um requisito de um documento normativo” (7.6, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006).

individualmente.²⁷⁰

O uso de normas de referência é bastante comum no âmbito nacional, onde as normas técnicas utilizam como base as normas técnicas internacionais, conforme preconizam as regras internacionais de comércio. Não obstante, também é comum a adoção de normas técnicas internacionais baseadas em normas de referência nacionais.

2.3 RELAÇÃO ENTRE DE NORMAS TÉCNICAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

O processo de normalização desenvolvido no plano nacional tem como resultado a adoção de normas técnicas que terão aplicação não apenas no âmbito doméstico, mas que também podem servir de base para a elaboração de normas técnicas internacionais. As normas internacionais são, em grande parte, baseadas em normas técnicas nacionais ou em normas de mercado, as quais se revestem do caráter formal e se tornam normas *de jure* uma vez que passam pelo processo de normalização internacional.

Essas normas estabelecidas no plano internacional, posteriormente, passam a servir de base para o estabelecimento de normas nacionais ao redor do mundo. Em um país, uma norma internacional pode ser aplicada direta ou indiretamente, seja pela adoção integral ou parcial, de forma expressa ou por referência, em um documento normativo nacional.

Um exemplo que pode ser dado é o da norma alemã DIN 476, publicada em 1922, que substituiu uma vasta variedade de formatos de papel e instituiu as especificações originais dos tamanhos A e B. Essa norma serviu de referência para a norma internacional ISO 216,²⁷¹ que estabelece tamanhos de papel. Atualmente, com exceção dos Estados Unidos e Canadá, as normas nacionais da maioria dos países têm como referência a

²⁷⁰ Ver parágrafo 11, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006.

²⁷¹ OMPI, SCP/13/2 Prov., p. 12.

norma ISO 216.²⁷²

Na prática, atualmente, a adoção²⁷³ de normas nacionais baseadas em normas internacionais, e vice-versa, tem se tornado cada vez mais comum, especialmente com o incremento da interdependência econômica e social dos diversos países do globo terrestre. Dados apresentados pela Organização Mundial do Comércio apontam a alta adoção de normas internacionais como normas nacionais por parte de alguns países como a Bélgica, a Holanda, o Reino Unido, a França, a Alemanha e a China, e a baixa adesão de outros, tais como os Estados Unidos, a Rússia e o Brasil.²⁷⁴

Nesse cenário, contudo, o grande desafio consiste na transferência da tecnologia necessária para a efetiva e adequada aplicação das normas, especialmente quando as mesmas encontram-se imbuídas de técnicas exógenas. Esse panorama, baseado no quadro de referências conceitual traçado no decorrer deste capítulo, reflete, em parte, a complexidade que reveste a normalização técnica, cujo entendimento é fundamental para análise que se desenvolve no capítulo seguinte das tensões entre normalização técnica e propriedade intelectual no âmbito do comércio.

Desse modo, após discorrer a respeito dos principais termos, definições e atributos atinentes à normalização técnica, no próximo capítulo, examinam-se os principais conceitos e características da propriedade intelectual na sua relação com a normalização técnica. Neste exame, busca-se identificar e avaliar os principais pontos de tensão entre ambos os regimes frente ao comércio.

²⁷² Durante a Segunda Guerra Mundial, a norma foi adotada por vários países, inclusive, pelo Brasil, em 1943. Em 1977, 88 países já haviam adotado a norma ISO e o padrão A4 para cartas. Na atualidade, mesmo em países onde os padrões de tamanho ISO são norma, muitos *notebooks* e *tablets* são formatados com as especificações ISO (A4 e A3 tablets).

²⁷³ A expressão “adoção” é muito empregada com o mesmo sentido de “internalização”, como, por exemplo, quando há a adoção de uma norma internacional como uma norma nacional (Ver parágrafos 10 e 11, ABNT ISO/IEC GUIA 2:2006).

²⁷⁴ Ver WTO, 2005, pp. 123-127.

Capítulo 3

PROPRIEDADE INTELECTUAL: PONTOS DE TENSÃO EM SUA RELAÇÃO COM A NORMALIZAÇÃO TÉCNICA

O capítulo antecedente evidenciou a complexidade e a importância da normalização técnica para a sociedade na atualidade. São diversos os benefícios que as normas técnicas podem proporcionar, em especial podem servir como um mecanismo de promoção da inovação, da transferência de tecnologia e de facilitação do comércio.

A normalização caracteriza-se como uma atividade que visa estabelecer, em relação a problemas existentes ou potenciais, um conjunto delimitado de prescrições técnicas concernentes a produtos, processos ou serviços, que servem de referência para o uso comum e repetitivo em um dado contexto. Portanto, o processo de normalização resulta na escolha de uma opção tecnológica, que constituirá o padrão a ser seguido, afastando as diversas alternativas existentes. Destarte, alcançar um grau ótimo a partir do consenso nessa escolha, considerando os diversos atores e interesses envolvidos, é um dos principais desafios que enfrentam as organizações de normalização, especialmente, quando as opções tecnológicas encontram-se protegidas por direitos de propriedade intelectual.

As normas refletem as necessidades dos grupos que as elaboram. Como os interesses envolvidos geralmente diferem entre si, a obtenção do grau ótimo de ordem que as normas buscam estabelecer será reflexo dessas diferenças em um dado contexto. Assim, uma norma bem delineada que ajuste a pluralidade de interesses pode incrementar a eficiência e o comércio. No entanto, se o desenho não for adequado ao contexto, a norma pode criar novas ineficiências no mercado relevante, conforme seus efeitos sobre a concorrência.²⁷⁵ Nesse sentido, algumas dessas ineficiências e efeitos negativos sobre o

²⁷⁵ Para cada tipo de norma analisado no capítulo anterior, seus efeitos tendem a ter algumas características distintas, mas todas podem afetar o comércio doméstico e internacional. Ver WORLD TRADE ORGANIZATION. *World Trade Report 2005: Exploring the links between trade, standards and the WTO*. Genebra: WTO, 2005, p. 31.

comércio e a concorrência, decorrentes do envolvimento de direitos de propriedade intelectual na normalização técnica são aqui analisados.

Em linhas gerais, a propriedade intelectual refere-se aos direitos privados, exclusivos e temporários, garantidos pela ordem jurídica em relação aos frutos da atividade criativa humana. Correspondem aos direitos conferidos às pessoas sobre suas criações, invenções, obras literárias e artísticas, marcas, símbolos, nomes, desenhos e outros ativos intangíveis diferenciadores usados no comércio.²⁷⁶

Comumente, a propriedade intelectual é dividida em duas categorias: a propriedade industrial e os direitos autorais. A propriedade industrial inclui as patentes invenções, modelos de utilidade, desenhos industriais, marcas e indicações geográficas. No caso dos direitos autorais, este abrange os direitos de autor sobre as obras literárias e artísticas e os direitos conexos, que são os de artistas-intérpretes e executantes, de produtores de fonogramas e de organismos de radiodifusão.

Embora haja certa harmonização desses direitos no plano internacional, os princípios e regras que regulam a aquisição, o uso e a perda dos direitos de propriedade intelectual distinguem-se entre um país e outro, dada à natureza territorial de sua proteção.²⁷⁷ No entanto, há uma característica comum que reveste os bens tutelados por esses direitos nos diversos países: a diferenciação.

Nem toda a diferença recebe proteção por meio dos direitos de propriedade intelectual, mas tão somente aquela que a sociedade determina como merecedora de cuidados jurídicos.²⁷⁸ Segundo Tullio ASCARELLI e Nuno Pires de CARVALHO, os

²⁷⁶ Segundo Nuno Carvalho, a propriedade intelectual consiste em um “conjunto de princípios e de normas que regulam a aquisição, o uso e a perda de direitos e de interesses sobre os ativos intangíveis diferenciadores que são suscetíveis de utilização na produção e circulação de bens e serviços” (CARVALHO, Nuno Pires de. *A Estrutura dos Sistemas de Patentes e de Marcas – Passado, Presente e Futuro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 10).

²⁷⁷ CARVALHO, 2009, p. 11. Na atualidade, os direitos de propriedade intelectual têm como fundamento normativo o ordenamento jurídico interno e internacional. Em relação às normas internacionais, elas são um referencial para este estudo, e, em especial, Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS), anexo ao tratado que cria a Organização Mundial do Comércio (OMC). Esse Acordo estabelece relação com outras convenções internacionais em matéria de propriedade intelectual, nomeadamente a Convenção da União de Paris, de 1967, que regulam os direitos de propriedade industrial sobre as invenções, modelos de utilidade e marcas, e a concorrência desleal, a Convenção de Berna, de 1971, e a Convenção de Roma, de 1961, que versam sobre os direitos de autor e conexos, e o Tratado sobre a Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados, de 1989 (Ver artigos 2.1, 2.2, 3.1, 9.1, 10.1, 14.3, 14.6, 15.2, 16.2, 16.3, 22.2, 35, 39.1, 62.3, 70.2, Acordo TRIPS).

²⁷⁸ CARVALHO, 2009, pp. 10 e 21; ASCARELLI, 1980, pp. 320-321.

critérios diferenciadores fundamentais que recebem atenção jurídica são a novidade, a originalidade e a distintividade.²⁷⁹

Nesse contexto, uma categoria tutelada pela propriedade intelectual corresponde à dos bens caracterizados pela novidade, que se constituem com a concessão de patente, registro ou certificado. Por exemplo, será nova a criação técnica que difere das técnicas conhecidas. Porém, nem toda criação nova é suscetível de proteção, apenas aquela em que a diferença ou novidade resulta de certo grau de inventividade. Nesta categoria incluem-se as invenções, modelos de utilidade, desenhos industriais, topografias de circuitos integrados e cultivares.²⁸⁰

Os bens caracterizados pela originalidade surgem a partir do ato de criação. No entanto, nem toda originalidade merece proteção. Não basta o mero esforço intelectual, é preciso que a obra seja criação do autor e eivada de certo nível de criatividade. A originalidade significa a possibilidade de uma obra ser atribuída a alguém como fruto de sua criação. Essa categoria engloba as obras literárias, científicas e artísticas, incluindo-se os programas de computador e os direitos conexos.²⁸¹

Outra categoria abarca os bens dotados de distintividade,²⁸² como é o caso das marcas, das indicações geográficas, do nome empresarial e de outros bens protegidos pela concorrência desleal, como o *trade dress*.²⁸³ No caso das marcas, por exemplo, elas

²⁷⁹ ASCARELLI, Tullio. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona: Bosch, 1980, pp. 320-321; CARVALHO, 2009, pp. 20-21. Ver ainda BRUCH, Kelly Lissandra. *Limites do direito de propriedade industrial de plantas*. 1996. Dissertação (Mestrado em Agronegócios) - Programa de Pós-Graduação em Agronegócios da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006; PIMENTEL, Luiz Otávio; CAVALCANTE, Milene Dantas. Meta 11: A proteção jurídica dos programas de computador. In: CORAL, Eliza et al. *PLATIC: Arranjo produtivo catarinense. Tecnologia da Informação e comunicação*. Florianópolis: FIESC/ IEL SC, 2007, p. 292.

²⁸⁰ CARVALHO, 2009, p. 20; ASCARELLI, 1980, pp. 320-321. As criações técnicas “compreendem, mas não se limitam a invenções, modelos de utilidade, obtenções vegetais ou cultivares, topografias de circuitos integrados, desenhos industriais” (CARVALHO, 2009, p. 24).

²⁸¹ Ver CARVALHO, 2009, p. 20; ASCARELLI, 1980, pp. 320-321. Sobre as transformações do conceito de originalidade, ver LEWICKI, Bruno. A historicidade do Direito Autoral. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. *Direito da Propriedade Intelectual: Estudos em homenagem a Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá Editora, 2006, pp. 291-293.

²⁸² Entre os sinais distintivos, encontram-se “marcas de comércio, indústria e serviços, incluindo marcas coletivas; nomes comerciais, incluindo as insígnias ou títulos de estabelecimento, expressões de propaganda (slogans); indicações de procedência e indicações geográficas; recompensas industriais” (CARVALHO, 2009, p. 24).

²⁸³ Outras diferenças também podem ser protegidas no que tange à concorrência desleal. Nesse campo, não se busca resguardar diretamente a proteção do esforço intelectual, mas os consumidores e esforços econômicos investidos. Portanto, é preciso que o ativo protegido pela concorrência desleal tenha interesse

devem ser diferentes das que são já usadas pelos concorrentes, registradas ou não, no sentido de possibilitar sua distinção pelos consumidores, de forma a não causar confusão.²⁸⁴

Quanto aos direitos conferidos, cumpre observar que, enquanto a proteção dos bens dotados de novidade garante, principalmente, o direito de exclusividade de produção, aos bens caracterizados pela originalidade assegura-se o direito de exclusividade de reprodução. Já no caso dos bens caracterizados pela distintividade, a exclusividade repousa no uso do signo distintivo.

Esses direitos, ao serem inseridos no âmbito da normalização técnica, acabam proporcionando uma situação complexa e, de certa forma, paradoxal. De um lado, encontra-se a normalização técnica, que por meio das normas técnicas estabelece uma opção tecnológica a ser utilizada por todos os atores que objetivem atuar em determinada atividade econômica, como, por exemplo, na fabricação de um produto. De outro, encontra-se a propriedade intelectual que assegura a exclusividade de produção, impedindo terceiros de usar a tecnologia protegida.²⁸⁵

Para ilustrar essa situação, basta observar o que ocorre quando uma tecnologia patenteada é incorporada em uma norma técnica. Para que o usuário de uma norma possa cumprir com as exigências técnicas nela prescritas, ele precisa obter a autorização do titular da patente, sem a qual incorrerá em infração. Se o usuário não conseguir obter uma

para os consumidores, de forma a que o seu uso desleal possa desviar clientela. Segundo Nuno Carvalho, as “vantagens competitivas não-proprietárias que correspondem à repressão da concorrência desleal (não cobertas por um direito formal de propriedade, ainda que possam gerar certos tipos de exclusividade – são, portanto, objeto de interesses proprietários, mas não necessariamente de direitos proprietários) (como, por exemplo, a reputação do comerciante; o estabelecimento (*goodwill*) em geral, o qual compreende a sua configuração distintiva (*trade dress*, em inglês); e a informação não divulgada, compreendendo os segredos de fábrica e de comércio e os dados de testes). Ainda aponta-se o marketing de emboscada, cuja proteção decorre da necessidade de evitar o parasitismo dos concorrentes – uma forma desleal de concorrência, sem dúvida, mas que não resulta dos mesmos fundamentos jurídicos e éticos que levaram à inclusão da concorrência desleal na Convenção de Paris” (CARVALHO, 2009, p. 24).

²⁸⁴ CARVALHO, 2009, p. 20; ASCARELLI, 1980, pp. 320-321.

²⁸⁵ Ver ZIBETTI, Fabíola Wüst. Propriedade intelectual e standardização no âmbito do comércio. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p.173-202 ZIBETTI, Fabíola Wüst. A relação entre propriedade intelectual e normalização técnica no cenário do comércio internacional. Pontes, v. 5, p. 9-10, 2009; ZIBETTI, Fabíola Wüst. Comércio e meio ambiente: a propriedade intelectual como um fator para a adoção de normas técnicas internacionais. *Amicus Curiae*, Vol. 8, n. 8, 2011; ZIBETTI, Fabíola Wüst; BRUCH, Kelly Lissandra. The tension inherent to the relationship between intellectual property rights and technical standards: alternatives to standardization organizations in the wine sector. In: *33 World Congress of Vine and Wine Proceedings*. Tbilisi, 2010. 33 World Congress of Vine and Wine. 8th General Assembly of the OIV. Tbilisi, 2010. vol. OR.III.

licença de uso da tecnologia incorporada na norma, ele fica impossibilitado de se conformar com a norma e, por conseguinte, seu direito de exercício da atividade econômica pode ser inviabilizado. Portanto, a incorporação de direitos de propriedade intelectual nas normas pode criar uma elevada barreira à entrada²⁸⁶ em mercados normalizados, especialmente quando as normas se revestem de um caráter mandatário.

Destarte, de uma perspectiva, tem-se a normalização técnica que procura estabelecer padrões comuns, direcionando os esforços para proporcionar o acesso e o uso público, livre e coletivo de uma tecnologia normalizada. De outra, a propriedade intelectual que busca promover a diferenciação e recompensar os esforços criativos individuais, protegendo com exclusividade os direitos privados que envolvem uma tecnologia. Por conseguinte, o paradoxo revela-se, sob um aspecto, na padronização *versus* diferenciação, e sob outro, no coletivo *versus* individual.²⁸⁷

Essa situação evidencia a presença de focos de tensão nessa relação, que podem afetar ambos os sistemas: o de normalização técnica e o de propriedade intelectual. Portanto, identificá-los é fundamental para se avaliar a qualidade da relação e seus impactos sobre o comércio, a concorrência, a promoção da inovação e da transferência de tecnologia e o desenvolvimento das nações – objetivos que são comuns a ambos os regimes.²⁸⁸

A partir dessa hipótese, o presente capítulo tem como objetivo analisar a

²⁸⁶ Sobre a propriedade intelectual como barreiras à entrada ver BRUCH, K. L.; DEWES, H. ; RAMBO, A. G. ; ANDRADE, J. J. ; MARTINELLI JUNIOR, O. . Barreiras à entrada no mercado brasileiro de sementes transgênicas. In: *XLIII Congresso Brasileiro de Economia e Sociologia Rural*, 2005, Ribeirão Preto. Instituições, Eficiência, Gestão e Contratos no Sistema Agroalimentar. Ribeirão Preto: FEARP/USP, PENSA/USP, 2005, pp. 278-278.

²⁸⁷ Ver ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI). Comité Permanente Sobre El Derecho De Patentes. SCP/13/2. Normas Técnicas y Patentes. Documento preparado por la Secretaría. Decimotercera sesión. Ginebra, 23 a 27 de marzo de 2009. Ginebra: OMPI, 18 de febrero de 2009. Disponível em: <<http://www.wipo.int>>. Acesso em: 22. out. 2009; VIVAS-EUGUI, David. *Addressing the Interface between Patents and Technical Standards in International Trade Discussions*. UNCTAD - ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development. Policy brief Number 3. February 2009; LEMLEY, Mark A. *Intellectual property rights and standard setting organizations*. UC Berkeley School of Law, Public Law and Legal Theory, Research Paper n. 84, 2002; WILLINGMYRE, George T. *Intellectual property rights as a factor in the development of standards*. January, 1998. Disponível em: <<http://www.gtwassociates.com/answers/micros66a.html>>. Acesso em: 19 jan. 2010.

²⁸⁸ Ver ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Comité Permanente Sobre El Derecho De Patentes. SCP/13/2. Normas Técnicas y Patentes. Documento preparado por la Secretaría. Decimotercera sesión. Ginebra, 23 a 27 de marzo de 2009. Ginebra: OMPI, 18 de febrero de 2009, pp. 16-17.

propriedade intelectual sob a ótica da normalização técnica, buscando destacar alguns desses pontos de tensão. Para o desenvolvimento dessa análise, desdobram-se os processos de normalização – elaboração, adoção e aplicação das normas técnicas –, dentro dos quais se examinam as questões atinentes à propriedade intelectual. Embora sejam em grande parte semelhantes as tensões afetas às normas *de facto*, a análise aqui realizada enfoca a normalização técnica desde perspectiva formal, observando principalmente no nível doméstico e das empresas os efeitos da problemática, que se acentua quando as normas são revestidas de um caráter mandatório, seja por imposição de lei ou regulamento técnico.

Em relação ao processo de elaboração, a abordagem foca os interesses envolvidos e o conteúdo das normas técnicas, no qual a incorporação dos direitos de propriedade intelectual relacionados a patentes, marcas e programas de computador ganha especial atenção. No que concerne ao processo de adoção, destacam-se as tensões que afetam a aprovação e a publicação das normas técnicas com ênfase, aqui, na proteção das normas pelos direitos autorais. Por fim, no que diz respeito ao processo de aplicação, são destacados os principais pontos que afetam o acesso e o uso das normas e tecnologias nelas incorporadas.

3.1 PROPRIEDADE INTELECTUAL NO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DE NORMAS TÉCNICAS

Na prática das organizações nacionais de normalização, a necessidade de criação de uma norma comumente é formalizada por um membro ou grupo de membros, cujo pedido é expressão de uma demanda de representantes de determinado setor econômico, associações ou empresas. São eles, inclusive, que geralmente apoiam, com recursos financeiros e técnicos, a formulação das normas, tanto no plano nacional como no internacional. Conforme observa HESSER, a preparação de normas requer tempo, dinheiro e conhecimento, de modo que o conhecimento relevante representa um fator decisivo

para qualquer norma.²⁸⁹ Desta forma, esses atores assumem um papel de elevada importância no processo de normalização. Seu apoio, no entanto, não é desinteressado.

Diante disso, neste ponto, busca-se inicialmente avaliar alguns dos grupos de interesses²⁹⁰ que comumente se envolvem no processo de elaboração de norma, especialmente, quando envolvem dados, informações e tecnologias protegidas por direitos de propriedade intelectual. Na sequência, trata-se da incorporação desses direitos no conteúdo das normas técnicas.

3.1.1 Interesses envolvidos

Uma vez que a proposta de criação de uma nova norma é aceita, os comitês técnicos assumem a responsabilidade pela elaboração de seu texto. Geralmente, os comitês que negociam as especificações técnicas de uma nova norma são compostos por profissionais que representam os diversos setores da sociedade, tais como produtores, fornecedores, consumidores, governos, instituições de pesquisa, laboratórios de testes, dentre outros. O perfil de participantes dependerá muito do escopo da norma em desenvolvimento e do ambiente no qual se insere a organização.²⁹¹

Frequentemente, envolvem-se no processo tanto aqueles que irão fornecer o produto, como aqueles que irão usá-lo, ou seja, os consumidores em sentido amplo. Em outras palavras, tipicamente, participam representantes daqueles que estão do lado da oferta e do lado da demanda do mercado potencial do produto a ser normalizado. Ambos, fornecedores e consumidores, são os principais afetados com a adoção de normas técnicas,²⁹² por isso o interesse e a importância de sua participação no processo.

Contudo, quando ocorre a inclusão de tecnologias protegidas por direitos de

²⁸⁹ HESSER, Wilfried. *An introduction to standards and standardization*. Zurich: Beuth, 1998, pp. 45-48.

²⁹⁰ Sobre os grupos de interesse nos sistemas econômicos, ver NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

²⁹¹ Ver HESSER, 1998; TEECE, David J.; SHERRY, Edward. Standards Setting and Antitrust. *Minnesota Law Review*, vol. 87, 1911. 2003.

²⁹² TEECE e SHERRY, 2003, pp. 1913-1994. Sobre os mercados de produtos, mercados de tecnologia e mercados de inovação, ver UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property*. US: DOJ/FTC, 1995. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

propriedade intelectual nas normas técnicas, dois mercados entram em questão: o mercado do produto e o mercado da tecnologia.²⁹³

No mercado da tecnologia, que serve de base para o desenvolvimento do produto normalizado, enquanto os detentores de direitos de propriedade intelectual estão no lado da oferta, aqueles que irão produzir o bem se encontram no lado da demanda. Nessa situação, por efeito, não apenas participam do processo de normalização os fornecedores e consumidores do produto, mas também os fornecedores e consumidores da tecnologia.²⁹⁴

Dentro desse cenário, os fornecedores do produto são os consumidores da tecnologia, pois dependem dela para poder fazer o produto e colocá-lo no mercado. Em algumas situações, no entanto, os fornecedores de tecnologia são também fornecedores do produto, por conseguinte, consumidores de tecnologia. Conforme David TEECE e Edward SHERRY, essas empresas “vestem três chapéus” (“*wear three hats*”).²⁹⁵ Ainda, embora seja raro, pode ocorrer que uma empresa assuma quatro papéis, quando, além de fornecedora e consumidora da tecnologia, é fornecedora e consumidora no mercado do produto. Há também as empresas que são apenas fornecedoras de tecnologia e que não produzem o bem, destarte, não se caracterizam como consumidoras de tecnologia. Essas, comumente, não participam do mercado do produto, exceto se forem consumidoras dele.²⁹⁶

Na prática, as companhias detentoras de tecnologia e que produzem o bem, quando já não estão organizadas em arranjos (*pools*) de propriedade intelectual, geralmente, utilizam sua tecnologia em “troca” para obter a tecnologia das demais, por meio de licenças cruzadas. Isso reduz substancialmente seus custos para aquisição de tecnologia.²⁹⁷

Aquelas que não possuem tecnologia para negociar precisam obter licenças com

²⁹³ TEECE, SHERRY, 2003; Ver VIVES-EUGUI, David. Addressing the Interface between Patents and Technical Standards in International Trade Discussions. *UNCTAD - ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development*. Policy brief Number 3. February 2009, p. 4.

²⁹⁴ TEECE e SHERRY, 2003; Ver VIVES-EUGUI, 2009, p. 4.

²⁹⁵ TEECE e SHERRY, 2003.

²⁹⁶ Ver TEECE e SHERRY, 2003.

²⁹⁷ Ver TEECE e SHERRY, 2003.

os titulares dos direitos de propriedade intelectual que, em muitos casos, são vários. Essa situação coloca as empresas em posição diferenciada, pois não têm tecnologia para “trocar”, o que implica em custos e tratamento distintos, e muitas vezes discricionários, especialmente, no que diz respeito às condições de acesso e uso das tecnologias protegidas.

Em relação àquelas empresas que apenas fornecem a tecnologia e não participam do mercado do produto, os termos de “troca” não têm o mesmo valor em relação àquelas que produzem tecnologia e que dela necessitam. Diante disso, não raro, elas apenas licenciam seus direitos (unilateralmente), pois não precisam de licenças (cruzadas) de outras tecnologias.

Em todas as posições, os interesses podem ser diversos quando a empresa também assume o papel de consumidora do produto, embora seja uma situação excepcional uma empresa ser a fornecedora e a consumidora do mesmo produto.²⁹⁸

Outro tipo de empresa que também pode ser afetada e que, geralmente, não participa do processo de normalização, é aquela que tem interesse e potencial de desenvolver a capacidade de produção, porém não é titular de direitos de propriedade intelectual e tampouco produz o bem. Nessa situação encontram-se muitas empresas que buscam ingressar no mercado de determinado produto normalizado e que, muitas vezes, acabam sendo prejudicadas, pois encontram barreiras no mercado da tecnologia. Além delas, a empresa apenas consumidora do produto nem sempre participa do processo de normalização.

Nesse cenário, que pode afetar tanto normas de produtos como também de processos e serviços, dentre os atores que podem estar envolvidos no processo de normalização, destacam-se alguns apenas na forma de exemplos ilustrativos:

- a) titulares de direitos de propriedade intelectual sobre a tecnologia que não produzem o bem (oferta da tecnologia);
- b) titulares de direitos de propriedade intelectual sobre a tecnologia que não produzem o bem, mas são consumidores do produto (oferta da tecnologia e demanda do produto);

²⁹⁸ Ver TEECE e SHERRY, 2003.

- c) titulares de direitos de propriedade intelectual sobre a tecnologia e que produzem o bem (oferta da tecnologia, demanda da tecnologia e oferta do produto);
- d) titulares de direitos de propriedade intelectual sobre a tecnologia que produzem e são, também, consumidores do bem (oferta da tecnologia, demanda da tecnologia, oferta do produto e demanda do produto);
- e) aqueles que produzem ou têm a capacidade de produzir, mas não são titulares de direitos (demanda da tecnologia e oferta do produto);
- f) aqueles que produzem ou têm a capacidade de produzir e que são, também, consumidores do produto, mas não titulares de direitos (demanda da tecnologia, oferta do produto e demanda do produto);
- g) aqueles que têm interesse em produzir, porém não são titulares de direitos de propriedade intelectual e tampouco têm a capacidade de produção, embora tenham possibilidade de desenvolver essa capacidade (demanda da tecnologia);
- h) aqueles que são consumidores do produto e têm interesse em produzir, porém não são titulares de direitos de propriedade intelectual e tampouco têm a capacidade de produção, embora tenham possibilidade de desenvolver essa capacidade (demanda da tecnologia e demanda do produto);
- i) aqueles que são exclusivamente consumidores do produto (demanda do produto).

Diante desse panorama, fica evidente que são distintos os interesses e muitos os focos de tensão concernentes aos direitos de propriedade intelectual envolvidos no processo de normalização. Conforme TEECE e SHERRY, desde uma perspectiva econômica, as posições das diversas empresas nesse processo, mesmo em termos técnicos, tendem a refletir as posições competitivas e vantagens comparativas que desfrutam.²⁹⁹ Segundo George T. WILLINGMYRE, elas investem tempo e recursos em comitês de normalização e, dentre seus propósitos, esperam que as normas sejam

²⁹⁹ Os autores acrescentam ainda que “a firm with experience in solving a problem in a particular way will, not surprisingly, favor standards that adopt that familiar approach, as that will give that firm a comparative advantage over other firms that have more experience in alternative solutions. (...) Some comparative advantage may rest in a firm's accumulated knowledge and expertise, some of which may have arisen from research and development that may also have led to patented inventions. Thus, firms may have a preference for adopting a standard on which they have a patent, not primarily because of the existence of the patent per se, but because the firm has a comparative advantage (relative to other firms) in the technological approach reflected in the patented technology” (TEECE e SHERRY, 2003, pp. 1935-1936).

compatíveis com suas tecnologias ou que as contemplem.³⁰⁰

Assim, ao passo que as empresas detentoras de conhecimentos técnicos protegidos por direitos de propriedade intelectual buscam assegurar seus interesses, elas realizam contribuições significativas às atividades de normalização, especialmente, nos setores que envolvem o uso de alta tecnologia. Na grande parte dos casos, o processo de normalização é iniciado e progride, fundamentalmente, pelos esforços desses atores possuidores de tecnologias – atualizadas e de elevado nível de complexidade – que acabam por ser incluídas nas normas.³⁰¹ Dessa maneira, por efeito, na ocasião de aplicação das normas técnicas, tendem a ganhar uma parcela relevante do comércio da tecnologia e, por efeito, do comércio de produtos e ou de serviços a montante.

Um caso conhecido que exemplifica essa situação é o processo de construção do padrão GSM (*Global System for Mobile Communications*), que atualmente se caracteriza como a mais ampla plataforma mundial para comunicações digital móvel. Em 2005, seu uso alcançava 60 países em todo o mundo. Hoje se estima que atinge mais de 200 países. O processo de normalização que culminou na criação do GSM iniciou na Europa, em 1982. Nessa época, os monopólios nacionais operacionais e administrativos eram os principais envolvidos no processo. Contudo, com a introdução do espectro de banda larga de 900 MHz para as comunicações móveis, em 1986, a posição desses atores se enfraqueceu. A banda larga tornou-se um recurso escasso, e os sistemas analógicos estavam enfrentando problemas, pois lhes faltava a capacidade de percorrer todos os países. Tal situação selava o mercado e tornava a telefonia celular pouco atrativa aos negócios.³⁰²

A promessa da normalização era a de formar economias de escala na telefonia celular pela unificação dos mercados europeus até então isolados – objetivo perseguido ativamente pela União Europeia –, de modo a proporcionar oportunidades de exportação

³⁰⁰ Ver WILLINGMYRE, George T. *Intellectual property rights as a factor in the development of standards*. January, 1998. Disponível em: <<http://www.gtwassociates.com/answers/micros66a.html>>. Acesso em: 19 jan. 2010.

³⁰¹ Ver comentários da delegação chinesa em G/TBT/W/251/Add.1.

³⁰² UNITED NATIONS INDUSTRIAL DEVELOPMENT ORGANIZATION. *Industrial Development Report 2005*. Capability building for catching-up: Historical, empirical and policy dimensions. Vienna: UNIDO, 2005. Disponível em: <<http://www.unido.org>> Acesso em: 12 de abril de 2006; VERBRUGGEN, Johan; LÖRINCZ, Anna. Patents and Technical Standards. *IIC - International Review of Industrial Property and Copyright Law*, n. 125, 2002, pp. 127-154.

para produtores de equipamentos e novos serviços, como os serviços de mensagens curtas (SMS, sigla em inglês). Desse modo foi posta em marcha a coalizão da geração seguinte, o *Universal Mobile Telecommunication System* (UMTS).³⁰³

Com a influência dos fornecedores de equipamentos que visavam a concretizar economias de escalas através da Europa, os trabalhos do GSM foram passados das mãos dos monopólios nacionais para o *European Telecommunications Standards Institute* (ETSI), em 1989. Nesse momento, as alianças tradicionais romperam-se. A presença da Motorola, a quinta maior produtora de equipamentos atrás da Ericsson, Nokia, Siemens e Alcatel, que planejava uma melhor posição no mercado europeu, ajudou para a mudança desse complexo cenário.³⁰⁴

De um lado, estava a União Europeia, cujo interesse consistia em desregulamentar o mercado de telecomunicações. De outro, encontravam-se os operadores nacionais de telecomunicações, exigindo dos fornecedores o uso livre, sem limitações geográficas, de seus direitos de propriedade intelectual. Porém, em uma terceira posição, colocavam-se os fornecedores de equipamentos que buscavam resguardar seus direitos em sua plenitude. Dentre as empresas envolvidas, a Motorola foi a maior oponente da posição dos operadores nacionais. Sua postura acabou sendo seguida pelos demais fornecedores que forçaram o abandono da proposta de uso livre dos direitos de propriedade intelectual. Ainda, tendo se recusado a fechar um acordo com os operadores e acedendo a um número de licenças cruzadas, a Motorola promoveu a redução do número de fornecedores de equipamentos na negociação das normas técnicas do GSM. Ficaram à frente delas a Motorola, a Alcatel, a Ericsson, a Nokia e a Siemens.³⁰⁵

Passou-se cerca de uma década de negociações até a adoção do padrão GSM. Tão logo o sistema começou a funcionar, o desequilíbrio subjacente entre os portfólios de propriedade intelectual dos vários atores tornou-se evidente. O escopo da norma, que compreendeu diversas interfaces e níveis de detalhes – superespecificados para assegurar interoperabilidade –, incrementou o número e a probabilidade de conflitos em torno dos direitos de propriedade intelectual. As patentes essenciais para as normas foram reivindicadas em todos os níveis, por diversos atores. No final dos anos 1990, mais de 20

³⁰³ UNIDO, 2005, p. 92; VERBRUGGEN e LÖRINCZ, 2002.

³⁰⁴ UNIDO, 2005, p. 92; VERBRUGGEN e LÖRINCZ, 2002.

³⁰⁵ UNIDO, 2005, p. 92; VERBRUGGEN e LÖRINCZ, 2002.

empresas reivindicaram ter, aproximadamente, 140 patentes cumulativas, que alegavam ser essenciais para o padrão GSM. Mais de 60% das patentes tinham sido requeridas após a adoção das normas do GSM. As tensões ampliaram-se ainda mais a partir da conexão do GSM com o padrão UMTS, parcialmente motivados pelo aumento dos arranjos de direitos de propriedade intelectual usados como estratégia entre as empresas europeias, dentre as quais se inclui a compra da infraestrutura de negócios da *Qualcomm* pela *Ericsson*.³⁰⁶

Situações semelhantes, embora muitas em menor dimensão, envolvendo propriedade intelectual no processo de normalização, têm se intensificado nos mais diversos setores e áreas tecnológicas, em todo o mundo. Um caso interessante, observado por Tatiana PRAZERES, foi registrado na Alemanha, quando se estabeleceu que a venda de cerveja no mercado nacional obedecesse à determinada fórmula. Curiosamente, essa autora nota que “apenas a cerveja alemã contava com a composição estabelecida”.³⁰⁷

No Brasil, um exemplo recente foi encontrado no caso processado junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), envolvendo a Siemens VDO e a SEVA Engenharia Eletrônica. Nos autos, ficou demonstrado que a Siemens VDO já teria conquistado o domínio do mercado de tacógrafos veiculares com os modelos VDO1308 e VDO1318, anos antes da normalização do produto. Uma vez que foi estabelecida a norma técnica do produto pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, hoje denominado Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO), as especificações técnicas eram as mesmas dos modelos VDO.³⁰⁸

Diante disso, ficam evidenciados alguns pontos de tensão que afetam os atores e interesses envolvidos no processo de elaboração de normas, especialmente, quando as negociações sobre suas especificações técnicas abrangem direitos de propriedade intelectual. Tendo em vista a complexidade e as maneiras, por vezes abusivas, como são

³⁰⁶ UNIDO, 2005; VERBRUGGEN e LÖRINCZ, 2002, pp. 127-154.

³⁰⁷ PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Comércio Internacional e Protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2003. p. 69.

³⁰⁸ Essa disputa resultou na condenação da Siemens VDO por *shaw litigation* sobre a concorrente SEVA. Para informações detalhadas sobre o caso, ver BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Economica (CADE). *Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51*. Representante: SEVA Engenharia Eletrônica S.A. Representado: Siemens VDO Automotive Ltda, Continental do Brasil Indústria Automotiva Ltda. Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. Brasília, 1.12.2009. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

eles usados e articulados no contexto da normalização técnica, na ausência de regras claras, o incremento dos conflitos se prolifera.³⁰⁹

Importa observar, contudo, que a maneira como os direitos de propriedade intelectual se relacionam com as normas técnicas difere conforme o tipo de bem protegido a que se faz referência. Nesse sentido, a seguir são analisados alguns dos impactos atinentes ao envolvimento de (a) patentes, (b) programas de computador e (c) marcas, no conteúdo das normas técnicas.

3.1.2 Conteúdo das normas técnicas

Particularmente, no que concerne ao conteúdo das normas técnicas, as principais tensões dizem respeito aos dados, informações e tecnologias protegidas por direitos de propriedade intelectual nelas incorporadas.

Durante o processo de elaboração de normas técnicas, no âmbito dos comitês técnicos, as negociações destinam-se a definir as especificações técnicas a serem incluídas nas normas. Nesse sentido, as negociações tendem a ser – ou deveriam ser – estritamente técnicas, sem o envolvimento de aspectos comerciais atinentes às diversas opções tecnológicas. De fato, nem se poderiam negociar questões de caráter comerciais nesses foros, sob o risco de se converterem em ambientes anticoncorrenciais.

Contudo, colocar em pauta a existência de dados, informações e tecnologias protegidas por direitos de propriedade intelectual, mais do que pelas implicações comerciais, manifesta-se fundamental como fonte para fins de avaliação do estado da arte. Sob outro aspecto, negociar opções tecnológicas sem conhecer as tecnologias protegidas e seus respectivos titulares de direitos pode resultar em esforços desperdiçados, se o titular não autorizar seu uso aos usuários da futura norma, de forma ampla. Portanto, nesses foros, passa a ser crucial identificar as tecnologias protegidas, inclusive, se for o caso, para evitar que sejam incorporadas na norma de modo a evitar problemas futuros.

³⁰⁹ Inicialmente estavam voltados principalmente para patentes, hoje afetam os mais diversos tipos de propriedade intelectual, tais como desenhos industriais, programas de computador, marcas, indicações geográficas e outros.

Na prática de algumas (poucas) organizações de normalização, busca-se evitar a inclusão de tecnologias protegidas no escopo das normas técnicas. Contudo, esta opção tem se revelado cada vez mais difícil.

Dentro desse contexto, patentes de invenção, modelos de utilidade, desenhos industriais programas de computador, indicações geográficas, marcas e outros direitos de propriedade intelectual têm sido alvo de debates e preocupações nesse sentido. Assim, sem deixar de considerar a importância e o impacto dos diversos tipos de propriedade intelectual, aqui são analisados alguns dos pontos de tensão que afetam (a) as patentes, (b) os programas de computador e (c) as marcas.

a) Patentes e normas técnicas

Segundo o Relatório de Desenvolvimento Industrial de 2005, da Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (UNIDO, acrônimo em inglês), a correlação entre patentes e normas técnicas demonstra-se positiva e crescente. Tal situação de evidencia principalmente nos setores mais inovadores e nos quais as tecnologias protegidas possuem elevada importância comercial, como é o caso do setor de telecomunicações e engenharia elétrica,³¹⁰ os quais representaram juntos, em 2010, cerca de 20% do total do fluxo de comércio mundial.³¹¹ Contudo, essa correlação também se apresenta em outras áreas, como nas de tecnologias ambientais e saúde,³¹² conforme ilustra a figura abaixo.

³¹⁰ UNITED NATIONS INDUSTRIAL DEVELOPMENT ORGANIZATION. *Industrial Development Report 2005*. Capability building for catching-up: Historical, empirical and policy dimensions. Vienna: UNIDO, 2005.

³¹¹ Conforme dados extraídos do UNComtrade (UNCOMTRADE. Disponível em: <<http://comtrade.un.org/>>. Acesso em 10 out. 2011).

³¹² Sobre o tema no setor de vitivinícola, ver ZIBETTI, Fabíola Wüst; BRUCH, Kelly Lissandra. The tension inherent to the relationship between intellectual property rights and technical standards: alternatives to standardization organizations in the wine sector. In: *33 World Congress of Vine and Wine Proceedings*. Tbilisi, 2010. 33 World Congress of Vine and Wine. 8th General Assembly of the OIV. Tbilisi, 2010. vol. OR.III.

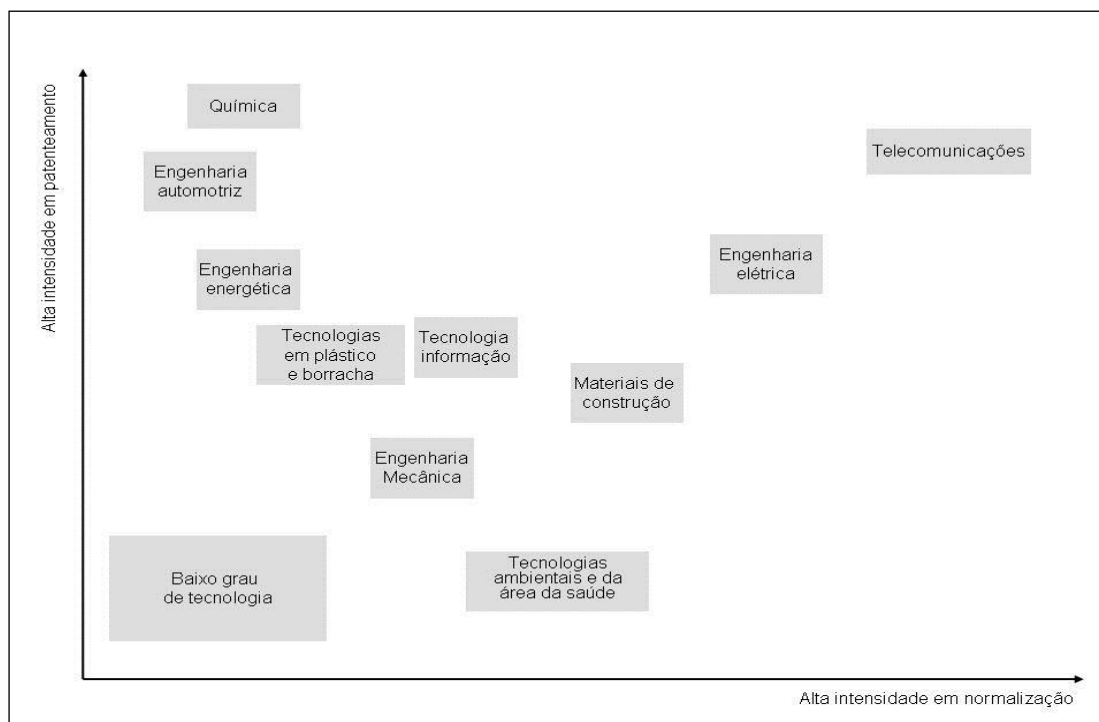


Figura 1. Áreas tecnológicas que envolvem normas técnicas e patentes

Fonte: UNIDO, 2005, p. 91 (tradução livre).

Ao incorporar os frutos do avanço científico e as inovações tecnológicas, as normas técnicas buscam refletir a evolução da tecnologia, o “estado da arte” relativo ao produto, processo ou serviço que será objeto de normalização.³¹³ As tecnologias protegidas por direitos de propriedade intelectual e, em especial, por patentes são soluções técnicas que materializam esses avanços e inovações.³¹⁴ Por efeito, a inclusão de tecnologias patenteadas nas normas resulta muitas vezes inevitável.

As patentes são títulos que asseguram um direito exclusivo de exploração de inventos por um período limitado de tempo, no território onde foram concedidas. São protegidos por meio de patentes as invenções e os modelos de utilidades e, em alguns

³¹³ 3.2.1, ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT ISO/IEC Guia 2: 2006. Normalização e atividades relacionadas – Vocabulário geral. 2. ed. Brasil: ABNT, 2006. .

³¹⁴ Ver ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/W/251/Add.1. Addendum. Comunicación de la República Popular China: Cuestiones relativas a los derechos de propiedad intelectual (DPI) en el ámbito de la normalización. 9 de noviembre de 2006. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/W/251. Comunicación de la República Popular China: cuestiones relativas a los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de la normalización. 25 de mayo de 2005.

países, os desenhos industriais e as variedades vegetais.³¹⁵

Particularmente, no que diz respeito às patentes de invenções, elas podem se referir a produtos ou processos, o que, na prática, estende-se a qualquer entidade física (produto) ou atividade (processo), em todas as áreas tecnológicas.³¹⁶ Nesse sentido, elas podem corresponder a métodos de produção, aparatos, procedimentos, materiais, composições, formulações químicas, usos e aplicações, desenhos, peças, ferramentas, embalagens,³¹⁷ dentre uma infinidade de outros inventos. Essa proteção pode incidir tanto sobre os aspectos estruturais quanto os funcionais da invenção, motivo pelo qual pode afetar quase todo tipo de norma técnica, incluindo-se as descritivas e as de desempenho. Trata-se de um tipo de proteção que atua no campo das ideias, e não na forma de sua expressão.³¹⁸

Caracterizada como um título que confere direitos de propriedade intelectual, a patente acredita a existência e os alcances de um invento, assim como determina à pessoa que o requer sua titularidade.³¹⁹ Esses direitos cobrem um conjunto de atos, dentre os quais produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar o produto, o processo e o

³¹⁵ Em relação às variedades vegetais, elas podem ser protegidas “seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema sui generis eficaz, seja por uma combinação de ambos” (Art. 27.3, Acordo TRIPS). Ver INTERNATIONAL UNION FOR THE PROTECTION OF NEW VARIETIES OF PLANTS (UPOV). International Convention for the Protection of New Varieties of Plants. Act of 1991. 2.12.1961; Revisado em Geneva, 10.11.1972, 23.10.1978 e 19.03.1991. Disponível em: <<http://www.upov.int>>. Acesso em: 10 nov. 2007.

³¹⁶ Art. 27, Acordo TRIPS. Com relação às patentes de modelo de utilidade, como seu próprio nome revela, referem-se apenas a produtos, mais especificamente a objetos, não alcançando assim composições químicas e outros tipos de entidades físicas. Ver ainda artigos 1.2 e 1.4, Convenção da União de Paris (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*, del 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/trtdocs_wo020.html>. Acesso em: 10 jan. 2010).

³¹⁷ Sobre a proteção das embalagens por direitos de propriedade intelectual, ver BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 156-165.

³¹⁸ Ver artigos 27 e 29.1, Acordo TRIPS; Artigo 5, PCT (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT)*, elaborado en Washington el 19 de junio de 1970, enmendado el 28 de septiembre de 1979, modificado el 3 de febrero de <1984 y el 3 de octubre de 2001. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/pct/es/texts/pdf/pct.pdf>> Acesso em 10 out. 2010).

³¹⁹ PIMENTEL, Luiz Otávio. Propriedade intelectual e desenvolvimento. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de. (Org.). *Propriedade intelectual: estudos em homenagem à professora Marsitela Basso*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 41-60. PIMENTEL, Luiz Otávio. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005. p. 289-290.

produto obtido diretamente pelo processo protegido,³²⁰ de modo a impedir que terceiros pratiquem esses atos sem o consentimento do titular da patente. Essa autorização pode se dar por meio de licença ou cessão de direitos.³²¹

Em decorrência disso, a incorporação de tecnologias patenteadas no escopo de uma norma cria um foco de tensão no sentido de que a proteção conferida permite ao titular da patente impedir que os usuários da norma tenham a liberdade de cumprir com suas exigências técnicas, sem que antes obtenham seu consentimento.

Portanto, para se evitar que isso ocorra ou, não sendo possível fazê-lo, para que haja transparência a respeito dessa situação, é preciso saber se as especificações técnicas – em negociação na ocasião da elaboração de uma norma – estão, ou não, relacionadas a patentes ou pedidos de patentes.

Certamente, o impacto nas negociações no âmbito dos comitês técnicos das organizações de normalização será distinto conforme as tecnologias patenteadas sejam de titularidade de empresas representadas nos comitês técnicos, de outros membros da organização de normalização, da própria organização de normalização ou de terceiros externos ao processo. Diante disso, importa identificá-las durante o processo de elaboração da norma.

Na prática de algumas organizações de normalização, duas estratégias têm sido discutidas e usadas para identificar as tecnologias patenteadas: (i) as buscas em bases de patentes e (ii) a divulgação de patentes (e pedidos de patentes).

(i) Buscas de patentes

As bases de patentes são em ricas fontes para busca do estado da técnica para a

³²⁰ Artigo 28, Acordo TRIPS. “Uma patente conferirá a seu titular os seguintes direitos exclusivos: (a) quando o objeto da patente for um produto, o de evitar que terceiros sem seu consentimento produzam, usem, coloquem à venda, vendam, ou importem com esses propósitos aqueles bens; (b) quando o objeto da patente for um processo, o de evitar que terceiros sem seu consentimento usem o processo e usem, coloquem à venda, vendam, ou importem com esses propósitos pelo menos o produto obtido diretamente por aquele processo” (Art. 28.1, Acordo TRIPS).

³²¹ OMPI, SCP/13/2 Prov., pp. 16-17. Os direitos de patentes podem ser objeto de cessão, transferência por sucessão e licença (Artigos 28 e 33, Acordo TRIPS).

elaboração de uma norma, pois nelas, geralmente, estão disponíveis todos os documentos de patentes e pedidos de patentes depositados em determinado país ou ao redor do mundo. A riqueza de informações técnicas, constantemente atualizadas, faz delas uma das principais fontes de informações tecnológicas. Elas também permitem a identificação das tecnologias protegidas, bem com informações sobre os respectivos titulares.

Constituem-se, portanto, em relevante ferramenta para conhecer as posições e possíveis interesses envolvidos nas negociações das especificações técnicas a serem estabelecidas em determinada norma. Assim, podem servir de subsídio para apoiar a decisão de adotar uma norma ou não.

Em geral, o acesso às bases eletrônicas de escritórios de patentes, na Internet, é gratuito. Contudo, as buscas nessas fontes não constituem um procedimento formal e são pouco usadas como fonte de informações tecnológicas pelas organizações de normalização em geral.³²²

Embora sejam usadas em alguns casos, as buscas em bases de patentes apresentam limitações. Uma delas diz respeito aos novos pedidos de patentes ainda não publicados. Nos repositórios de patentes, somente é possível acessar o conteúdo de patentes e pedidos publicados. Como os novos pedidos, geralmente, são mantidos em sigilo por prazo de até dezoito meses, não é possível conhecer seu teor antes disso. Esses casos têm sido foco de preocupação, conforme aponta a literatura, pois não há como se ter pleno conhecimento sobre as futuras patentes que podem afetar as normas técnicas. Elas são conhecidas também como “patentes submarino”, pois podem emergir tão logo a norma seja adotada.³²³

Portanto, levando em conta essa limitação, uma solução que tem sido usada por diversas organizações é requerer dos participantes do processo de normalização a divulgação de pedidos e patentes próprias e de terceiros, que tenham conhecimento e que

³²² Segundo estudo realizado por Lemley, em 2002, de 29 organizações de normalização consultadas, apenas uma requeria, formalmente, a busca em bases de patentes (LEMLEY, Mark A. *Intellectual property rights and standard setting organizations*. UC Berkeley School of Law, Public Law and Legal Theory, Research Paper n. 84, 2002. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=310122>. Acesso em: 20 jan. 2009).

³²³ OMPI, SCP/13/2 Prov., p. 17.

possam se revelar essenciais à norma em elaboração.³²⁴

(ii) Divulgação de patentes (e pedidos de patentes)

Certamente, saber quais são as patentes e pedidos que se caracterizem essenciais a uma norma, quando seu processo de elaboração está iniciando, nem sempre consiste em uma tarefa fácil, pois o escopo da norma ainda está pouco delimitado. No entanto, uma vez que seu escopo comece a se aproximar da minuta final, torna-se mais fácil identificar as patentes essenciais para a aplicação da futura norma.

Várias organizações têm adotado como política a divulgação das patentes e pedidos de patentes por parte das empresas que participam do processo de normalização, juntamente com a recomendação de que se divulguem também os pedidos e patentes de terceiros. Essa prática demonstra-se importante para dar maior clareza em relação às posições e interesses em negociação, assim como para evitar a elaboração de normas cujo conteúdo é propriedade de atores externos ao processo.³²⁵ Ademais, isso faz com que os novos pedidos de patentes, ainda sigilosos, de empresas que participam do processo de normalização sejam identificados.³²⁶

Os titulares de direitos, entretanto, nem sempre querem ou têm possibilidade de revelar informações sobre suas tecnologias protegidas, essenciais para certa norma, durante os processos de sua elaboração e adoção.³²⁷ Por vezes, informam de maneira incompleta ou inadequada. Resulta, portanto, que as patentes são, efetivamente, reveladas

³²⁴ Ver CONTRERAS, Jorge L. (ed.). *Standards Development Patent Policy Manual*. Chicago: American Bar Association, 2007, pp. 31-46.

³²⁵ Ver TEECE e SHERRY, 2003.

³²⁶ Segundo Teece e Sherry, “Many firms in hightech industries have thousands of patents, hundreds of which may be potentially relevant to a proposed standard. Moreover, with the advent of computerized patente databases, there is no particular reason why the patent holder has any comparative advantage over other SSO participants in searching for its potentially relevant patents. As such, one would expect that it would be more cost-effective for the SSO to take on the responsibility of searching for potentially relevant patents, raising the necessary funds to pay for such searches by charging a fee to SSO participants. One key virtue of such an approach (rather than relying on SSO members to search their own patent portfolios) is that an SSO-conducted search would have a much better chance of finding potentially relevant patents that did not belong to SSO participants” (TEECE e SHERRY, 2003, pp. 1945-1947).

³²⁷ Sobre outras posturas adotadas a respeito da divulgação de patentes no processo de normalização, ver HEATH, Christophe. Patents and Standards. In: HWANG, Tzong-Leh; CHEN, Chiyuan (eds.). *The Future Development of Competition Framework*. London: Klumer Law International, 2004, pp. 141-142.

depois e não antes da adoção da norma.³²⁸

Há casos que ilustram os problemas ocasionados pela falta de divulgação de informações durante o processo de elaboração de uma norma. Uma das controvérsias envolveu a *Video Electronics Standards Association* (VESA) e a empresa *Dell Computer Corporation* a respeito da norma *Vesa Local-bus* (VL-bus).³²⁹ Outra colocou em disputa a *Joint Electron Device Engineering Council* (JEDEC) e a empresa Rambus. Em ambos os casos, as empresas deixaram de divulgar suas tecnologias patenteadas e incentivaram a inclusão de especificações técnicas nas normas que implicavam no uso de suas patentes. Tão logo foram adotadas, as companhias passaram a exercer seus direitos, exigindo elevados valores em *royalties* dos usuários das normas como condição para o uso de suas tecnologias patenteadas. Esses casos apontaram tensões na ocasião da elaboração de uma norma, as quais resultaram em efeitos prejudiciais aos usuários no momento de sua aplicação.³³⁰

Diante disso, tendo em vista a tensão que as patentes podem gerar, a divulgação dos pedidos e patentes durante o processo de elaboração das normas demonstra-se como uma estratégia importante no seio das organizações de normalização, para subsidiar a decisão de adotar ou não determinado documento normativo que contemple conteúdo técnico protegido.³³¹

³²⁸ Ver TEECE e SHERRY, 2003; HOVENKAMP, Herbert; JANIS, Mark D.; LEMLEY, Mark A. *IP and Antitrust: an analysis of Antitrust Principles applied to Intellectual Property Law*. New York, Aspen Publishers, 2009; BLIND, Knut (Coord.). *Study on the interplay between standards and intellectual property (IPRs)*. ENTR/09/015 (OJEU S136 of 18/7/2009). Final Report. Berlim, Utrech, Paris, Geneva, Oslo, April 2011. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/standardisation-policy/policy-activities/intellectual-property-rights/index_en.htm>. Acesso em: 7 jul. 2011; OMPI, SCP/13/2 Prov., pp. 18-19.

³²⁹ Ver G/TBT/W/251/Add.1.

³³⁰ Detalhes e comentários sobre os casos, ver *In re Dell Computer Corp.*, 121 F.T.C. 616 (1996) e *Rambus, Inc. v. Infineon Technologies AG*, 2003 U.S. App. LEXIS 1421, (Fed. Cir. 2003)"; TEECE, SHERRY, 2003; LEMLEY, 2002; SHAPIRO, 2001, pp. 95-97; VERBRUGGEN, Johan; LŐRINCZ, Anna. *Patents and Technical Standards. IIC - International Review of Industrial Property and Copyright Law*, n. 125, 2002, pp. 127-154.

³³¹ Teece e Sherry observam que “it can be argued that imposing disclosure duties without requiring a patent search may do little or nothing to protect other SSO participants, or users of the standard, from future patent infringement claims” (TEECE, SHERRY, 2003, pp. 1948-1953).

b) Programas de computador e normas técnicas

Diferentemente do que ocorre no caso das patentes, cuja proteção alcança as ideias, a proteção dos programas de computador recai sobre a forma de expressão, a linguagem natural ou codificada (forma literária), quando original,³³² sem abranger seu conteúdo científico ou técnico. Eles são protegidos como obras literárias pelo direito de autor. Portanto, como as demais obras literárias, os programas de computador não dependem de registro para serem protegidos.³³³

O envolvimento de programas de computador protegidos por direitos autorais em normas técnicas – o que pode atingir desde textos e diagramas a códigos-fonte e objeto – têm sido alvo de muita preocupação e de impactos negativos em termos de utilização, desenvolvimento e comercialização de produtos e serviços que impliquem a observância desse tipo de normas. Percebe-se que são poucas as organizações de normalização que possuem políticas que versem sobre as questões atinentes aos programas de computador incluídos em normas, embora seja crescente sua incorporação expressa ou por referência.³³⁴

A principal preocupação diz respeito à inclusão de códigos-fonte ou objeto como

³³² A forma não se confunde com o suporte material sobre o qual é expressa (o *corpus mechanicum*), mas vincula-se a sua concepção imaterial (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. , p. 31). A originalidade é entendida por SILVEIRA em sentido subjetivo, em relação à esfera pessoal do autor, visto que ele trabalha com elementos de seu espírito, de sua própria imaginação (SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual*. 4 ed. Barueri, SP: Manole, 2011, p. 9). Conforme VILLALBA e LIPSZYC, a originalidade, ou individualidade, reside na expressão, ou seja, na forma representativa, criativa e individualizadora da obra (VILLALBA, Carlos A.; LIPSZYC, Delia. *El derecho de autor en la Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2001, p. 28). A proteção pode abranger também seu título, se original e inconfundível com o de outro programa do mesmo gênero (VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás. *La cotitularidad de los bienes inmateriales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. pp. 159-160).

³³³ Artigos 9 e 10, do Acordo TRIPS; Ver GERVAIS, Daniel. *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*. London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 80. ASCENSÃO, 1997, pp. 665-667; CHAVES, Antônio. *Direitos autorais na computação de dados*. São Paulo: LTr, 1996. ZIBETTI, Fabíola Wüst. A titularidade de direitos de propriedade intelectual. In: Luiz Otávio Pimentel. (Org.). *Série PLATIC - A proteção jurídica da propriedade intelectual de software: noções básicas e temas relacionados*. Florianópolis: FIESC/ IELSC, 2008. WACHOWICZ, Marcos. A proteção dos direitos intelectuais do software e seus limites temporais: conflitos e interesses. In: GRAU-KUNTZ, Karin; BARBOSA, Denis Borges. *Ensaio sobre o Direito Imaterial: Estudos dedicados a Newton Silveira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 121-142.

³³⁴ Ver AMERICAN NATIONAL STANDARDS INSTITUTE (ANSI). *ANSI Guidelines on Software in Standards*. EUA: ANSI, 2008. Disponível em: <<http://publicaa.ansi.org/>>. INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. *Telecommunication Standardization Sector (ITU-T). ITU-T Software Copyright Guidelines*. Issue 2.1.1. Genebra: ITU-T, March 2005. Disponível em: <<http://www.itu.int/en/ITU-T/ipr>>.

requerimento normativo em uma norma. Isso porque pode acabar vinculando-a a um *software* específico ou propiciar aplicação única, de maneira a restringir a concorrência. Além disso, a reprodução de programas de computador sem autorização pode implicar em infração aos direitos de autor.³³⁵

Diante disso, algumas organizações de normalização buscam evitar a utilização de *softwares* de terceiros em suas normas técnicas. Como alternativa às cópias de programas de computador protegidos, buscam incentivar o desenvolvimento de implementações independentes com base em requisitos de desempenho expressos em termos funcionais e não descritivos. Outra opção consiste na criação de novas expressões da ideia subjacente ao *software* protegido, sem que se infrinjam os direitos de autor sobre ele.³³⁶ Nesses casos, a titularidade dos direitos sobre os programas de computador desenvolvidos no âmbito da organização de normalização comumente é a ela atribuída.

Essas alternativas, no entanto, nem sempre são viáveis, pois muitas vezes, as informações confidenciais vinculadas a um programa de computador são essenciais e, sem elas, o desenvolvimento ao redor do programa fica prejudicado. Assim, mesmo havendo uma tendência a se evitar, por vezes, não há outra opção senão incorporar o *software* proprietário. Nessas situações, prefere-se que sua incorporação seja feita por referência expressa ou indicativa apenas para fins de informação ou na forma de exemplos. Para tais fins também são comumente utilizados pseudocódigos, exemplos de esquemas, de definições de estrutura de dados, de instruções de programação e outros, sem que configurem um requisito da norma.³³⁷

Nos casos em que a incorporação de programas protegidos seja inevitável, para que as organizações não infrinjam os direitos de autor, torna-se necessária à prévia e expressa autorização de seu titular. Ademais, para que os usuários não se vejam impedidos de copiar e se conformar às exigências da norma, será preciso que o programa de computador seja a eles licenciado na ocasião da aplicação da norma.

Considerando esse cenário, percebe-se que a relação entre programas de computador e normas técnicas também apresenta focos de tensão, os quais, inclusive, têm

³³⁵ Ver ANSI, 2008; ITU-T, 2005.

³³⁶ Ver ANSI, 2008; ITU-T, 2005.

³³⁷ Ver ANSI, 2008; ITU-T, 2005.

motivado a criação de conceitos alternativos de licenciamento, como o chamado “*software livre*”.³³⁸

c) Marcas e normas técnicas

No mesmo sentido que as patentes e os programas de computador, as marcas também podem ser objeto de preocupações no processo de elaboração de normas técnicas.

Uma marca refere-se a qualquer signo, palavras, inclusive nomes próprios, letras, numerais, elementos figurativos e combinação de cores, bem como qualquer combinação desses signos, empregados para assinalar e distinguir produtos ou serviços dos demais. Sua proteção recai na relação entre o signo e o produto ou serviço que a marca identifica e a diferencia, independente de sua forma de apresentação e da natureza do bem ou serviço para o qual ela seja aplicada. Desse modo, a proteção não incide no signo em si, mas na aplicação deste a um determinado produto ou serviço.³³⁹

Conforme o uso empregado à marca, ela pode apresentar distintas características, que permitem classificá-las em marca de produto ou de serviço, marca coletiva e marca de certificação. Enquanto a marca de produto ou serviço³⁴⁰ refere-se àquela usada para distinguir um produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa, a marca coletiva é usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade, para distingui-los de outros idênticos, semelhantes ou afins. Portanto, nesse caso, os usuários serão os membros da coletividade, e não, a entidade coletiva que a registrou – a titular da marca. No caso das marcas de

³³⁸ Sobre o tema, ver FREE SOFTWARE FOUNDATION. Disponível em: <<http://www.fsf.org/about/>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

³³⁹ Artigos 15 e 20, Acordo TRIPS; Art. 7 da Convenção União de Paris. Ver ainda SILVEIRA, 2011, p. 24; CARVALHO, 2009, pp. 455-457; CERQUEIRA, Joao da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1946. ; COPETTI, Michele. *Afinidade entre marcas: uma questão de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. *Introducción a las marcas y otros signos distintivos em el tráfico económico*. Madrid: Aranzadi, 2002, p. 105; BRUCH, Kelly Lissandra. *Signos Distintivos de Origem: entre o velho e o novo mundo vitivinícola*. 2011. Tese (doutorado), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, Porto Alegre, 2011.

³⁴⁰ Artigo 6 *sexies*, CUP; Artigo 15.1, Acordo TRIPS. Ver ainda CORREA, Carlos. *Acuerdo TRIPS: Regimen Internacional de la Propiedad Intelectual*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998, p. 86.

produtos e serviços seu usuário será o titular da marca.³⁴¹

Já a marca de certificação corresponde àquela utilizada para certificar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente, quanto à qualidade, à natureza, ao material utilizado e à metodologia empregada. Nessa situação, o usuário da marca será o fornecedor do produto ou serviço certificado, e não, o titular da marca – a entidade certificadora.³⁴²

Qualquer que seja o uso a que se destine a marca, a aquisição dos direitos sobre ela depende de registro validamente expedido. Com a aquisição do direito de propriedade industrial da marca, assegura-se ao titular seu uso exclusivo. Desse modo, impede-se que terceiros, sem seu consentimento, utilizem em operações comerciais signos idênticos ou similares para bens ou serviços que sejam idênticos ou afins àqueles para os quais a marca está registrada, quando tal prática possa resultar em confusão. Esse direito é conferido por um prazo determinado, porém renovável indefinidamente.³⁴³

A referência a uma marca no texto de uma norma técnica, em princípio, não implica em infração, se realizada de forma a não causar confusão. No entanto, caso seu uso possa confundir o usuário de uma norma, levando-o a pensar que existe uma associação entre uma marca e determinado produto, serviço ou tecnologia, nessa situação o uso da marca deve ser reconsiderado. Nos casos em que o uso de uma marca é tal que acaba por exigir licença, a organização de normalização deve buscar obtê-la, sob o risco de infração.³⁴⁴

Em algumas situações, a utilização de marcas em uma norma técnica torna-se necessária, por exemplo, para fazer referência a uma tecnologia padrão ou normalizada. Exemplo disso são as referências às tecnologias de telefonia móvel GSM, de rede sem fio WiFi e de caracteres Times New Roman. Outros exemplos de uso de marcas em normas técnicas são as usadas para indicação de designações de normas de referência, como, por exemplo, da norma de qualidade ISO9001 e da norma de responsabilidade SA8000, que

³⁴¹ ZIBETTI, 2008.

³⁴² UZCÁTEGUI ÂNGULO, Astrid Coromoto. As marcas de certificação. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006, p. 143. Ver UZCÁTEGUI ÂNGULO, 2006, pp. 57-58 e 74-75).

³⁴³ Ver artigos 16, 18 e 21, Acordo TRIPS.

³⁴⁴ Ver ANSI, 2008; ITU-T, 2005.

levam em seus nomes as marcas das respectivas instituições.

Na prática de algumas organizações de normalização, contudo, a principal preocupação em relação às marcas costuma ser seu uso em uma norma técnica, de forma a endossar um serviço ou um produto de proprietário particular em detrimento da concorrência. Situações como essa podem ocorrer tanto por meio de referência direta à marca como pela definição de especificações técnicas estritamente vinculadas a determinada marca de produto ou serviço, sem permitir o uso de alternativas tecnológicas.³⁴⁵ Casos como esses geralmente são muito prejudiciais à concorrência e fazem das marcas um foco de tensões no processo de normalização técnica.

Apesar dos problemas que envolvem o uso de marcas no conteúdo de normas técnicas, são poucas as organizações de normalização que possuem políticas a respeito.³⁴⁶

Diante disso, conforme se observou, não somente as marcas, mas também as patentes e os programas de computador podem impactar no processo de elaboração de normas. Contudo, importa anotar que, além deles, outros direitos de propriedade intelectual podem afetar esse processo, confirmando a hipótese de que há focos de tensões na relação entre normalização técnica e propriedade intelectual.

3.2 PROPRIEDADE INTELECTUAL NO PROCESSO DE ADOÇÃO DAS NORMAS TÉCNICAS

Em geral, a criação de uma nova norma perpassa todo o processo de elaboração, que culmina com a submissão da minuta final da norma para aprovação. A partir desse momento, inicia-se o procedimento de adoção da norma, que se compõe de duas etapas: a

³⁴⁵ ANSI, 2008; ITU-T 2005.

³⁴⁶ LEMLEY, 2002; GTW ASSOCIATES. *Intellectual Property Rights Policies of selected standards developers*. March 2011. Disponível em: <<http://www.gtwassociates.com/answers/IPRpolicies.html>>. Acesso em: 20 mar. 2011.

aprovação e a publicação da norma.³⁴⁷

3.2.1 Aprovação das normas técnicas

A aprovação por consenso de todos os grupos de interesse sobre uma base voluntária é uma das principais características do processo de normalização formal. Contudo, há casos em que isso não ocorre. Obviamente, nem todos os participantes têm o mesmo interesse ou o possuem na mesma medida, o que pode dificultar a aprovação por consenso em certas circunstâncias.

Dentro desse cenário, o envolvimento de direitos de propriedade intelectual pode ser um fator de dificuldade bastante relevante, tendo em vista os interesses afetados. Dentre eles, destacam-se, em linhas gerais, os interesses dos titulares desses direitos que conseguem inseri-los nas normas e daqueles que não alcançam fazê-lo, além daqueles que não possuem direitos e que precisam obtê-los para poderem cumprir com as normas.

Considerando essa problemática, nos anos 1930, nos Estados Unidos já havia preocupações quanto à incorporação de tecnologias patenteadas nas normas técnicas nacionais. A *American Standards Association* (ASA), antecessora da *American National Standards Institute* (ANSI), recomendava evitar a incorporação de patentes nas normas americanas, exceto nos casos em que os titulares concordassem previamente em licenciar seus direitos, de modo a afastar tendências monopolistas.³⁴⁸ Portanto, os direitos de propriedade intelectual, em especial os de patentes, desde o início do século XX têm se

³⁴⁷ Contudo, caso o projeto da norma apresente certo grau de maturidade, ou ela tenha sido desenvolvida por outra organização, é possível a omissão de parte da etapa de elaboração, sendo o documento submetido diretamente à aprovação. Depois de aprovado, encaminha-se o texto da norma para sua publicação, quando se conclui o processo de adoção da norma técnica. Ver INTERNATIONAL TRADE CENTRE; COMMONWEALTH SECRETARIAT. *Influencing and Meeting International Standards: Challenges for developing countries*. Volume One - Background information, findings from case studies and technical assistance needs. Geneva: International Trade Centre, 2003, pp. 38-49; MASSON-MATTHEE, Mariële D. *The Codex Alimentarius Commission and Its Standards*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2007, p. 230.

³⁴⁸ “Minutes of Meeting of Standards Council November 30, 1930 Relation of Patented Designs or Methods to Standards. It was reported that the Committee on Procedure, in the meeting of August 17, 1932, had recommended: That as a general proposition patented designs or methods should not be incorporated in standards. However each case should be considered on its merits, and if a patentee be willing to grant such rights as will avoid monopolistic tendencies, favorable consideration to the inclusion of such patented designs in a standards might be given.” [...] “Upon motion, it was unanimously RESOLVED thaant the recommendation of the Committee on Procedure be incorporated in the revision of PR 27” (ANSI *apud* WILLINGMYRE, *George T. Evolution of the ANSI Patent Policy*. Disponível em: <<http://www.gtwassociates.com/answers/EvolutionANSIPolicy.html>>. Acesso em 20 mar. 2011.

demonstrado um fator relevante para a aprovação de normas técnicas no país, sendo a regra a não adoção daquelas que os incorporem.

Com alguns incrementos, essa política de patentes permanece semelhante nos dias de hoje, sendo aplicada também por algumas organizações de normalização de outros países e organismos internacionais. Entretanto, a grande maioria das organizações de normalização no cenário global que não possuem políticas a esse respeito.³⁴⁹

No que se refere às patentes, como sua proteção incide sobre o uso de um invento e não na reprodução do conteúdo – como ocorre no caso dos direitos de autor –, em princípio, uma organização de normalização não incorrerá em qualquer infração se incluir a descrição de tecnologias protegidas em suas normas. Os problemas, todavia, surgirão na ocasião da aplicação da norma, pois, ao incorporar tecnologias patenteadas, a mera conformação com a norma pelos usuários sem licenciamento pode implicar, automaticamente, infração dos direitos de patente. Diante disso, evidencia-se uma forte tensão na relação entre patentes e normas técnicas.

Dentro desse cenário, na ocasião da adoção de uma norma, não apenas o conhecimento a respeito das patentes nela incorporadas revela-se de grande importância, mas também e, principalmente, o de obras protegidas por direitos de autor, como os programas de computador, e de marcas. Isso porque, nesses casos em que esses direitos estiverem envolvidos, as organizações de normalização deverão obter licenças para utilizá-los em suas normas técnicas, pois, sem a devida autorização, podem acabar infringindo direitos de terceiros na ocasião da publicação da norma.

Caso seja necessário incluir tais direitos nas normas, as preocupações com sua aplicação também se manifestam, pois podem colocar em risco a garantia de que as normas serão cumpridas pelos usuários que dependerão de autorização de uso desses direitos.

Diante dessas questões, políticas de direitos de autor sobre programas de computador e de marcas foram estabelecidas por algumas organizações de normalização, seguindo a mesma regra das políticas de patentes, ou seja, evitando a adoção de normas que os incorporem. No caso em que sua inclusão seja necessária, exigem como condição

³⁴⁹ Ver LEMLEY, 2002.

para a adoção da norma, que os titulares se comprometam, previamente, a licenciar seus direitos aos usuários na ocasião da aplicação da norma. Todavia, políticas como essas são encontradas em poucas organizações de normalização ao redor do mundo.

3.2.2 Publicação das normas técnicas

Conforme observado anteriormente, uma característica das normas técnicas que decorre da própria natureza do documento normativo diz respeito a sua disponibilidade ao público. Esse atributo coloca como imperativo que a norma esteja acessível a todos. Na prática, contudo, não significa que o acesso a ela seja incondicionado ou, mesmo, gratuito.

O argumento defendido pelas organizações de normalização é que as normas são protegidas por direitos de autor, o que lhes confere a faculdade de escolher como elas serão disponibilizadas ao público. Desse modo, entendem por disponibilidade que as normas devam estar acessíveis para serem consultadas e compradas sem restrições. O principal fundamento que justifica essa posição é que a venda de normas técnicas consiste em uma importante fonte de financiamento dos organismos de normalização.³⁵⁰ Nesse sentido, interessa a elas resguardar os direitos de autor sobre suas normas.

Assim sendo, nos casos em que a norma técnica constitui-se de uma tradução integral de uma norma de outra organização de normalização, são resguardados os direitos de ambas – os direitos sobre a tradução e os da norma originária.³⁵¹ Eles também são assegurados quando houver incorporação expressa, parcial ou total de outra norma, o que exige, por conseguinte, prévia e expressa autorização da outra organização.

Embora muito criticada pelos teóricos,³⁵² na prática a proteção das normas

³⁵⁰ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. *Copyright, Standards and the internet*. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/copyright_information_brochure.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2010. Segundo Hesser, qualquer instituição de normalização deve ser capaz de vender qualquer norma nacional ou internacional a qualquer solicitante (usuário). Essa ampla possibilidade de acesso às normas pelo público pode ser reforçada por catálogos e bases de dados (HESSER, 1998, p. 39).

³⁵¹ Ver TARRÉS VIVES, 2003, pp. 280-282.

³⁵² Ver TARRÉS VIVES, 2003, pp. 265-268; SAMUELSON, Pamela. Questioning Copyrights in Standards. *Intellectual Property Law Review*. St. Paul, Thomson West p. 445-476, 2007. Pamela Samuelson faz relevantes críticas acerca da proteção das normas por direitos de autor. Segundo ela, as organizações com atividades de normalização não deixarão de elaborar normas pelo fato de não incidirem

técnicas por direitos de autor tem sido amplamente defendida pelas organizações de normalização³⁵³ e conta com apoio em vários países.³⁵⁴

Nos Estados Unidos, dois casos confirmaram a proteção das normas pelos direitos de autor. Um deles envolveu a *American Medical Association* (AMA) e o outro, a *American Dental Association* (ADA).³⁵⁵

No primeiro caso, a AMA processou a *Practice Management Corporation* que havia publicado em um livro de prática médica o seu sistema de códigos para padronização da terminologia de procedimentos médicos, denominado Terminologia Atualizada de Procedimentos Médicos (CPT, em inglês).³⁵⁶ Contrária à publicação da obra, a AMA ingressou com uma demanda na justiça, buscando o reconhecimento de seus direitos de autor sobre a norma. Mesmo revestida de caráter mandatório em virtude de referência feita pelo governo para a realização de certas atividades médicas, o Nono

os direitos de autor. Ainda, a autora observa que as normas são elaboradas com o apoio dos profissionais e empresas, de forma voluntária, os quais, inclusive, investem recursos nessa criação. As organizações, nesses casos, costumam requerer aos voluntários que transfiram a elas os direitos de autor. Ademais, Samuelson esclarece que as organizações, geralmente, usam os recursos derivados da venda e licenciamento das normas para subsidiar outras de suas atividades, em vez de aplicá-los na elaboração de normas. A autora argumenta que, mesmo sem os direitos de autor, as organizações podem receber ganhos da venda de materiais envolvendo as normas, assim como de produtos e serviços de valor agregado (SAMUELSON, 2007, p. 474).

³⁵³ Ver ISO, Copyright, Standards and the internet, pp. 1-2. Art. 2.1.2, Convenção de Berna (CUB) (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, del 9 de septiembre de 1886, completado en Paris el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlin el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 en Paris el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html>. Acesso em 10 mar. 2010). A proteção incide também sobre as obras que se constituam, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, em uma criação intelectual; porém, ela não abarca os dados ou materiais em si mesmos, tais como as coletâneas, compilações, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual (Art. 10.2, Acordo TRIPS).

³⁵⁴ A Comissão Europeia reconhece os direitos de autor aos organismos europeus de normalização. Na prática, para evitar os problemas e discussões atinentes aos direitos de autor sobre as normas, as leis e regulamentos, em vez de as incorporarem em seu texto, apenas fazem referência a elas. Na União Europeia, a regra é a remissão às normas, sem sua incorporação na lei ou regulamentos, sem que seja necessária sua publicação nos boletins oficiais. Porém, mesmo nesses casos, há críticas da literatura quanto à manutenção dos direitos de autor sobre as normas técnicas de modo que se tornem mandatórias, mesmo por remissão ou referência em lei ou regulamento (TARRÉS VIVES, 2003, pp. 265-268). Ver ainda ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/W/320. Comunicación de Israel: Quinto examen trienal del funcionamiento y aplicación del Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio. 20 de julio de 2009.

³⁵⁵ Casos *Practice Mgmt. Info. Corp. v. Am. Med. Ass'n* (PMIC), 121 F.3ed 516, 517 (9th Circ. 1997) e *Am. Dental Ass'n v. Denta Dental Ass'n* (ADAII), 126 F.3d 977 (7th Circ.1997). Ver SAMUELSON, 2007, pp. 445-476.

³⁵⁶ Current Procedural Terminology (CPT).

Circuito da Corte de Apelação norte-americana, em 1997, decidiu a questão, confirmando a proteção do documento normativo por direitos de autor.³⁵⁷

No mesmo ano, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu outra questão semelhante, dessa vez envolvendo a ADA contra a *Delta Dental Plan Association*. A Delta havia publicado um livro contendo a norma de nomenclatura de procedimentos dentais e números associados do “Código de Procedimentos e Nomenclaturas Dental”, desenvolvido pela ADA. Diante da situação, a ADA ingressou com um processo contra a Delta por infração aos direitos de autor, cuja decisão do Juiz Easterbrook, do Sétimo Circuito, foi a seu favor. Na decisão, a corte argumentou que muitas outras normas, dentre as quais aquelas promulgadas pelo *Financial Accounting Standards Board* (FASB), por exemplo, são protegidas por direitos de autor.³⁵⁸

Levando em consideração esse panorama atinente à propriedade intelectual em relação aos processos de elaboração e adoção de normas técnicas, observa-se que os focos de tensões não se encontram apenas no que diz respeito aos dados, informações e tecnologias incorporadas nas normas técnicas, mas também à proteção do próprio documento normativo. Não obstante, seus efeitos sobre o comércio somente serão sentidos na ocasião da aplicação das normas.

3.3 PROPRIEDADE INTELECTUAL NA APLICAÇÃO DAS NORMAS TÉCNICAS

Na ocasião da aplicação de uma norma técnica adotada, provisória ou definitivamente, os focos de tensão evidenciados durante o processo de sua elaboração e

³⁵⁷ O Código da AMA classifica, anualmente, os procedimentos médicos em três categorias. A primeira subdivide-se em seis tipos de códigos: avaliação, anestesia, cirurgia, radiologia, patologia e medicina. A segunda categoria refere-se às medidas de desempenho; a terceira, às tecnologias emergentes (SAMUELSON, 2007, pp. 445-476).

³⁵⁸ Caso *Am. Dental Ass'n v. Delta Dental Ass'n* (ADAI), 126 F.3d 977 (7th Circ.1997). Ver SAMUELSON, 2007, pp. 452-454.

adoção podem emergir. Caso não tenham sido adequadamente geridos, esses efeitos podem se revelar prejudiciais ao comércio, especialmente nas ocorrências em que tais normas estejam revestidas por um caráter mandatório, em virtude de lei ou regulamento técnico que lhe faça referência.

Cumpra observar, ainda, que a aplicação de uma norma pode implicar algum procedimento formal prévio, como registro, certificação ou avaliação de conformidade, entre outros. Nesses casos, os direitos de propriedade intelectual também podem apresentar outros pontos de tensão. Ao buscar a certificação, por exemplo, os usuários das normas devem observar os regulamentos e procedimentos orientados para esse fim, os quais podem envolver também questões atinentes a marcas cujo licenciamento seja necessário obter. Além disso, é possível que o processo implique na apresentação de dados de prova e testes que envolvam informações confidenciais, situação em que a empresa que os apresentará poderá ter seus direitos assegurados, conforme o caso.

São diversos os aspectos relacionados à aplicação das normas que afetam a propriedade intelectual, mas aqui se assinalam apenas dois. Um deles diz respeito ao (i) acesso e reprodução da norma, ou seja, dos dados e informações nela descritos, que afetam sua qualidade de obra literária. O outro se refere ao (ii) acesso e uso das tecnologias nela imbuídas.

Independentemente da incorporação de patentes, programas de computadores, marcas ou outros direitos de propriedade intelectual em seu escopo, as organizações de normalização defendem que as normas técnicas são protegidas pelos direitos de autor. Portanto, após sua aprovação, o conteúdo das normas somente pode ser acessado e reproduzido mediante autorização. São poucos os casos em que as organizações disponibilizam livre e gratuitamente as normas. Diante disso, é preciso adquiri-las.

Normalmente, a aquisição de uma norma inclui uma cópia impressa e ou digital. Cópias adicionais para o uso do próprio adquirente ou de terceiros que estejam a ele vinculados devem ser autorizadas. Assim, mesmo no âmbito de uma empresa em que o documento deverá ser acessado por diversos funcionários, as cópias ou impressões adicionais precisam ser autorizadas pelo organismo de normalização, o que incluirá custos de licenciamento. Ainda, o armazenamento de cópias de normas na Intranet de uma companhia, para uso interno e compartilhamento entre empregados, comumente é

objeto de uma licença especial. Sob outro aspecto, a inclusão de partes de uma norma em documentos internos de empresas, tais como guias, manuais e, mesmo, contratos, por exemplo, conforme o caso e quantidade das informações extraídas podem exigir autorizações caso a caso. No mesmo sentido, a inclusão de extratos de uma norma pode estar sujeita, conforme a situação, a licenciamento.³⁵⁹

Com relação às tecnologias incorporadas nas normas que estejam protegidas por direitos de propriedade intelectual, seu licenciamento deve ser obtido pelo usuário antes do início da produção e ou comercialização do produto ou serviço. A ausência da autorização do titular dos direitos pode implicar na infração do direito por parte da empresa usuária, configurada pela mera conformação do produto ou processo com a norma aplicável. Nesse caso, para evitar a infração, a empresa fica dependente da licença do titular da tecnologia.

Essa situação pode ensejar diversos problemas na ocasião da aplicação da norma. Alguns deles são a seguir aludidos e ilustrados com o propósito de se apontar potenciais efeitos negativos que a tensão na relação entre a normalização técnica e a propriedade intelectual pode causar à inovação, à concorrência, à transferência de tecnologias e ao comércio de bens e serviços. Sem buscar uma análise aprofundada, destacam-se alguns problemas evidenciados, que têm sido largamente debatidos na literatura,³⁶⁰ com repercussão em foros nacionais e internacionais:

- a) Emboscada de patentes e de outros direitos de propriedade intelectual;
- b) Sobreposição de direitos;
- c) Dificuldade de avaliação econômica dos direitos, superavaliação e acúmulo de *royalties*;
- d) Restrições nos termos e condições de licenciamento;
- e) Recusa de negociar;
- f) Colusão de competidores;
- g) Concentração de direitos nas organizações de normalização.

³⁵⁹ Ver ISO, Copyright, Standards and the internet.

³⁶⁰ BLIND, 2011; VIVES-EUGUI, 2009; HOVENKAMP, JANIS e LEMLEY, 2009; SHAPIRO, 2004; LEMLEY, 2002; VERBRUGGEN e LÖRINCZ, 2002; WILLINGMYRE, 1998; HESSER, 1998; TEECE e SHERRY, 2003; ZIBETTI 2009; ZIBETTI, 2006; LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. Technology standards, patents and antitrust. *Competition and Regulation in Network Industries*, n. 1, vol. 9, 2008, pp. 29-47.

a) Emboscada de patentes e de outros direitos de propriedade intelectual

Conhecida em inglês como “*patent ambush*”, uma emboscada de patentes ocorre quando um ou mais membros de um organismo de normalização ocultam ou divulgam, de forma inadequada, a existência de pedidos de patentes ou patentes concedidas e outros direitos de propriedade intelectual, essenciais à aplicação de uma norma técnica. Somado a isso, na oportunidade em que os usuários buscam se conformar com a norma, os titulares das tecnologias protegidas manifestam-se impondo licenças em termos e condições não razoáveis e discriminatórias.³⁶¹

Em relação aos pedidos de patentes, tal situação, geralmente, demonstra-se bastante complicada, pois o teor de um pedido pode sofrer alterações desde a data do depósito do pedido até a ocasião de sua concessão. Diante disso, o titular poderá promover eventual modificação no pedido, fazendo com que a futura patente coincida com o conteúdo de uma nova norma técnica. Ao participar do processo de normalização, a empresa mantém-se informada a respeito de como a norma está sendo desenvolvida. Assim, ela pode aproveitar as flexibilidades e demoras do sistema de patentes para adequar o escopo de seu pedido, moldando as reivindicações da patente de modo a se vincular à nova norma técnica. Quanto mais a patente demorar para ser concedida, maior será o prazo para isso.³⁶²

Observa-se que, uma vez que a norma seja adotada, ela somente poderá ser cumprida por seus usuários se houver o consentimento do titulares dos direitos de propriedade intelectual. Caso contrário, o usuário incorrerá em infração. Nesse momento, portanto, a margem de negociação dos usuários é bastante reduzida. Já o titular desses direitos passa a ter uma vantagem competitiva, pois suas tecnologias passam a ser essenciais para o cumprimento da norma. Essa posição negociadora vantajosa, por vezes, leva os detentores das tecnologias protegidas a impor termos e condições de licenciamento que dificultam a atuação dos usuários no mercado do produto ou serviço normalizado. Dependendo dos custos exigidos pelo titular da patente, a situação pode

³⁶¹ Ver TEECE; SHAPIRO; HOVENKAMP, JANIS e LEMLEY, 2009; BLIND, 2011; OMPI, SCP/13/2 Prov., pp. 18-19.

³⁶² Ver TEECE e SHERRY, 2003.

levar ao abandono de fato da norma. Portanto, para os usuários e organizações de normalização, esse panorama converte-se em uma verdadeira “emboscada” de patentes e de outros direitos de propriedade intelectual.³⁶³

Na prática, apenas as empresas que também possuem patentes essenciais para o cumprimento da norma, comumente, conseguem negociar com o *ambusher*, por meio de licenças cruzadas, e evitar a sujeição aos *royalties* discricionários. Tal situação gera um tratamento diferenciado e, por vezes, discriminatório entre os licenciados.³⁶⁴

Há um número expressivo de casos em que a emboscada de patentes tem sido alegada, como o caso da *Dell v. VESA Localbus*.³⁶⁵ No caso da Dell, a companhia que participou do desenvolvimento de uma norma faltou em informar que sua tecnologia era essencial para ela. Assim que a norma foi adotada, a empresa passou a exigir dos usuários elevados valores em *royalties* por suas tecnologias patenteadas, dificultando o seu cumprimento. O acesso às tecnologias somente foi facilitado com a decisão que condenou a Dell por restringir a concorrência na indústria de computadores, declarando suspensos (“*unenforceable*”) seus direitos para fins de conformação com a norma.³⁶⁶

O caso *Rambus v. Infineon* também tem sido referência neste tema. A Rambus teria ocultado a existência de patentes, induzindo os demais participantes do processo de normalização de memórias de computadores do JEDEC à crença de que ela não teria patentes relacionadas à norma. Aproveitando seu envolvimento no processo, a Rambus redigiu as reivindicações de suas patentes de modo a fazer com que a nova norma técnica a infringisse. Uma vez que a norma foi adotada, a Rambus processou os usuários pela violação de suas patentes. Em agosto de 2006, nos Estados Unidos, a *Federal Trade Commission* (FTC) condenou a empresa com base na legislação de defesa da concorrência,

³⁶³ Ver TEECE e SHERRY, 2003; HOVENKAMP, JANIS e LEMLEY, 2009; BLIND, 2011; OMPI, SCP/13/2 Prov., pp. 18-19. SHAPIRO, Carl. Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard-Setting. In: JAFFE, Adam; LERNER, Joshua; STERN, Scott (eds.) Innovation Policy and the Economy. MIT Press, 2001. vol. 1. Disponível em: <<http://haas.berkeley.edu/~shapiro/thicket.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2010; SHAPIRO, Carl. Setting Compatibility Standards: Cooperation or Collusion? In: DREYFUSS, Rochelle Cooper; ZINNERMAN, Diane Leenher; FIRST, Harry (eds.). Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 81-102.

³⁶⁴ TEECE e SHERRY, 2003; SHAPIRO, 2001, 2004; HOVENKAMP, JANIS e LEMLEY, 2009; BLIND, 2011; OMPI, SCP/13/2 Prov., pp. 18-19.

³⁶⁵ BLIND, 2011.

³⁶⁶ WILLINGMYRE, 2002.

o *Sherman Act*. No entanto, em abril de 2008, a decisão da FTC foi derrubada pela *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*.³⁶⁷

Na União Europeia, em junho de 2005, foi iniciada uma investigação no ETSI, devido a preocupações de que uma falha em seus procedimentos poderia permitir que as empresas levassem adiante uma “emboscada de patentes”. Anota-se que, em 2003, o ETSI reportou que 95 empresas teriam reivindicado 8.800 patentes essenciais ou potencialmente essenciais ao trabalho da organização – o que proporciona uma ideia geral a respeito do problema. Essa situação levou o ETSI a adotar, em novembro de 2008, uma nova versão de seu guia sobre propriedade intelectual.³⁶⁸

A situação torna-se mais complicada nos casos em que a organização de normalização não possui políticas de divulgação das tecnologias protegidas que possam afetar uma norma em desenvolvimento. Serve de exemplo, para ilustrar essa problemática, o caso que envolveu a Unocal e um organismo governamental com atividades de normalização do Estado da Califórnia, nos Estados Unidos, o *California Air Resources Board* (CARB). No período entre novembro de 1991 e março de 1996, que compreende a data em que as normas do CARB sobre gasolina reformulada foram adotadas e sua entrada em vigência, a Unocal obteve sua primeira patente, notadamente, em fevereiro de 1994.³⁶⁹

A empresa que participou dos trabalhos de criação das normas requereu suas patentes de modo que as reivindicações, em sua grande parte, coincidiam exatamente com as especificações técnicas das normas do CARB. Por conseguinte, assim que as normas entraram em vigência, a Unocal acusou as refinarias de estarem infringindo sua patente e exigiu o pagamento de *royalties* em decorrência do uso de sua tecnologia patenteada. Em disputas judiciais, as patentes foram confirmadas e o júri concluiu que 29% da gasolina reformulada, produzida e vendida na Califórnia, infringiam as patentes da Unocal. As refinarias acusavam a empresa de haver faltado em divulgar adequadamente as informações sobre suas patentes, no entanto, os argumentos foram

³⁶⁷ Ver LÉVÊQUE e MÉNIÈRE, 2008.

³⁶⁸ UNIDO, 2005, p. 88; BLIND, 2011.

³⁶⁹ WILLINGMYRE, George T. *Current Topics in IPR Protection in the Context of Global Standard Setting Processes*. Disponível em: <http://www.wipo.int/sme/en/documents/ip_standards2.htm>. Acesso em 22 out. 2010.

rejeitados e as decisões judiciais favoreceram a Unocal.³⁷⁰ Esse caso ilustra as implicações que a falta de mecanismos de divulgação das tecnologias protegidas durante o processo de normalização pode ocasionar.³⁷¹

Outra possível ocorrência de emboscada dá-se quando, na aplicação da norma, são identificadas patentes de terceiros não membros das organizações de normalização, ou seja, sem que seu titular tenha participado do processo de estabelecimento das normas. Nesses casos, a situação manifesta-se muito delicada, tendo em vista que os detentores das tecnologias não se envolveram no processo e podem não ter interesse em disponibilizar suas tecnologias protegidas, inviabilizando a aplicação das normas.

De fato, a emboscada de patentes ilustra um cenário complexo e contrário aos objetivos da normalização. Trata-se de um relevante foco de tensões em matéria de propriedade intelectual e normalização técnica.³⁷²

b) Sobreposição de direitos

Outra situação que vem sendo considerada problemática diz respeito à sobreposição excessiva de direitos.³⁷³

Ao promover o controle e redução de variedades, a normalização técnica incentiva a eficiência na atividade inventiva em um espectro limitado de produtos.³⁷⁴ Essa situação leva a incrementos tecnológicos sobre um universo de produtos e processos mais reduzido, ampliando a concentração de tecnologias cumulativas protegidas em um mesmo campo da técnica.³⁷⁵ Ainda, o nível de detalhes e o número de componentes envolvidos em um produto ou processo podem levar uma norma técnica a englobar

³⁷⁰ TEECE e SHERRY, 2003

³⁷¹ TEECE e SHERRY, 2003.

³⁷² OMPI, SCP/13/2 Prov., p. 18.

³⁷³ BLIND, 2011.

³⁷⁴ UNIDO, 2005.

³⁷⁵ CORREA, Carlos Maria. Propriedade Intelectual e Saúde Pública (Tradução por Fabíola Wüst Zibetti). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007; NELSON, Richard R. As fontes do crescimento econômico. Campinas: Editora Unicamp, 2006, p. 205; BLIND, 2011.

diversas patentes e outros direitos de propriedade intelectual.³⁷⁶

Somando-se a isso, a evolução do entorno da pesquisa e desenvolvimento, a complexidade e sofisticação da tecnologia, o surgimento de novas áreas tecnológicas e a diversidade de estratégias de patenteamento podem influir nos problemas relacionados com a sobreposição de direitos sobre as tecnologias concernentes a um produto ou processo.³⁷⁷

É interessante notar também que as patentes que podem ser incorporadas em uma norma, geralmente, são requeridas ou concedidas antes de a norma ser adotada. Contudo, em muitos casos, as normas acabam por incorporar tecnologias protegidas posteriormente a sua adoção. Embora o critério da novidade que norteia as patentes e outros tipos de direitos de propriedade intelectual, tecnicamente, impossibilitaria que uma situação como essa ocorresse, na prática, ela se efetiva. A causa não é apenas a eventual desinformação dos examinadores de patentes que não chegam a consultar os repositórios de normas técnicas das organizações de normalização para avaliação do estado da arte,³⁷⁸ mas também o fato de muitas normas deixarem margem, sob a perspectiva da técnica, para que isso aconteça.

Uma das principais complicações que resultam dessa situação consiste na identificação das várias patentes e dos respectivos titulares e, posteriormente, o contato e negociação com cada um deles por parte dos usuários das normas técnicas. Isso, por conseguinte, pode causar problemas, como a dificuldade de avaliação econômica dos direitos, o acúmulo de *royalties* e a superavaliação dos direitos.³⁷⁹ Exemplos dos problemas provenientes da cumulatividade de direitos de propriedade intelectual podem

³⁷⁶ NELSON, 2006, p. 205; CARVALHO, 2009, pp. 354-361; NELSON, 2006; CORREA, 2007. Ver ainda BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Aperfeiçoamento e dependência em patentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

³⁷⁷ OMPI, SCP/13/2 Prov., pp. 19-20.

³⁷⁸ Comentário, a avaliação do estado da arte, para fins de concessão de uma patente, leva em consideração os documentos de patentes e pedidos de patentes e outras publicações técnicas que constituam literatura distinta da de patentes, publicados até a ocasião do pedido da patente. Os repertórios de normas técnicas não costumam ser consultados para tal finalidade. Por conseguinte, essa situação pode levar à concessão de patentes que coincidam com normas técnicas já publicadas, pelo desconhecimento dos examinadores de pedidos de patentes. Ver Regra 43, Regulamento PCT (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Regulamento de Execução do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes* (texto em vigor a partir de 1 de Julho de 2011). http://www.wipo.int/export/sites/www/pct/pt/texts/pdf/pct_regs.pdf. Acesso em: 10 ago. 2011.

³⁷⁹ OMPI, SCP/13/2 Prov., p. 19.

ser observados no caso dos padrões GSM e UMTS,³⁸⁰ conforme comentado anteriormente.

c) Dificuldade de avaliação econômica dos direitos, acúmulo de *royalties* e superavaliação

Com a sobreposição de direitos, um dos problemas que pode ocorrer, por efeito, vem a ser a dificuldade de avaliação da contribuição econômica das múltiplas tecnologias incorporadas em uma norma técnica e a correspondente compensação a seus titulares. Diante disso, esse cenário pode ser objeto de grandes controvérsias.³⁸¹

Uma possível consequência gerada por essa situação é o acúmulo de *royalties* (“*royalty stacking*”). Quando isso acontece, a carga total de *royalties* múltiplos cobrados – de forma excessiva ou, mesmo, razoável – pelos vários titulares pode tornar proibitiva a aplicação de uma norma.³⁸²

Outra situação que pode ocorrer diz respeito à superavaliação dos direitos, a qual tende a levar a um bloqueio no acesso às tecnologias, impossibilitando a aplicação de uma norma. Em relação às patentes, essa situação é conhecida na expressão inglesa como “*patent hold-up*”. Ele se revela quando o titular de patente exige preços mais elevados em termos de *royalties* do que ofereceria se uma patente não fosse essencial para a norma.³⁸³

Exemplos disso são identificados nos casos mencionados anteriormente que envolveram a Rambus e a Dell. Outro caso emblemático foi o da Motorola, a respeito da norma ITU V.34, que resultou em uma disputa com a Rockwell.³⁸⁴ Ademais, salientam-se

³⁸⁰ Ver BLIND, 2011; BEKKERS, Rudi; WEST, Joel. *The Effect of Strategic Patenting on Cumulative Innovation in UMTS Standardization*. DIME Working Papers on intellectual property rights. Working Paper n.º 9. DIME, March 2006. Disponível em: <http://ipr.dime-eu.org/ipr_publications>. Acesso em: 20 fev. 2011. BEKKERS, Rudi; DUYSTERS, Geert; VERSPAGEN, Bart. *Intellectual property rights, strategic technology agreements and market structure: The case of GSM*. Research Policy n. 31. Elsevier, 2002, pp. 1141–1161.

³⁸¹ BLIND, 2011. Ver LÉVÊQUE, François. Quel est le prix raisonnable d’une licence obligatoire? *Concurrences. Revue des Droits de la Concurrence*, n. 1, Décembre 2004.

³⁸² OMPI, SCP/13/2 Prov., p. 19; BLIND, 2011.

³⁸³ BLIND, 2011.

³⁸⁴ SHAPIRO, 2001, pp. 96-97. BLIND, 2011.

dois casos em que figurou a Qualcomm, empresa que desenvolve tecnologias de comunicações sem fio. Um deles envolveu a Broadcom Corporation, e outro, a Nokia e outras cinco companhias de telefonia. Nos dois casos, a empresa foi acusada, dentre outros aspectos, por cobrança excessiva de *royalties* e práticas discriminatórias relacionadas ao licenciamento de tecnologias essenciais às normas técnicas.³⁸⁵

Além do exposto, somam-se as práticas discriminatórias sobre preços e outras restrições nos termos e condições de exploração da tecnologia licenciada que podem causar grandes dificuldades na aplicação de uma norma.

d) Restrições nos termos e condições de licenciamento

Muitas vezes, mais do que os preços, as condições estabelecidas podem ser discriminatórias ou, ainda, impeditivas no acesso às tecnologias essenciais para o cumprimento de uma norma técnica.

Para adaptar a relação contratual a seus interesses, os agentes econômicos costumam estabelecer cláusulas nos contratos de licença de propriedade intelectual que criam restrições em relação ao exercício da atividade econômica sobre a qual se baseia a tecnologia objeto do licenciamento.³⁸⁶ Dentro desse contexto, as condições contratuais resultam em uma restrição à liberdade de atuação de uma empresa, consumidora da tecnologia, no mercado de determinado produto ou serviço.

São exemplos bastante comuns dessas cláusulas aquelas que estabelecem restrições sobre o uso pessoal, a pesquisa e desenvolvimento da receptora de tecnologia, a administração da empresa receptora da tecnologia, a obtenção de tecnologia de concorrentes, o volume e estrutura da produção, o uso de marca do fornecedor, a publicidade e propaganda, a distribuição e venda, a exportação, o questionamento da validade dos direitos de propriedade intelectual licenciados pelo fornecedor, além de restrições posteriores à expiração dos direitos de propriedade intelectual e ao fim do

³⁸⁵ Mais detalhes sobre os casos podem ser encontrados em TEECE e SHERRY, 2003; HOVEMKAMP, JANIS e LEMLEY, 2009; BLIND, 2011; SHAPIRO, 2001.

³⁸⁶ Sobre restrições verticais, ver FORGIONI, Paula Andrea. *Direito concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 49-56.

contrato, inclusive, no que se refere à confidencialidade.³⁸⁷

Outros exemplos de cláusulas restritivas que se somam às já elencadas são as que estipulam compras casadas de insumos, bens de capital e outros, obrigações de transferir os melhoramentos ao fornecedor (cláusulas “*grant-back*”), fixação ou controle de preços de venda e revenda e opções de compra.³⁸⁸

Em geral, a previsão dessas cláusulas nos contratos de licença é legítima, uma vez que não seja ilegal ou abusiva. Trata-se de uma expressão da liberdade de contratar. Contudo, a ilegalidade ou abusividade em sua adoção pode resultar em danos à concorrência leal, à inovação, à transferência de tecnologia e ao comércio em geral.

e) Recusa de licenciar

Em princípio todas as empresas são livres para contratar, o que implica que não têm obrigação de fazê-lo e, na ocasião em que decidam por contratar, podem escolher entre seus parceiros comerciais. Segundo Calixto SALOMÃO FILHO, a “faculdade de contratar ou não é talvez a maior expressão da liberdade de iniciativa no campo privado”.³⁸⁹ Nesse sentido, esta faculdade se aplicaria à contratação de licenças de direitos de propriedade intelectual, os quais são caracterizados como direitos privados.³⁹⁰

Entretanto, quando as condições de mercado são tais que a recusa de licenciar

³⁸⁷ Ver CORREA, Carlos María. La regulación de las cláusulas restrictivas en los contratos de transferencia de tecnología en el derecho latino-americano. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n. 80-81, Buenos Aires, junio de 1981, pp. 183-258; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Contrato de licencia y de transferencia de tecnología en el derecho privado*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1994; FORGIONI, 2007; MIGUEL ASENSIO, Pedro A. de. *Contratos Internacionales sobre Propiedad Industrial*. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2000; ROFFE, Pedro. Control of Anti-Competitive Practices in Contractual Licenses under TRIPS Agreement. In: CORREA, Carlo M.; YUSUF, Abduqawi A. (Eds.). *Intellectual Property and International Trade: the TRIPS Agreement*. 5. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2008, pp. 293-329.

³⁸⁸ Ver CORREA, 1981, pp. 183-258; CABANELLA DE LAS CUEVAS, 1994; FORGIONI, 2007; MIGUEL ASENSIO, 2000; ROFFE, 2008.

³⁸⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. Ver ainda pp. 233-246; OLIVEIRA e RODAS, 2004, p. 53.

³⁹⁰ Ver ainda SALOMÃO FILHO, 2002, pp. 137-150. MONTEIRO, Luís Pinto. *A recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual no direito da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2010. BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. *Limites e possibilidades hermenêuticas do princípio da igualdade no direito de patentes brasileiro*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

revela-se anticompetitiva, importa reconsiderar os limites da liberdade de contratar conferida aos agentes econômicos. Esse parece ser o caso quando o mercado demonstra a necessidade de adequação de produtos, processos e serviços a requisitos técnicos contidos nas normas, que se encontram protegidos por direitos de propriedade intelectual. Principalmente, quando as normas se encontram revestidas de caráter de obrigatoriedade em virtude de lei ou regulamento, a recusa de contratar pode ter efeitos danosos sobre a concorrência, tendo em vista que os competidores não poderão ingressar nele sem que conformem seus produtos, processos ou serviços às exigências contidas nas normas técnicas.³⁹¹

Um caso de recusa de negociar afetou o padrão UMTS. A disputa ocorreu durante o processo de criação de uma norma de telefonia móvel de terceira geração (3G). Inicialmente, duas organizações de normalização estavam envolvidas na negociação, a *International Telecommunications Union (ITU)*, com o sistema CDMA (*Code Division Multiple Access*), revestido com os interesses da empresa Qualcomm, e o ETSI, com o padrão UMTS, apoiado pela Ericsson. A Qualcomm que, inicialmente, havia reivindicado patentes essenciais apenas para o padrão CDMA, na ocasião em que o ETSI propôs a aprovação da norma UMTS pela ITU, também reivindicou patentes essenciais ao sistema UMTS. Diante disso, o ETSI requereu à Qualcomm licenças de suas tecnologias de forma incondicional. Contudo, a empresa insistia em buscar outra solução que iria oferecer compatibilidade com seu sistema CDMA. Em 1998, o conflito alcançou seu auge, quando a empresa recusou-se a licenciar sua tecnologia essencial ao padrão UMTS. Somente em 1999, a Qualcomm e a Ericsson alcançaram um acordo relativo às novas tecnologias e patentes relevantes.³⁹²

A preocupação quanto à recusa de negociar licenças, nos casos em que se tratar de

³⁹¹ Ver SANDERS, Anselm Kamperman. Essential Facilities and Appropriate Remuneration of Achievements. In: HEALTH, Christopher; SANDERS, Anselm Kamperman (Eds.). *New Frontiers of Intellectual Property Law. IIC Studies*. Studies in Industrial Property and Copyright Law. Oxford; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, pp. 257-264. SANDERS, Anselm Kamperman. Standards Setting in the ICT Industry? IP or Competition Law? A Comparative Perspective. In: TEIXEIRA, Glória; CARVALHO, Ana Sofia (Coord.). Os 10 Anos de Investigação do CIJE Estudos Jurídico-Económicos. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 1-18; HOVENKAMP, Herbert; JANIS, Mark D. LEMLEY, Mark A. Unilateral Refusals to License in the U.S. Working Paper N.º 303. Stanford Law School, John M. Olin Program in Law and Economics. April 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=703161>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

³⁹² VERBRUGGEN, Johan; LÖRINCZ, Anna. Patents and Technical Standards. *IIC - International Review of Industrial Property and Copyright Law*, n. 125, 2002, pp. 139-140. Sobre o caso de recusa de negociar envolvendo o padrão de mercado da IMS Health, ver SAMPAIO, 2009, pp. 207-208.

tecnologias protegidas por direitos de propriedade intelectual incorporadas em normas técnicas, afetam não apenas os usuários das normas, mas principalmente as organizações de normalização. Sem a licença das tecnologias incluídas nas normas técnicas, os objetivos da normalização não conseguem ser alcançados, pois sua ampla aplicação fica prejudicada. Essa é a principal razão que levou muitas organizações de normalização a impor como condição para adoção de uma norma que os titulares desses direitos declarem seu compromisso em licenciar as tecnologias para todos os usuários da norma, sempre que ela fosse aplicada. Trata-se, portanto, de um foco de tensão que merece atenção nesse cenário.

f) Colusão de competidores

No que diz respeito ao processo de normalização técnica, a colaboração entre concorrentes com o propósito de estabelecer conjuntamente especificações técnicas que servirão de norma no mercado, por si, tem ensejado preocupações frente ao direito de defesa da concorrência. Essas inquietações são agravadas quando há o envolvimento de propriedade intelectual. Determinar os limites das articulações que oportunizam as negociações nos foros de normalização é um grande desafio. A principal questão consiste em saber até onde vai a colaboração e onde inicia a colusão dos competidores implicados no processo.³⁹³

O processo de normalização pode facilitar a colusão entre competidores. As organizações de normalização geralmente são compostas por concorrentes que, juntos, regulam as bases de troca de informações sobre produtos, processos e serviços e, em grande parte, colaboram na decisão do futuro do mercado do ponto de vista técnico. Mesmo as visões mais moderadas sobre o papel da cooperação entre competidores identificam sinais de tensão nas organizações de normalização.³⁹⁴

O mero fato de os competidores atuarem coletivamente no estabelecimento de

³⁹³ Sobre o tema, ver SHAPIRO, Carl. Setting Compatibility Standards: Cooperation or Collusion? In: DREYFUSS, Rochelle Cooper; ZINNERMAN, Diane Leenher; FIRST, Harry (eds.). *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 81-102.

³⁹⁴ HOVENKAMP, Herbert; JANIS, Mark D.; LEMLEY, Mark A. *IP and Antitrust – an analysis of Antitrust Principles applied to Intellectual Property Law*. New York, Aspen Publishers, 2009.

padrões técnicos relacionados a um produto que será colocado no mercado, por exemplo, é um fator relevante de atenção. Essa situação apresenta-se particularmente delicada quando o processo de normalização é usado pelos competidores para estabelecer seus termos, condições e preços para o cumprimento das normas (cartel de vendas)³⁹⁵ ou coludir contra os titulares de direitos de propriedade intelectual para a redução de *royalties* (cartel de compras). Além disso, o processo pode ser manipulado pela conduta unilateral de uma empresa para excluir competidores e determinar preços injustos. Como consequência, os usuários podem acabar sendo bloqueados pelos altos custos e condições, impossibilitando o cumprimento das normas.³⁹⁶

Ademais, os competidores também podem se utilizar do processo de normalização para prejudicar concorrentes, direta ou indiretamente. O caso *American Society of Mechanical Engineers v. Hydrolevel Corporation* tem sido usado como um exemplo disso. Nessa disputa, a Suprema Corte norte-americana condenou a associação de engenheiros por atuar de forma colusiva. No caso, restou comprovado que, embora de forma não oficial, o presidente de um subcomitê da associação apontou que o produto da Hydrolevel, seu competidor rival, não era seguro, desencorajando os consumidores a adquiri-lo.³⁹⁷

Outro exemplo é o caso *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.* Nesse caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos condenou um grupo de fabricantes de cabos de condução elétrica de aço por abuso no processo de normalização técnica, por meio da exclusão de competidores do mercado. Confirmou-se que, de forma colusiva, o grupo impediu a inclusão de cabos de material plástico como opção no *National Electric Code*.³⁹⁸

Situações como essas acabam por afastar a normalização de seus propósitos. Conforme observa Christopher HEATH, as normas técnicas não excluem competidores,

³⁹⁵ Conforme argumentam Eduardo Gaban e Juliana Domingues, “com a ação coordenada, cada empresa tem condições de praticar preços e conseguir lucros maiores” (GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 163-164).

³⁹⁶ SHAPIRO, 2004; HOVENKAMP, JANIS e LEMLEY, 2009. Sobre o poder de compra, ver GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Singular, 2006.

³⁹⁷ Ver SHAPIRO, 2004, p. 91; HOVENKAMP, JANIS e LEMLEY, 2009. BLIND, 2011.

³⁹⁸ Ver SHAPIRO, 2004, p. 91; HOVENKAMP, JANIS e LEMLEY, 2009.

mas a competição.³⁹⁹ Segundo Carl SHAPIRO, com a presença dos efeitos de rede promovidos pela normalização, a competição é afetada. Em vista disso, a concorrência tende a diminuir em certas dimensões, porém aumenta em outras, conforme as condições do mercado.⁴⁰⁰ Destarte, quando os competidores são afetados, especialmente por atitudes colusivas dos atores envolvidos na normalização, sobretudo quando forem eles os detentores de direitos de propriedade intelectual incorporados nas normas, as tensões se enrijecem.

Ainda, como consequência das condutas colusivas, de acordo com Eduardo GABAN e Juliana DOMINGUES, a redução da concorrência entre as empresas acaba por reduzir a pressão para a melhoria da qualidade dos produtos, os custos de produção e a introdução de inovações.⁴⁰¹

h) Concentração de direitos de propriedade intelectual nas organizações de normalização

Outro ponto que merece atenção, embora ainda não tenha sido objeto de análise em profundidade pela literatura, diz respeito à concentração de direitos de propriedade intelectual nas organizações de normalização sobre as tecnologias incorporadas nas normas técnicas. É possível evidenciar um movimento por parte das organizações de normalização no sentido de proteger as tecnologias que resultam dos trabalhos técnicos desenvolvidos em seu âmbito e que podem acabar sendo incorporadas nas normas técnicas.

Em relação às patentes, identifica-se um incremento do número de pedidos de patentes requeridos por organizações de normalização. Em uma breve busca na base do Escritório Europeu de Patentes pode-se observar pedidos de patentes dos últimos anos de várias organizações de normalização nacionais, tais como do *National Institute of Standards and Technology*, dos Estados Unidos, do *Korea Research Institute of Standards and Science*, da Coreia, do *National Institute for Biological Standards and*

³⁹⁹ HEATH, 2004, p. 131.

⁴⁰⁰ Ver SHAPIRO, 2004, pp. 81-102. Ver ainda SALOMÃO FILHO, 2002, pp. 260-312; OLIVEIRA e RODAS, 2004, pp. 33-47; HOVEMKAMP, JANIS e LEMLEY, 2009; GABAN e DOMINGUES, 2009.

⁴⁰¹ GABAN e DOMINGUES, 2009, p. 165.

Control, do Reino Unido. Na China, a ascensão do número de pedidos e patentes de organizações de normalização também é notória, com destaque para o *China National Institute of Standardization*, o *Standardization Metrology Institute*, o *China National Center for Quality Supervision and Test of Standard Parts*, o *China Electronic Standardization Institute*, o *Electronics Standardization Institute* e o *Institute of Telecommunication Transmission*, do *Ministry of Industry and Information Technology*.⁴⁰²

Esse cenário serve para reflexão e base para futuros estudos, com mais profundidade, sobre os impactos que isso pode ter, uma vez que se torne uma tendência seguida por todas as organizações de normalização, especialmente daquelas que fazem parte dos sistemas nacionais de normalização. Essa situação coloca nas mãos das organizações o poder de estabelecer as normas técnicas, em muitos casos com o apoio e aval das autoridades públicas, e o direito de exclusividade sobre as técnicas a serem usadas para o cumprimento dessas normas, podendo se somar ainda o poder de certificar esse cumprimento.

Portanto, sob a perspectiva da técnica, esse cenário evidencia uma concentração de poder e controle sobre o exercício de uma atividade econômica semelhante ao identificado no seio das corporações medievais. Certamente uma comparação imediata pode se demonstrar errônea, contudo, não se descarta a importância de uma futura análise a esse respeito. Especialmente pelo impacto que isso pode gerar no plano internacional, dado o caráter protecionista tal situação pode gerar.

Essa e as demais situações apresentadas neste capítulo servem para ilustrar algumas das principais tensões concernentes à relação entre normalização técnica e propriedade intelectual, e seus efeitos no comércio, muitos dos quais se mostram potencialmente prejudiciais. No plano internacional, tais efeitos podem ser mais prejudiciais na medida em que podem resultar em barreiras técnicas reforçadas (pela incorporação de tecnologias nacionais protegidas por direito de propriedade intelectual) ao comércio.

Diante desse panorama, conclui-se a primeira parte deste trabalho evidenciando

⁴⁰² EUROPEAN PATENT OFFICE. Disponível em: <<http://worldwide.espacenet.com/>>. Acesso em 10 ago. 2011.

que a normalização técnica e a propriedade intelectual apresetam uma relação de complementaridade, contudo, permeada de diversos pontos de tensão. Esses pontos revelam na prática o jogo de forças que revestem cada um desses regimes: coletivo *versus* individual.

Os principais problemas evidenciados dizem respeito aos casos em que a propriedade intelectual se sobrepõe à normalização técnica, ou seja, o aspecto individual predomina sobre o coletivo. Nesse sentido, a exclusividade cria limites à produção (indústria) e ao comércio, o que pode desestimular a normalização técnica, pois ela não consegue alcançar seus objetivos.

A partir de outra perspectiva, é possível observar que essa relação, apesar de suas tensões, deixa evidente que a complementaridade entre os regimes. Isso é perceptível quando as tecnologias protegidas encontram na normalização técnica a possibilidade incrementarem seu valor social. Nuno Pires de CARVALHO observa que, ao tratar do sistema de patentes – e aqui se estende a mesma ideia a todo o sistema de propriedade intelectual –, as tensões existentes em torno do sistema de propriedade intelectual são a expressão natural e inevitável da disputa em torno da captura do valor social das criações. Esse autor assinala que:

Quem atribui um determinado valor sobre uma invenção é a sociedade, não é o inventor. O inventor faz a invenção, mas quem determina se ela vai ser usada ou não é a sociedade. Isto é, a invenção não resulta só de uma construção individual, que parte da mente criativa do inventor, mas também (e sobretudo) do interesse que a sociedade mostra por ela.⁴⁰³

Assim, ao se incorporar uma tecnologia protegida em uma norma técnica, há uma manifestação formal desse interesse social, o que confere ao titular de direito uma ampliação de seu valor e possibilidade de retorno de seus investimentos pela ampla adoção de sua tecnologia pelos usuários da norma – o que não ocorreria se a tecnologia protegida fosse ignorada pela sociedade. Quando essa situação ganha dimensão global, o valor social alcança um patamar muito elevado, contudo, as tensões também se incrementam. Na falta de mecanismos que promovam o equilíbrio entre esses regimes de regulação do uso da técnica as tensões inerentes sua relação podem afetar fortemente o comércio, interno e internacional, por meio de robustas barreiras técnicas ao fluxo de

⁴⁰³ CARVALHO, 2006, p. 427.

bens, serviços e tecnologias.

A análise dessas tensões e de seus efeitos sobre o comércio internacional é objeto de estudo nos próximos capítulos, cuja análise se realiza desde a perspectiva do ordenamento jurídico do comércio internacional.

PARTE II

REGULAÇÃO DA NORMALIZAÇÃO TÉCNICA E DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL: CONVERGÊNCIA E CONFLITOS

Capítulo 4

CONFLUÊNCIA DA REGULAÇÃO INTERNACIONAL DA NORMALIZAÇÃO TÉCNICA E DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NA FORMAÇÃO DO SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO

Os primeiros três capítulos deste trabalho assentaram as bases sobre as quais se apoia a problemática analisada nesta segunda parte do trabalho, quando se a insere a discussão no âmbito do ordenamento jurídico do comércio internacional. Nesse contexto, a Organização Mundial do Comércio (OMC), que consolida o Sistema Multilateral do Comércio, recebe atenção especial.

A formação desse Sistema fundou-se em bases teóricas que foram sendo desenvolvidas ao longo dos séculos, dentre as quais se destacam as teorias liberais de Adam SMITH e David RICARDO.⁴⁰⁴ Contudo, desde a concepção até sua concretização, o ideal do livre comércio preconizado foi sendo moldado de modo a afastar-se dos modelos teóricos liberais clássicos. Dentro desse cenário, o Sistema reconhece certas restrições à liberdade de comércio.⁴⁰⁵

Nesse âmbito, a normalização técnica e a propriedade intelectual, que possuíam nítidas características de barreiras ao comércio no início do século XIX, assumiram os contornos de barreiras ao comércio desleal e passaram a integrar o Sistema como ferramentas para promover o comércio leal no final do século XX – semelhante perspectiva concebida pelas corporações de ofício no período medieval.

⁴⁰⁴ Ver: SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações: Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. São Paulo: Madras, 2009. RICARDO, David. *Princípios de Economia Política e Tributação*. 3 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

⁴⁰⁵ Segundo Friedrich List, em sua obra publicada originalmente em 1841, as restrições à liberdade de comércio manifestam-se como “consequências naturais da diversidade de interesses e anseios das nações por independência ou ascendência de poder” (LIST, Georg Friedrich. *Sistema Nacional de Economia Política*. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 85).

Essas transformações em termos de perspectivas que ocorrem ao longo dos séculos em grande parte resultam da internacionalização dos regimes a partir do final do século XIX, que evoluem de forma independente até confluírem para o Sistema Multilateral de Comércio. Diante desse panorama, o presente capítulo objetiva resgatar o histórico da internacionalização destes regimes e de sua convergência para o seio da OMC.

O desenvolvimento deste estudo ocorre em três seções. Na primeira, aborda-se o processo de internacionalização da normalização técnica a partir do início do século XIX até o momento em que o regime converge para o sistema do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT, em inglês).⁴⁰⁶ Na sequência, trata-se da internacionalização da propriedade intelectual, oportunidade em que se resgata a problemática que permeou o regime no decorrer do século XIX, pouco antes da criação das Convenções de Paris e de Berna – marcos da formação de um direito internacional da propriedade intelectual.⁴⁰⁷ Essa seção encerra-se na ocasião em que a propriedade intelectual ingressa no fluxo do Sistema Multilateral do Comércio com a criação da OMC. A análise da formação do Sistema a partir do GATT, com ênfase na confluência dos dois regimes para o âmbito da OMC, é desenvolvida na terceira seção.

4.1 INTERNACIONALIZAÇÃO DA NORMALIZAÇÃO TÉCNICA

No decorrer do século XIX, o Sistema Métrico Decimal concebido na França de Napoleão Bonaparte, em 1801, recebia a adesão de diversos países, especialmente na Europa, com a exceção da Inglaterra.⁴⁰⁸ A rivalidade em termos de interesses comerciais

⁴⁰⁶ Em inglês, GATT é o acrônimo de *General Agreement on Tariffs and Trade*.

⁴⁰⁷ Ver BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

⁴⁰⁸ A Revolução Francesa teve como um dos resultados a criação do sistema métrico decimal que visava a unificação de padrões de medidas (SILVA, Irineu da. *História dos Pesos e Medidas*. São Carlos: UFSCar, 2004, p. 31). A adoção do novo sistema à época foi lenta. “Alguns países decidiram adotá-lo rapidamente, porém outros o adotaram somente após as conquistas de Napoleão Bonaparte. De forma geral, entretanto, os documentos mostram que todos os países europeus eram simpáticos à idéia. Os Países Baixos

entre franceses e ingleses foi a principal razão disso. Historicamente considerado um notável símbolo de poder, era praticamente inaceitável que um país pudesse adotar um sistema de medidas criado pelo outro.⁴⁰⁹ No entanto, em pleno curso da Revolução Industrial, esse sistema foi um catalisador para a criação de outros sistemas de medidas e padrões técnicos, representando um importante avanço para o movimento de cooperação nos diversos campos tecnológicos.

Na segunda metade do século XIX, a cooperação técnica internacional foi impulsionada com a criação de uniões administrativas de Estados, dentre as quais se destacam a União Internacional de Telegrafia (precursora da União Internacional de Telecomunicações) em 1865, a União Postal Universal, em 1874, o Escritório Internacional de Pesos e Medidas,⁴¹⁰ em 1875, a União Meteorológica Internacional, em 1878, a Convenção para a Regulamentação Internacional de Rotas Marítimas, em 1879, o Instituto Internacional de Estatística, em 1885, a União Internacional para o Transporte de Mercadorias por Estrada de Ferro, em 1890,⁴¹¹ o Escritório Internacional da Saúde Pública, em 1904, a União Radiotelegráfica Internacional e a Comissão Eletrotécnica Internacional, em 1906, e o Escritório Internacional de Higiene, em 1907.⁴¹²

declararam-no obrigatório a partir de 1816; a Espanha adotou-o em 1849; e, a partir de 1860, vários países da América Latina passaram também a adotá-lo” (SILVA, 2004, p. 79).

⁴⁰⁹ “Em 1911, a adoção do Meridiano de Greenwich como meridiano de referência foi uma abertura dada pelos franceses para que os ingleses adotassem o Sistema Métrico Decimal. Porém, nem mesmo essa abertura surtiu o efeito desejado. Pelo contrário, durante a Segunda Guerra Mundial, nos cinco anos em que vários países europeus estiveram ocupados pelos nazistas, os países anglo-saxoes, que já controlavam grande parte do mercado mundial, aumentaram ainda mais seus poderes e impuseram o seu sistema de medidas até mesmo na França. até hoje esse controle político por intermédio das medidas é exercido por alguns países. Alguns países como os Estados Unidos, embora já tenham adotado oficialmente o Sistema Internacional, ainda mantém um sistema de medidas paralelo”. (SILVA, 2004, p. 31-32).

⁴¹⁰ Após várias recomendações de associações internacionais, em 20 de maio de 1875, países reunidos em Paris assinaram o tratado conhecido como a “Convenção do Metro” e instituíram o Escritório Internacional de Pesos e Medidas (BIPM, em francês). Além dos aspectos técnicos, o Sistema Métrico apresenta também um componente social importante e emblemático: representou uma conquista social que pôs fim aos abusos comerciais e restituiu a ordem metrológica à época (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Das Práticas Comerciais: das práticas abusivas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Cap. V, Sec. IV. p. 385).

⁴¹¹ Em 1890 também se criou o Escritório Internacional para a Publicação das Tarifas Aduaneiras.

⁴¹² Ver BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 116-120; DINH, Nguyen Quod; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pp. 585-592; ACCIOLY, Hidélbrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 395-445; AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 43-50.

O surgimento dessas instituições foram resultados evidentes da transformação da sociedade industrial e dos vastos progressos da ciência e da técnica, especialmente do advento das novas tecnologias de informação e comunicação. Contudo, mais do que isso, foi resultado de uma necessidade de cooperação internacional em prol da paz mundial⁴¹³. Esse ideal revela-se nas palavras do Ministro Francês de Assuntos Exteriores na ocasião da abertura da reunião de 13 de abril de 1865, que culminou com a assinatura da Convenção Internacional Telegráfica, conforme se reproduz abaixo:

Estamos aqui reunidos em um autêntico Congresso da Paz. Se bem é verdade que a guerra não provém, frequentemente, senão de mal-entendidos, não é menos certo que poderia se destruir uma de suas causas, facilitando o intercambio de ideias entre os povos e colocando a seu alcance esse prodigioso engenho de transmissão, esse fio elétrico, pelo qual, o pensamento, como se fosse transportado por um raio, voa através do espaço, e que permite estabelecer um diálogo rápido, incessante, entre os membros da família humana.⁴¹⁴

A Convenção firmada nessa data formalizou a constituição da União Internacional de Telegrafia, o que para a época evidenciou um novo elemento frente aos modos tradicionais de relação entre os Estados estabelecidos desde o célebre Congresso de Viena (1814-1815): a ideia de cooperação.⁴¹⁵ Conforme ACCIOLY, NASCIMENTO E SILVA e CASELLA, subjacente às condições políticas de paz pelo equilíbrio da acomodação diplomática, formalmente sustentada por um direito internacional da coexistência e mútua abstenção,⁴¹⁶ foi se edificando uma nova ordem baseada na cooperação.

Esse ideal de cooperação que brota no final do século XIX, no entanto, não foi suficiente para conter os impasses que surgiam devido aos princípios comerciais protecionistas que se haviam espalhado por quase todo o mundo nesse período. Mesmo a Inglaterra nas décadas de 1880 e 1890 manifestara tendências protecionistas. Esse

⁴¹³ Marc Tarrés Vives observa que razões militares e também políticas foram as que levaram os Estados a regular de modo direto e incipiente as novas técnicas de Comunicação no século XIX, em especial o telégrafo. Em virtude disso, na prática os Estados mantinham (e ainda mantêm) tais serviços em mãos públicas, salvo exceções como é o caso da Inglaterra, cuja gestão do telégrafo era privada. Por isso, o país não foi convocado a participar da reunião constitutiva da União Telegráfica Internacional em 1865 (TARRÉS VIVES, Marc. *Normas Técnicas y Ordenamiento Jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 133).

⁴¹⁴ Excerto extraído de TARRÉS VIVES, 2003, pp. 133-134.

⁴¹⁵ Ver comentários a esse respeito em TARRÉS VIVES, 2003, p. 131.

⁴¹⁶ ACCIOLY, NASCIMENTO E SILVA e CASELLA, 2009, pp. 80 e seguintes. Ver ainda CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

protecionismo representou um dos principais fatores para o desencadeamento da Primeira Guerra Mundial em 1914.

Com a eclosão da Primeira Grande Guerra, o comércio internacional foi fortemente afetado. Sem embargo, a normalização técnica acabou ganhando uma ampla aplicação, alcançando escalas até então desconhecidas, principalmente nos países envolvidos com a produção em massa de armamentos e equipamentos correlatos. A necessidade de compatibilização de produtos foi o principal motivador.

Esse fenômeno resultou no surgimento dos primeiros organismos nacionais de normalização. Na Alemanha fundou-se em maio de 1917 o Comitê Alemão de Normalização para Engenharia.⁴¹⁷ Na França, em junho de 1918, criou-se a Comissão Permanente de Normalização. No mesmo ano, no Reino Unido, o *Engineering Standard Committee* – único organismo autônomo de normalização do país, estabelecido em 1901 – foi transformado na *British Standards Institution* (BSI).⁴¹⁸ No cenário norte-americano, em 1918, diversas associações profissionais privadas e os Departamentos de Comércio, Guerra e Marinha criam a primeira organização de normalização, privada e geral dos Estados Unidos: o *American Engineering Standards Committee*.⁴¹⁹

No período posterior à primeira guerra, no plano internacional, alguns dos organismos nacionais de normalização reuniram-se para formar a Federação Internacional de Associações Nacionais de Normalização (ISA, acróstico em inglês) em 1926.⁴²⁰ Com a ISA ampliaram-se os movimentos internacionais de normalização.

No âmbito doméstico, a normalização técnica para a indústria seguiu sendo

⁴¹⁷ Ver HESSER, Wilfried. *An introduction to standards and standardization*. Zurich: Beuth, 1998, p. 32. Na atualidade, o sistema alemão de normalização articula-se em torno ao “Deutsche Institut für Normung” (DIN). Ver ainda TARRÉS VIVES, 2003, pp. 124-128.

⁴¹⁸ Ver BRITISH STANDARDS INSTITUTION. About BSI Group. <<http://www.bsigroup.com/>>. Acesso em 10 ago. 2011.

⁴¹⁹ Esse Comitê converteu-se no “American National Standards Institute” (ANSI), em 1969. Ver AMERICAN NATIONAL STANDARDS INSTITUTE. Disponível em: <<http://www.ansi.org/>>. Acesso em 10 jan. 2011. Comentários a respeito do sistema de normalização norte-americano em TARRÉS VIVES, 2003, pp. 122-123. Ver YATES, JoAnne; MURPHY, Craig N. *The Formation of the ISO*. Business and Economic History, vol. 4, 2006. Disponível em: <<http://www.h-net.org/~business/bhcweb/publications/BEHonline/2006/yatesandmurphy.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2011.

⁴²⁰ Segundo Marc Tarrés Vives, apesar do caráter transatlântico de seu nascimento, as atividades da ISA se circunscreviam ao âmbito da Europa continental. O Reino Unido aderiu a ela somente às vésperas da Segunda Guerra Mundial (TARRÉS VIVES, 2003, p. 135).

ampliada e também passou a ter foco na segurança do trabalho e do consumidor. Contudo, com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, alguns países interromperam o desenvolvimento de normas técnicas ordinárias e concentraram seus esforços no estabelecimento de normas técnicas de emergência para a guerra. Este foi o caso do Reino Unido⁴²¹.

Contudo, os esforços em nível nacional por si só se revelaram insuficientes. No balanço da guerra, a revista *The Economist* destacou que apenas as diferenças de padrões britânicos e americanos de parafusos elevaram o custo da guerra em pelo menos 25 milhões de libras esterlinas. O que certamente evidenciou a necessidade de ampliar os trabalhos dedicados à cooperação e à padronização técnica internacional.⁴²²

Finalizada a Segunda Grande Guerra, o cenário econômico internacional demonstrava-se efetivamente catastrófico. Com exceção dos Estados Unidos, as principais economias mundiais encontravam-se literalmente devastadas pelo conflito. A Europa assolada pela guerra buscou na normalização técnica o apoio para sua reconstrução. Sob a perspectiva doméstica, as normas técnicas serviriam para a redução dos desperdícios e para tornar mais eficiente a utilização dos escassos insumos e matérias-primas disponíveis. Contudo, a necessidade de importações e o anseio de ampliar as exportações levaram os países a considerar a importância da revisão e do incremento das normas técnicas no plano internacional.⁴²³

Esse ideal compartilhado por várias nações – harmonizar as normas técnicas nacionais com o propósito de se tornarem aceitáveis em uma base mundial, a fim de facilitar a reconstrução e o comércio internacional – motivou a criação da Organização Internacional de Normalização (ISO, sigla em inglês). Diante disso, durante uma conferência realizada de 14 a 26 de outubro de 1946, em Londres, foi concebida a ISO, que resultou da união entre a ISA e o Comitê de Coordenação de Normas das Nações Unidas (UNSCC, em inglês)⁴²⁴.

⁴²¹ BSI, 2011.

⁴²² Conforme relatam YATES e MURPHY, 2006.

⁴²³ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. The funding of ISO. Disponível em: < <http://www.iso.org/iso/founding.pdf> >. Acesso em: 22 out. 2011.

⁴²⁴ *United Nations Standards Coordinating Committee* (UNSCC). Essa organização foi estabelecida em 1944. A iniciativa de fundação da UNSCC correspondeu aos Estados Unidos, Reino Unido e Canadá. Sua

Com sede em Genebra, a ISO iniciou suas operações em 1947, com a missão de promover o desenvolvimento da normalização técnica visando facilitar o comércio internacional de bens e serviços e estimular a cooperação nas atividades intelectuais, científicas, tecnológicas e econômicas em nível mundial.⁴²⁵ Enquanto na época eram 27 os Estados Membros da organização, hoje esse número alcança 163.⁴²⁶

Também em 1947, a União Internacional de Telecomunicações (ITU, em inglês) tornou-se uma agência especializada da então recém-criada Organização das Nações Unidas (ONU). Responsável pelo desenvolvimento de normas técnicas internacionais no setor de telecomunicações, a ITU, que na ocasião de sua criação em 1865 contava com 20 Estados Membros, atualmente conta com 192 Estados Membros e mais de 700 Membros e associados dos setores público e privado, incluindo universidades e centros de pesquisa.⁴²⁷

Naquela época, ainda vigoravam diferentes sistemas de medida em todo o mundo, muitos dos quais eram variações do sistema métrico em vigência. Portanto, reconhecendo a necessidade de promover um sistema mundial, em 1948, o Comitê Internacional de Pesos e Medidas foi incumbido de estudar a questão, o que resultou na proposta de criação do Sistema Métrico de Unidades – nome geral dado ao Sistema Decimal

finalidade era aportar ao esforço bélico dos países e, posteriormente, os trabalhos de reconstrução as vantagens da normalização. França e Bélgica também passaram a formar parte do Comitê, que tinha sede e era administrada pelos escritórios de Londres da Comissão Eletrotécnica Internacional (IEC, em inglês). Marc Tarrés Vives observa que o fundamento para a revitalização que a normalização sofrerá depois da II Guerra Mundial pode ser encontrado nos esforços comuns que durante ela realizaram os Estados Unidos, Grã Bretanha e Canadá, com o objetivo de lograr uma unificação das normas técnicas como estratégia militar. Especialmente nos Estados Unidos, a normalização possibilitou que, por exemplo, determinados modelos de barcos de guerra fossem literalmente montados com peças que eram perfeitamente intercambiáveis entre si (TARRÉS VIVES, 2003, p. 135).

⁴²⁵ Conforme dados do Relatório Anual da ISO de 2010, as normas definidas no âmbito da ISO são discutidas em cerca 3.274 comitês técnicos, 214 subcomitês técnicos, 510 subcomitês, 2.478 grupos de trabalho e 72 grupos de estudos *ad hoc*. Até 31 de dezembro de 2010, os trabalhos da ISO resultaram em 18.536 normas internacionais, constituindo mais de 762.653 páginas de documentos. Desse total, em 2010, foram publicadas 1.313 normas internacionais (INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. Disponível em: < <http://www.iso.org/> >. Acesso em: 22 out. 2011.). Comentários sobre a atuação da ISO em: PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Comércio Internacional e Protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2003, pp. 121-122.

⁴²⁶ ISO, 2011. Somado a eles, cerca de 610 instituições estão ligadas aos comitês e subcomitês técnicos da ISO. As atividades de normalização da organização abrangem na atualidade uma generalidade de áreas. Questões relacionadas ao trabalho (ISO9000), meio ambiente (ISO14000, que trata de responsabilidade ambiental) e direitos humanos (ISO26000, que versa sobre responsabilidade social) também fazem parte das atividades de normalização da ISO. Ver ainda YATES e MURPHY, 2006.

⁴²⁷ As atividades de normalização da União ficaram a cargo do Setor de Normalização das Telecomunicações da União (ITU-T). ITU, 2011. Mais comentários a respeito da criação da ITU em: TARRÉS VIVES, p. 2003, 132.

Internacional de Pesos e Medidas cujas unidades básicas são o metro e o quilograma. Este sistema se consolidou em 1960, quando se estabeleceu a mais duradoura e vasta unificação dos sistemas de medidas. Este foi mais um propulsor do movimento de normalização técnica internacional.⁴²⁸

Em 1955, com o objetivo de resolver em nível internacional os problemas técnicos e administrativos concernentes ao uso de instrumentos de medidas e visando coordenar esforços com o de propósito concretizar esse objetivo, foi estabelecida a Organização Internacional de Metrologia Legal (OIML). Constituída por países Membros, que participam ativamente em atividades técnicas, e Membros observadores, a OIML foi criada com a função de promover a harmonização mundial dos procedimentos de metrologia legal. Dados do Banco Mundial de 2007 apontam que os Membros da Organização representam 86% da população e 96% da economia mundial.⁴²⁹

No setor de alimentos, com a expansão do mercado global após a Segunda Grande Guerra, surgiu a necessidade maior coordenação no estabelecimento de normas técnicas internacionais. Nesse sentido, em 1963, a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO, sigla em inglês) e a Organização Mundial da Saúde (OMS) instituíram a Comissão do *Codex Alimentarius*,⁴³⁰ com o objetivo de desenvolver as normas, regulamentos e outros documentos técnicos no âmbito do Programa Conjunto da FAO e OMS de Normas Alimentares. Seu propósito principal consiste em proteger a saúde dos consumidores, assegurar práticas de comércio claras e promover a coordenação

⁴²⁸ Ver SILVA, 2004.

⁴²⁹ INTERNATIONAL ORGANISATION OF LEGAL METROLOGY. *Convention establishing an International Organisation of Legal Metrology*, Done at Paris, France, the 12th of October 1955, Modified in 1968 by amendment of Article XIII. Official translation in English made by the British Government and published under Treaty series n. 60 of 1962. Paris: OIML, January 2000. Disponível em <<http://www.oiml.org/about/presentation.html>>.

⁴³⁰ Segundo a OMC, a Comissão do *Codex Alimentarius* caracteriza-se na atualidade como uma instituição internacional de normalização. No caso DS231 “*European Communities — Trade Description of Sardines*” julgado pelo OSC da OMC discutiu-se se as normas do *Codex Alimentarius* eram normas internacionais para fins de aplicação do TBT. Em particular, o caso versou sobre a norma STAN 94-181 rev. 1995. No exame da compatibilidade da medida europeia com o artigo 2.4 do TBT (especificamente sua parte final), o painel entendeu que padrão Codex Stan 94 é entendido como uma norma internacional, segundo a definição do TBT, tendo sido definido por uma instituição internacional normalizadora, a Comissão do *Codex Alimentarius*. Pelo fato de esta estar aberta à participação de todos os Membros da OMC, de acordo com seu Estatuto e Regras de Procedimento, decidiu-se que essa Comissão é considerada uma instituição internacional normalizadora para fins de definição de norma internacional (WORLD TRADE ORGANIZATION. Disponível em: <http://www.wto.org/>). Acesso em: 10 ago. 2011). Ver ainda MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENBAUM, Thomas J.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*. New York: Oxford University Press, 2006. , p. 490-493; PRAZERES, 2003, p. 201-203.

de todas as normas alimentares acordadas pelas instituições governamentais e não governamentais do setor.⁴³¹

Se por um lado, havia um nítido o avanço da normalização internacional, por outro, evidenciava-se um incremento do uso de normas e regulamentos técnicos nacionais como meio de protecionismo, em outras palavras, como barreiras técnicas ao comércio internacional. Um estudo conduzido pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD, acróstico em inglês) inventariou diversas barreiras ao comércio e, em 1968, apresentou itens em sua lista país a país.⁴³²

Esse diagnóstico levou o tema para o foro negociador do GATT, cujo resultado foi o estabelecimento de um marco regulador sobre a matéria em nível internacional, em 1980, o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio, conhecido como *Standards Code*. Nesse momento, ganha forças a confluência da normalização técnica no curso do Sistema Multilateral do Comércio.

4.2 INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Assim como as normas técnicas, a propriedade intelectual inicialmente também se revelou como um tipo de barreira ao comércio. Contudo, na medida em que se convergiu para o seio do Sistema Multilateral do Comércio, assumiu os contornos de uma barreira ao comércio ilegítimo.⁴³³

⁴³¹ As normas do Codex lidam com temas como pesticidas, higiene alimentar, aditivos em alimentos e rotulagem, dentre outras matérias. Ver CODEX ALIMENTARIUS. Disponível em: http://www.codexalimentarius.net/web/index_en.jsp>. Acesso em: 10 ago. 2011. ALVAREZ, José E. *International Organizations as Law-makers*. New York: Oxford University Press, 2005. 660 p. p. 222; MASSON-MATTHEE, Mariële D. *The Codex Alimentarius Commission and Its Standards*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2007. 344 p..

⁴³² JACKSON, John H. *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*. 2 ed. Cambridge: MIT Press, 1997. p. 154

⁴³³ Conforme a Declaração Ministerial sobre a Rodada do Uruguai, a propriedade intelectual foi incluída como objeto de negociação, cujo mandato negociador indicava que as medidas e procedimentos para aplicação dos direitos de propriedade intelectual não poderiam se tornar barreiras ao comércio legítimo

Ainda que diversas culturas e épocas apresentem indícios das ideias liberais, o liberalismo categoricamente ganhou expressão moderna nas obras de John LOCKE (1632-1704), Adam SMITH (1723-1790) e David RICARDO (1772-1823).⁴³⁴ Na Europa, o liberalismo passou a se fortalecer em meados do século XIX, após as décadas de 1830-1840 – época que encerrava a “era das revoluções”, na concepção de HOBBSAWN.⁴³⁵ Por conseguinte, o movimento buscou repelir as iniciativas que não se adequavam aos ideais do livre comércio. Nesse cenário recrudescceu a oposição à propriedade intelectual, propriamente ao sistema de patentes, que alcançou seu ápice no período de 1850 a 1875.⁴³⁶

Durante o final do século XVIII e início do século XIX, o sistema de patentes encontrava-se em fase de expansão em todo o mundo, sendo identificado em diversos países como França (1791), Estados Unidos (1793), Brasil (1809), Rússia (1812), Prússia (1815), Bélgica e Holanda (1817), Espanha (1820), Bavária (1825), Sardenha (1826), Estado do Vaticano (1833), Suécia (1834), Wurtemberg (1836), Portugal (1837), Saxônia (1843).⁴³⁷

Nesse período, na Inglaterra, o sistema originariamente estabelecido em 1624 reivindicava mudanças. Com a Grande Exposição de 1851 (em inglês *The Great Exhibition of the Works of Industry of all Nations*), a iniciativa de reforma foi acelerada e, em 1852, emendou-se a lei de patentes inglesa. No entanto, esse processo não ocorreu sem profundas discussões sobre o sistema, que permeava os diversos foros europeus.

Na medida em que os países adotavam suas leis nacionais de patentes, foi insurgindo certo desconforto de alguns círculos de economistas, empresários e jornalistas em relação ao avanço do sistema na Europa. Esse sentimento levou alguns deles a formular campanhas pela abolição das patentes, como foi o caso do movimento liderado

(GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. MIN. DEC. Ministerial Declaration on the Uruguay Round. Genebra: GATT, 20 september 1986, p. 7).

⁴³⁴ Ver SMITH, 2009; LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano. Segundo tratado sobre o governo*. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991; RICARDO, David. *Princípios de Economia Política e Tributação*. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

⁴³⁵ HOBBSAWN, Eric. *A era das revoluções 1789-1848*. 25. ed. São Paulo: Terra e Paz, 2010

⁴³⁶ MACHLUP, Fritz; PENROSE, Edith. The Patent Controversy in the Nineteenth Century. *The Journal of Economic History*, Vol. 10, n. 1, p. 1-29, Maio 1950. Ver ainda CARVALHO, 2009, pp. 350 e seguintes; ROFFE, Pedro. *América Latina y la Nueva Arquitectura Internacional de la Propiedad Intelectual*. Buenos Aires: La Ley, 2007, pp. 46-47.

⁴³⁷ MACHLUP e PENROSE, 1950.

pela conhecida revista *The Economist*, na Inglaterra. Um projeto de lei propondo a eliminação das patentes chegou a ser aprovado na Câmara Superior do Parlamento Inglês, o *House of the Lords*, contudo foi retirado na *House of Commons*.⁴³⁸

Na Alemanha, algumas câmaras de comércio e associações industriais pleitearam a extinção do sistema, como reação a um impulso que buscava a unificação dos regimes de patentes então em vigor em vários Estados membros do *Zollverein* alemão.⁴³⁹ Em 1868, o próprio Chanceler Bismarck expressou objeções à proteção das invenções por patentes. Apenas em 1877 foi adotada uma lei de patentes uniforme para todo o *Reich*.⁴⁴⁰

Os debates sobre o sistema de patentes instituído na Holanda em 1817 levaram a sua abolição em julho de 1869. Nesse país, o movimento anti-patentes, mais que em qualquer outro lugar, estava ligado ao movimento da liberdade de comércio. O sistema holandês somente voltou a ser adotado em 1911, com a entrada em vigor de uma nova lei de 1910. Assim, por mais de 40 anos nenhuma patente foi concedida no país.⁴⁴¹

Críticas e propostas para a abolição do sistema de patentes também ecoavam na França. A decisão tomada pela maioria legislativa das duas câmaras holandesas em 1869, foi debatida em uma acalorada sessão da Sociedade Francesa de Economia Política que acompanhava os debates, sendo apoiada por alguns economistas e vivamente criticada por outros.⁴⁴² Em uma obra aprovada pela Sociedade Industrial de Mulhouse, o economista Emile Béres, indicou as patentes como uma das causas da fraqueza da economia francesa. Segundo BÉRES, por vezes um industrial que adquire sozinho os direitos de uma patente consegue tomar conta do mercado, prejudicando, desse modo, as indústrias concorrentes.⁴⁴³ Em 1850, o economista liberal francês Michel CHEVALLIER declarou que “*les brevets d’invention sont un outrage à la liberté et l’industrie*” (“as

⁴³⁸ MACHLUP e PENROSE, 1950, pp. 1-29. Ver ainda CARVALHO, 2009, pp. 350-351.

⁴³⁹ O *Zollverein* era uma união aduaneira, formada em 1834, que reunia vários dos Estados da Confederação Alemã.

⁴⁴⁰ Ver CARVALHO, 2009, pp. 350-351; MACHLUP e PENROSE, 1950, pp. 1-29; GUELLEC, Dominique; POTTERIE Bruno van Pottelsberghe de la. *The Economics of European Patent System*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 24.

⁴⁴¹ MACHLUP e PENROSE, 1950). pp. 1-29. Ver ainda CARVALHO, 2009. pp. 320 e 350-351. GUELLEC e POTTERIE, 2007, p. 24.

⁴⁴² CARVALHO, 2009, p. 351.

⁴⁴³ Outro inconveniente por ele salientado era que o sistema de patentes francês permitia que estrangeiros tomassem conhecimento das invenções francesas e as usassem em seus países (CARVALHO, 2009, p. 351).

patentes são uma afronta à liberdade e à indústria”), em outras palavras, o sistema resultava em uma violação a liberdade dos indivíduos de fazer negócios. Os abolicionistas também desafiavam as patentes por seus efeitos prejudiciais sobre a concorrência.⁴⁴⁴

A Suíça, que era o único país industrial europeu à época que não havia adotado um sistema de patentes, tardou em fazê-lo.⁴⁴⁵ O debate no país não consistia em abolir o sistema, mas sim em adotar ou não. Em um referendo de 1882, por pequena maioria, uma emenda constitucional para adoção de uma legislação de patentes foi rejeitada. O governo federal opôs-se por certo tempo, porém em um novo referendunum em 1887 – período em que já se havia estabelecido a Convenção da União de Paris⁴⁴⁶ de 1883 – decidiu adotar o sistema.⁴⁴⁷

Na Europa do século XIX, a luta contra os monopólios e privilégios comerciais apregoava o fim do que se convencionou chamar de “mercantilismo”. Diante disso, os defensores do livre comércio propunham abolir as patentes, pelo que elas representavam tanto sob a perspectiva nacional como internacional. No plano nacional, representavam uma barreira à liberdade de indústria e comércio, um privilégio a alguns detentores dos direitos de exclusividade conferidos pelas patentes. No cenário internacional, estavam associadas à discriminação contra estrangeiros e às barreiras contra a entrada de novos produtos importados. Portanto, eram caracterizados como um tipo de barreira ao

⁴⁴⁴ GUELLEC e POTTERIE, 2007, pp. 22-23.

⁴⁴⁵ O mesmo aconteceu com o Japão, que sofreu resistências em relação à adoção de um sistema de patentes. A primeira lei japonesa foi aprovada em 1871 (período Meiji), mas imediatamente foi revogada devido a pressões internas. A segunda lei foi aprovada somente em 1885 (GUELLEC e POTTERIE, 2007, p. 24).

⁴⁴⁶ “O representante da delegação suíça nas negociações de Paris que levaram ao estabelecimento da Convenção, em 1883, informou os demais negociadores que o seu governo reconhecia as vantagens do sistema de patentes e que já havia preparado um projeto de lei que em breve seria submetido à aprovação. O delegado informou que a indústria nacional entendia da mesma forma” (CARVALHO, 2009, pp. 351-352).

⁴⁴⁷ Nuno Pires de Carvalho observa que a “Suíça começou por adotar uma lei que negava patentes aos produtos químicos, com o intuito de ganhar vantagem sobre os concorrentes alemães da sua indústria química. A exemplo do que alguns países em desenvolvimento faziam em pleno século XX, as indústria suíças podiam copiar em casa as invenções estrangeiras (sobretudo as alemãs), mas podiam patentear na Alemanha as suas próprias invenções. Este *free riding* acabou quando, por pressão alemã, a Suíça acabou com o tratamento discriminatório contra a indústria química, em 1907”. Esse autor acrescenta, ainda, que “na verdade, a fama da Suíça em copiar e adaptar vem de longe. Se as práticas oportunistas explicam em parte o sucesso da Suíça em estabelecer uma indústria química de ponta, não foram, no entanto, empregadas pela primeira vez. Outra área em que a Suíça é hoje também líder mundial – a relojoaria – teve seu começo alicerçado em práticas de *free riding*”. Mais informações em CARVALHO, 2009, pp. 351-352.

comércio.⁴⁴⁸

Dentro desse contexto, as posições em conflito estavam associadas, por um lado, à defesa e, por outro, ao ataque ao livre comércio. Enquanto os defensores do livre comércio eram, em princípio, contrários às patentes, os protecionistas defendiam o sistema.⁴⁴⁹

No período que se seguiu, com a grande depressão na Europa (1873-1896) e o enfraquecimento dos defensores do livre comércio, o movimento protecionista despontou vitorioso. Destarte, os debates em torno do sistema de patentes esmoreceram. Conforme MACHLUP e PENROSE argumentam, foi a vitória do protecionismo que conferiu o triunfo aos defensores do sistema de patentes no final do século XIX.⁴⁵⁰

Nessa época, os sistemas de patentes eram nacionais e não havia elementos de contato ou interação com os sistemas de outros países. Ademais, eram perceptíveis as discriminações aos estrangeiros nas leis nacionais de patentes em geral.

Com a ampliação das relações econômicas entre os países, esse cenário revelou-se altamente prejudicial ao comércio internacional. Segundo Guido SOARES, “o Estado todo-poderoso e autárquico, pela lógica dos fatos, era substituído pelo Estado cuja produção interna e cujo desenvolvimento industrial passaram, cada vez mais, a ser dependentes do

⁴⁴⁸ MACHLUP e PENROSE, 1950, p. 10.

⁴⁴⁹ Os quatro principais tipos de argumentos usados tanto para defender o sistema de patente: (1) Uma pessoa tem um direito de propriedade natural de suas ideias. A propriedade é em essência exclusiva, sendo a exclusividade a forma mais apropriada de a sociedade reconhecer esse direito. (2) A justiça requer que a pessoa receba uma recompensa por seus serviços em proporção a sua utilidade para a sociedade. Os inventores prestam bom serviço, portanto, merecem direitos de patentes exclusivos sobre suas invenções. (3) O progresso industrial é desejável pela sociedade. Isso ocorre por meio das invenções e sua exploração. No entanto, estas só serão obtidas na extensão necessária a medida que os inventores e capitalistas tenham expectativas de que seus investimentos serão compensados do risco com bom lucros. A forma mais simples, barata e eficiente de a sociedade proporcionar o incentivo é concedendo-lhe o direito de patente exclusivo sobre a invenção. (4) Para alcançar o progresso industrial também é necessário que uma nova invenção se torne parte da tecnologia da sociedade cujo interesse é que o inventor divulgue o segredo de sua invenção e o incentivo para isto é a concessão de direitos de patentes exclusivos (MACHLUP e PENROSE, 1950, p. 10).

⁴⁵⁰ MACHLUP e PENROSE, 1950, pp. 1-29; CARVALHO, 2009, p. 353. Segundo Guellec e Potterie, “the controversy faded after 1875, as a result of three driving forces: i) the patent system was continuing its expansion in most countries; ii) large numbers of inventions related to the industrial revolution of the late nineteenth century were filed to patent offices (Thomas Edison filed more than 1000 patents at the USPTO); and iii) international pressure for harmonization of patent systems was mounting. Pro-patent industry lobbies succeeded in saving the patent system” (GUELLEC e POTTERIE, 2007, p. 23).

comércio internacional”.⁴⁵¹ Diante desse cenário, um novo movimento ganhou força, qual seja, a busca da regulação internacional da propriedade intelectual, visando a harmonização dos sistemas nacionais e a eliminação da discriminação entre nacionais e estrangeiros.⁴⁵²

Esse movimento que iniciara com a formação de uma série de acordos bilaterais, ao longo do século XIX, culminou com a assinatura da Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, em 1883, por onze países, dentre os quais a Holanda e a Suíça⁴⁵³ que à época não tinham um sistema nacional de patentes em vigor.⁴⁵⁴

Essa Convenção foi resultado do concerto de Estados ocorrido durante a Exposição Internacional em Viena, no ano de 1873. Sob a liderança da França, esse concerto tinha como propósito formar uma União de Estados em torno do tema que preocupava os participantes das grandes exposições internacionais, como a proteção de invenções, marcas, desenhos e modelos industriais, além de assuntos correlatos como concorrência desleal, contrafações e falsas indicações de procedência.⁴⁵⁵

Embora a Convenção de Paris tenha criado mecanismos que possibilitaram certa articulação entre os sistemas nacionais e redução dos constrangimentos discriminatórios

⁴⁵¹ SOARES, Guido Fernando Silva. O tratamento da propriedade intelectual no sistema da Organização Mundial do Comércio: uma descrição geral do acordo TRIPS. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (coords.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998, pp. 662-663.

⁴⁵² Conforme observa Guido F. S. Soares, a legislação dos Estados, no que se refere aos direitos de propriedade intelectual, sobremaneira nas atividades relacionadas às atividades industriais, tendem a um alto grau de protecionismo dos interesses nacionais, em virtude de representar a proteção da inventividade aplicada à tecnologia, elemento que torna os fatores de produção ainda mais poderosos, de utilização muito mais racional e, portanto, com sua eficiência redobrada (SOARES, 1998, pp. 662-663).

⁴⁵³ Um ponto sensível para a Suíça era a relação entre o nível das tarifas de importação com a obrigação local de exploração das patentes. Esse assunto foi levantado pelo país nas negociações preliminares que levaram à adoção da Convenção de Paris, em 1880. A Suíça alegou que o fato de manter tarifas baixas de importação a prejudicava com relação a uma futura harmonização do sistema, pois os titulares de patentes iriam sempre preferir explorar as invenções em países onde as tarifas fossem altas (para exportá-los para países onde as tarifas fossem baixas) (CARVALHO, 2009, pp. 405-406).

⁴⁵⁴ Os onze países signatários originários foram Brasil, Bélgica, Espanha, República Francesa, República da Guatemala, Itália, Holanda, Portugal, República do Salvador, Sérvia e Suíça. Ver ainda LADAS, Stéphane P. *La Protection Internationale de la Propriété Industrielle*. Paris: E. de Boccard, 1933.

⁴⁵⁵ Sobre a Convenção de Paris e seu histórico, ver BODENHAUSEN, G. H. C. *Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, as revised at Stockholm in 1967. Genebra: BIRPI, 1968; PELLETIER, Michel; VIDAL-NAQUET, Edmond. *La Convention d'Union pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 et les conférences de revision postérieurs*. Paris: Larose, 1902, p. 8-12. PLAISANT, Marcel. *Traité de droit conventionnel international concernant la propriété industrielle*. Paris: Recueil Sirey, 1949, p. 12-14; GUELLEC e POTTERIE, 2007, p. 25; BASSO, 2000, p. 73.

entre inventores nacionais e estrangeiros, ela não chegou a mudar o cenário protecionista que os sistemas nacionais de patentes proporcionavam.⁴⁵⁶

Poucos anos depois, o movimento de internacionalização dos direitos de autor concretizou-se com a firma da Convenção da União de Berna, em 1886.⁴⁵⁷ A busca de proteção internacional dos direitos dos autores sobre suas obras levou à criação da Associação Literária Internacional em congresso literário mundial, em 1878, dirigido por Victor Hugo. A Associação organizou um novo Congresso, em Roma, em 1882, inaugurando uma nova fase na busca do reconhecimento internacional dos direitos de autor. A partir daí, seguiram-se três Conferências em Berna que resultou na conclusão da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, em 1886.⁴⁵⁸

Segundo Maristela BASSO, “foi a primeira vez que países condicionaram a vontade de manter relações comerciais com um nível adequado de proteção em outros países”.⁴⁵⁹ Primeiramente a Convenção de Paris e, na sequência, a Convenção de Berna fixaram um “*standard* mínimo, abaixo do qual nenhum país unionista pode ficar,” o que mudou o quadro das Convenções da época, pois penetraram no direito material dos Estados-Partes. Elas “representam o primeiro passo rumo à formação de um direito internacional da propriedade intelectual”.⁴⁶⁰

Em 1893, a União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (1883) e a União de Berna relativa à proteção das obras literárias e artísticas (1886) uniram-se para a formação dos Escritórios Internacionais Reunidos para a Propriedade Intelectual (BIRPI

⁴⁵⁶ CARVALHO, 2009, p. 373.

⁴⁵⁷ Ver BASSO, p. 86-88.

⁴⁵⁸ BASSO, 2000, p. 89. CABRAL, P. *A nova lei de direitos autorais*. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998, p. 19.

⁴⁵⁹ BASSO, 2000, p. 76. Segundo Guido Soares, “no final do século XIX, seria inadmissível pensar-se num direito uniforme entre os Estados, realizado por via do Direito Internacional, e muito menos num direito elaborado por organizações internacionais como as existentes na atualidade. Conforme as concepções vigentes naquele período, o Direito Internacional era um conjunto de normas de natureza proibitiva, que tão-somente estabeleciam comportamentos vedados aos Estados, sem quaisquer conteúdos mandamentais de cooperação entre os mesmos. Não foi por outra razão que, a fim de compatibilizar as necessidades de harmonização dos direitos privados, com tal noção de soberania vigente ao final do século XIX, os Estados imaginaram a fórmula de uma ‘união de Estados’” (SOARES, 1998, pp. 663-664).

⁴⁶⁰ BASSO, p. 24. Ver ainda BRUCH, Kelly Lissandra. *Signos Distintivos de Origem: entre o velho e o novo mundo vitivinícola*. 2011. Tese (doutorado), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, Porto Alegre, 2011.

em francês).⁴⁶¹ Esse sistema permaneceu inalterado por mais de cinquenta anos, ainda que algumas reorganizações tenham sido levadas a efeito⁴⁶².

No ano de 1967, as Uniões reunidas nos BIRPI passam a ter nova estrutura administrativa, quando foram colocadas sob a égide da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), criada por meio da Convenção de Estocolmo. Com sede em Genebra, a OMPI assumiu o papel de administrá-las – função que antes era reservada ao Governo Suíço.⁴⁶³ Outros tratados e convenções internacionais em matéria de propriedade intelectual até então criados também ficaram sob a administração da nova Organização. Ademais, ela ficou incumbida de dar apoio ao sistema da União Internacional para a Proteção de Obtenções Vegetais (UPOV), estabelecido em 1961.⁴⁶⁴ Em dezembro de 1974, a OMPI foi transformada em um organismo especializado da ONU.⁴⁶⁵

Nesse período, apesar das emendas e revisões das Convenções de Paris e Berna, a atividade de harmonização das normas sobre proteção da propriedade intelectual restringia-se a aspectos técnicos. Faltava qualquer mecanismo de verificação do cumprimento dos deveres e obrigações dos Estados Membros e de soluções de controvérsias envolvendo propriedade intelectual.⁴⁶⁶

Diante desse cenário, no princípio dos anos 1970, países desenvolvidos,

⁴⁶¹ A sigla BIRPI refere-se aos “Bureaux Internationaux Reunis pour la Protection de la Propriete Intellectuelle”. Ver LADAS, 1933, pp. 85-87 e 403-405. Maristela Basso observa ainda que as “Convenções, ao imporem as Uniões Internacionais, contribuíram para o desenvolvimento do direito internacional, alargando os quadros antigos e ciosamente restritos dos seus sujeitos, ou seja, das pessoas de direito internacional. Não se pode ignorar que os Bureaux Internacionais das Uniões, criados pelas Convenções, forneceram um dos mais sólidos pilares para a elaboração de um novo ramo do sistema de direito internacional público: o direito internacional institucional” (BASSO, 2000, p. 25).

⁴⁶² Ver BASSO, 2000, p. 48.

⁴⁶³ O caráter federativo da OMPI e as outras Uniões decorre do art. 2º, VII, e art. 4º, II e III, da Convenção de Estocolmo (BASSO, 2000, p. 140). Sobre uma dimensão constitucional para o direito internacional público, ver DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari. *Atualidade dos Tribunais Administrativos de Organizações Internacionais*. 2009. Tese (Livre-Docência). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

⁴⁶⁴ Ver INTERNATIONAL UNION FOR THE PROTECTION OF NEW VARIETIES OF PLANTS (UPOV). International Convention for the Protection of New Varieties of Plants. Act of 1991. 2.12.1961; Revisada em Geneva, 10.11.1972, 23.10.1978 e 19.03.1991. Disponível em: <<http://www.upov.int>>. Acesso em: 10 nov. 2007.

⁴⁶⁵ BRUCH, Kelly Lissandra. *Limites do direito de propriedade industrial de plantas*. 1996. Dissertação (Mestrado em Agronegócios) - Programa de Pós-Graduação em Agronegócios da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

⁴⁶⁶ SOARES, 1998, p. 667.

principalmente as nações da Europa Ocidental, juntamente com os Estados Unidos e o Canadá, iniciaram um movimento de revisão das convenções existentes com o propósito de dotá-las de mecanismos que garantissem a sua efetiva execução nos Estados Membros. Considerando os direitos de propriedade intelectual como um direito privado que deve ser protegido como qualquer outra propriedade tangível, argumentavam que a falta de garantias e mecanismos para assegurar a execução dos tratados encorajava a pirataria e a contrafação.⁴⁶⁷

As negociações que se iniciaram nos anos 1970 avançaram a década de 1980 permeadas de fortes divergências. Em posição diversa, os países em desenvolvimento concebiam a propriedade intelectual como um bem público que deveria ser usado para promover o desenvolvimento econômico. Assim, por meio da revisão das Convenções, propunham inclusão de mecanismos para transferir tecnologia dos países desenvolvidos para os países em desenvolvimento, dentre os quais apontavam para a necessidade de garantir o uso das licenças compulsórias.⁴⁶⁸

Em 1984, os países ainda não haviam chegado a um consenso nas negociações. Nessa época ainda vigorava a última revisão da Convenção de Paris, levada a efeito em Estocolmo, em 1967. A Convenção de Berna também era alvo de críticas.⁴⁶⁹ Frente às divergências, a OMPI preparou um projeto de tratado sobre solução de disputas, porém não chegou a ser aceito pelos Estados Membros.

Nessa época, estavam em curso os trabalhos preparatórios para a Rodada Uruguai, no âmbito do GATT, que se iniciaria em 1986, conforme Declaração Ministerial de *Punta del Este*, de 20 de setembro daquele ano. Assim, num movimento estratégico e com a iniciativa dos Estados Unidos, os países desenvolvidos encontraram nesse foro uma oportunidade para avançar nas negociações sobre o tema e incluíram a propriedade

⁴⁶⁷ As Convenções “não contavam com qualquer instrumento sancionado que eventualmente pudesse ser aplicado contra um Estado que se recusasse a editar uma legislação interna de conformidade com as normas internacionais, ou que editasse normas internas em discordância com suas obrigações internacionais” (SOARES, 1998, p. 660). Ver BASSO, 2000, pp. 148-149; GUELLEC e POTTERIE, 2007, pp. 29-30; PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito Industrial: as funções do Direito de Patentes*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

⁴⁶⁸ BASSO, 2000, pp. 147-148. CARVALHO, 2009, p. 377.

⁴⁶⁹ BASSO, 2000, p. 148. No campo dos direitos de autor e conexos, os Estados Unidos não podiam defender seus interesses nas discussões de revisão do texto, porque à época, ainda não tinham ratificado a Convenção de Berna (o que só aconteceu em 1988). Os Estados Unidos eram parte da Convenção Universal de Direito de Autor, de 1952, administrada pela UNESCO, o que lhes garantia certo poder de manobra e de ingerência também neste domínio da propriedade intelectual. BASSO, 2000, p. 149.

intelectual no mandato negociador da Rodada Uruguai.⁴⁷⁰

Desse modo, a propriedade intelectual torna seu fluxo para o foro que mais tarde se constituiria o Sistema Multilateral do Comércio, onde a regulação internacional da normalização já estava se consolidando.

4.3 NORMALIZAÇÃO TÉCNICA E PROPRIEDADE INTELECTUAL NA FORMAÇÃO DO SISTEMA MULTILATERAL DO COMÉRCIO

O Sistema Multilateral do Comércio, conforme concebido na atualidade, resulta de um longo processo que se iniciou no período pós-guerra, quando se identificou a falta de uma ordem econômica internacional.

A eclosão da Segunda Guerra Mundial foi em grande parte desencadeada pelas medidas adotadas nos Estados Unidos face à crise de 1929. Com o propósito de proteger seu mercado durante o período de depressão, o país além de promover o quase fechamento de suas fronteiras por meio de restrições às importações adotou uma postura fortemente protecionista.⁴⁷¹

O profundo sofrimento deixado após dois conflitos mundiais seguidos, na primeira metade do século XX, promoveu certa uniformidade de sentimentos e esforços das nações em torno da ideia de Paz. Concebida como um valor fundamental na concepção da Sociedade das Nações – criada no período entre guerras –, a cooperação na busca da Paz foi reforçada na constituição das Nações Unidas, sua sucessora, que assumiu uma posição central na edificação da estrutura internacional do pós-guerra. Foi

⁴⁷⁰ Ver BASSO, 2000; CORREA, 1998; GERVAIS, 1998.

⁴⁷¹ Os problemas econômicos entre guerras, como a grande depressão, a política alemã do pós-guerra, a falta de cooperação e outras circunstâncias causaram em parte a Segunda Grande Guerra (Ver JACKSON, 1997).

esse ideal que norteou os arquitetos da ordem econômica internacional.⁴⁷²

A preservação da paz foi traduzida, no campo econômico, pela implementação de certo número de medidas, cujos objetivos seriam precisamente a liberalização do comércio, a estabilização monetária e a reconstrução das nações afetadas pelo conflito.⁴⁷³ Estimava-se que esses objetivos poderiam ser satisfatoriamente alcançados apenas em um cenário de intensa cooperação, elemento reconhecidamente ausente durante o período entre guerras.

Diante desse cenário, com o intuito de dar início à consolidação desse projeto, em julho de 1944, em New Hampshire, nos Estados Unidos, realizou-se a Conferência de Bretton Woods. Inserido em um cenário no qual prevalecia profunda desordem econômica do período entre guerras, neste evento foram lançadas as bases da nova ordem econômica internacional.⁴⁷⁴ Na ocasião, foram estabelecidos os três pilares – finanças, moeda e comércio – que dariam o equilíbrio nas relações econômicas globais, privilegiando-se uma diplomacia multilateral institucionalizada: o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento, posteriormente conhecido como Banco Mundial, e a Organização Internacional do Comércio.⁴⁷⁵

O sistema econômico internacional proposto orientava-se para o estabelecimento de uma estrutura que facilitasse a troca de bens, serviços e capitais para promover o desenvolvimento econômico contínuo. Assim, esperava-se que, por meio de um sistema,

⁴⁷² Ver LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 23-24.

⁴⁷³ Segundo Amaral, as organizações internacionais econômicas são criadas para corrigir as falhas de mercado representadas pelas externalidades transnacionais, limitar o ímpeto protecionista dos governos, e prover o suprimento de bens públicos internacionais, como o aumento da riqueza e do bem-estar. (AMARAL JÚNIOR, 2008).

⁴⁷⁴ AMARAL JÚNIOR, 2008.

⁴⁷⁵ SOARES, 1998, p. 668; JACKSON, John H.; DAVEY, William J.; SYKES, Alan O. *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic Relations*. 5 ed. St. Paul: Thompson, 2008, pp. 1-59; TREBILCOCK, Michael J; HOWSE, Robert. *The regulation of International Trade*. 2. ed. London / New York: Routledge, 2001. ; MAVROIDIS, Petros C. No Outsourcing of Law? WTO Law as Practiced by WTO Courts. American Society of International Law. *The American Journal of International Law*, vol. 102, n. 3, p. 421-474, July 2008. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20456639>>. Acesso em: 22 out. 2011. . Foram instituídos os dois primeiros, dos três pilares da ordem econômica que vigoraria a partir de 1945, por iniciativa das delegações inglesa e norte-americana, lideradas respectivamente por John Maynard Keynes e Harry Dexter White. (AMARAL JÚNIOR, 2008)

evitar-se-ia que os déficits externos dos países se convertessem em crises econômicas globais, levaria à expansão do comércio internacional com benefícios generalizados. No nível interno, pretendia-se manter patamares elevados de emprego e renda de modo a favorecer o uso adequado dos recursos produtivos.⁴⁷⁶

Nesse sentido, com o objetivo de estimular a cooperação internacional e a estabilidade do câmbio, por meio de um sistema multilateral de pagamentos, destinado a reduzir a intensidade e a duração dos desequilíbrios das contas externas dos países membros, criou-se o Fundo Monetário Internacional.⁴⁷⁷ Coube ao Banco Mundial à função de aprovisionar os capitais necessários para a reconstrução dos países atingidos pela guerra e de prestar auxílio aos países pobres do globo, por meio do financiamento de projetos de médio e longo prazo.⁴⁷⁸

Com o propósito de completar o modelo proposto em *Bretton Woods*, iniciaram-se as negociações para a criação de uma Organização Internacional do Comércio (OIC), com a função de coordenar e supervisionar um novo regime para o comércio mundial, fundado nos princípios do multilateralismo e do liberalismo.⁴⁷⁹ Após a criação das Nações Unidas, em 1945, as negociações foram conduzidas dentro do marco do Conselho Econômico e Social (ECOSOC), seu órgão subordinado, que adotou uma resolução a favor da formação da OIC em fevereiro de 1946.⁴⁸⁰

⁴⁷⁶ Ver SOARES, 1998, pp. 668-671.

⁴⁷⁷ AMARAL JÚNIOR, 2008; THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2003, p. 29.

⁴⁷⁸ AMARAL JÚNIOR, 2008.

⁴⁷⁹ THORSTENSEN, 2003, p. 29.

⁴⁸⁰ Nessa época, os EUA publicaram um documento sugerindo o capítulo da OIC e um Comitê Preparatório foi formado, tendo se reunido em outubro de 1946, em Londres. Seguiram-se, então, as negociações sobre a OIC e o sistema internacional do comércio pós-guerra em diversos estágios: em Lake Success, New York em 1947; em Genebra em 1947; e em Havana em 1948, quando se alcançou a versão completa do esboço do capítulo da OIC, porém este nunca entrou em vigor. Em decorrência do crítico apoio dos Estados Unidos, outros países que estavam dispostos a adotar o capítulo da OIC esperaram pela adesão norte-americana. O Presidente Truman submeteu o Capítulo da OIC para o Congresso, mas os Republicanos ganharam o controle do Congresso nas eleições em 1948. Em 1950, a administração de Truman anunciou que não esperava mais pelo congresso apoiar a adesão à OIC (MATSUSHITA, SCHOENBAUM e MAVROIDIS, 2008, pp. 1-2). As negociações se dividiram em três grandes partes (“three-ring circus”): uma referente ao capítulo preparatório para a maior instituição internacional de comércio; a segunda focada na negociação de um acordo multilateral recíproco de redução tarifária; e a terceira concentrada no desenho das “cláusulas gerais” das obrigações relacionadas às obrigações tarifárias. A segunda e a terceira partes, juntas, constituíam o GATT, o qual previa disposições relacionadas às obrigações e reduções tarifárias, não

Contudo, a organização nunca chegou a ser instituída. Uma das principais razões consistiu na falta de adesão dos Estados Unidos, que representava o poder econômico mais proeminente no mundo pós-guerra, sem o qual nenhum país pretendia ingressar em uma organização multilateral de comércio.⁴⁸¹ Segundo Joseph STIGLITZ, os Estados Unidos “rejeitaram a proposta de uma OIC devido ao temor da parte de alguns conservadores e de algumas empresas de que ela levaria a uma violação da soberania nacional e a uma regulamentação excessiva”.⁴⁸²

A falha na adoção da OIC representou a ausência do terceiro pilar de sustentação da ordem econômica internacional, a qual foi preenchida gradualmente pelo Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT, sigla em inglês),⁴⁸³ firmado em 1947.⁴⁸⁴ Esse acordo converteu-se informalmente em um órgão internacional, com sede em Genebra, que serviu de base institucional para diversas rodadas de negociações sobre comércio e para coordenar e supervisionar as regras do comércio, até a criação da atual OMC.⁴⁸⁵ O GATT, que não perdeu sua vigência, encontra-se no presente incorporado ao Acordo Constitutivo da OMC.

Constante de regras que visam contribuir para a promoção de interesses comuns no plano mundial, o GATT insere-se na base da edificação de um direito internacional de cooperação, com a função de promover interesses comuns, cujo traço distintivo vai ser

pretendiam, por si, constituir uma organização (JACKSON, 1997, p. 37). Ver ainda SOARES, 1998, pp. 669-670.

⁴⁸¹ O Congresso dos EUA não chegou a aprovar o documento. Do ponto de vista dos congressistas norte-americanos, a autoridade conferida em 1945 ao Presidente Truman para negociar acordos de comércio não o autorizava a negociação de entrada em uma organização internacional, mas tão somente acordos de reduções tarifárias e restrições ao comércio. Por outro aspecto, muitos autores afirmam que, de fato, foi um temor de comprometer a soberania norte-americana em virtude da competência atribuída à nova organização motivou o Senado dos Estados Unidos a não apreciar o acordo constitutivo da OIC (Ver JACKSON, 1997, pp. 36-39; THORSTENSEN, 2003, pp. 29-30).

⁴⁸² STIGLITZ, Joseph E. *Globalização: como dar certo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 156. Ver ainda STIGLITZ, Joseph; CHARLTON, Andrew. *Pour un commerce mondial plus juste: comment le commerce peut promouvoir le développement*. Paris: Fayard, 2005.

⁴⁸³ *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT).

⁴⁸⁴ O GATT constituía o Capítulo IV da Carta de Havana, intitulado “Política Comercial”, o qual tratava das regras comerciais e práticas tarifárias (Ver JACKSON, 1997; AMARAL JÚNIOR, 2008).

⁴⁸⁵ THORSTENSEN, 2003, pp. 29-30. “As partes contratantes do GATT realizavam encontros todos os anos, e novas partes contratantes estavam gradualmente aderindo ao acordo. A Comissão Interina para a OIC se transformou no Secretariado do GATT, que na prática funcionou como uma organização internacional baseada em Genebra” (MATSUSHITA, SCHOENBAUM e MAVROIDIS, 2008, pp. 2-5).

encontrado nas normas de mútua cooperação.⁴⁸⁶ Composto de trinta e três artigos, o documento reuniu um conjunto de princípios e regras aplicáveis ao comércio de bens, dentre os quais se destaca, a cláusula da nação mais favorecida, o tratamento nacional, a eliminação geral das restrições quantitativas e o princípio da transparência.

Nesse momento, temas como normas e regulamentos técnicos, e direitos de propriedade intelectual não eram objeto de regulação, mas sim ressalvas no que se refere às barreiras ao comércio. Disposições gerais concernentes a normas e regulamentos técnicos são encontradas nos artigos III, X, XI e XX do GATT.⁴⁸⁷ Essas disposições serviam como mecanismos para, em certos casos, frustrar o uso de barreiras técnicas usadas com caráter protecionista.⁴⁸⁸

Com relação ao artigo XX, que estabelece as exceções gerais, fica expressamente admitida a adoção e aplicação de medidas necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais, uma vez que não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional.⁴⁸⁹ Desse modo, autoriza o uso de normas técnicas para tais fins, mas de forma excepcional.

Outra medida excepcionada nesse artigo corresponde àquelas necessárias a assegurar a aplicação das leis e regulamentos, dentre as quais as medidas de proteção das patentes, marcas de fábrica e direitos de autoria e de reprodução, e as medidas próprias a impedir práticas de natureza a induzir em erro, desde que não fossem usadas como barreiras ao comércio, contrárias às disposições do GATT.⁴⁹⁰ Outras regras relacionadas à propriedade intelectual podem ser encontradas nos artigos IX, XII.3(c)(ii) e XVIII.1, do GATT.⁴⁹¹

⁴⁸⁶ Sobre o direito internacional de cooperação, ver LAFER, 1998, pp. 19-22; FRIEDMANN, Wolfgang. *The Changing Structure of International Law*. New York: Columbia University Press, 1964.

⁴⁸⁷ PRAZERES, 2003, p. 87.

⁴⁸⁸ PRAZERES, 2003, p. 79; WOLFRUM, Rüdiger; STOLL, Peter-Tobias; SEIBERT-FOHR, Anja (Eds.). *WTO-Technical Barriers and SPS Measures*. Netherlands: Koninklijke Brill NV, 2007, pp. 1-165.

⁴⁸⁹ Artigo XX.I(b), GATT.

⁴⁹⁰ Artigo XX.I(d), GATT.

⁴⁹¹ Uma análise desses artigos pode ser consultada em GERVAIS, Daniel. *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*. London: Sweet & Maxwell, 1998, pp. 5-9.

Com especial atenção ao artigo XX, do GATT, no qual se faz referência às exceções à livre circulação de mercadorias, fica evidente a preocupação à época quanto ao uso de medidas concernentes à propriedade intelectual como uma barreira ao comércio.⁴⁹² De fato, não apenas a proteção da propriedade intelectual que pode influir no comércio internacional, constituindo-se em uma barreira ao comércio, mas também a falta ou deficiência de sua tutela no plano nacional pode prejudicar o comércio internacional. No entanto, somente a primeira concepção é propugnada pelo GATT.⁴⁹³

Assim, embora a regulação das questões referentes à normalização técnica e à propriedade intelectual não se encontrassem explícitas no texto do GATT, elas não estavam completamente desconsideradas, uma vez que o acordo fazia referência a elas. Deve ser ressaltado que, essas menções chamavam a atenção para os limites de seu uso, visto que podiam assumir os contornos de barreiras ao comércio. Essas disposições inclusive foram objeto de controvérsias no seio do GATT/OMC.⁴⁹⁴

Particularmente no que tange à normalização técnica, as preocupações a respeito do tema ganharam destaque no final dos anos 1960. Nesse período, a liberalização do comércio e do fluxo de capitais promovidos pelo sistema de Bretton Woods apontava para um aumento sem precedentes do comércio, superando a produção mundial por uma margem significativa – o que elevou o grau de dependência das economias nacionais para

⁴⁹² Nuno Carvalho critica o teor do Artigo XX(d) do GATT que trata da propriedade intelectual como uma exceção ao livre comércio. Segundo ele o dispositivo está equivocado. Complementa, ainda, que “a propriedade intelectual estabelece restrições ao comércio, sim, mas de bens ilegítimos ou ilegais”. Acrescenta que o “preâmbulo do TRIPS corrigiu este erro conceitual ao incluir, em seu primeiro parágrafo, uma referência ao comércio legítimo” (CARVALHO, 2009, p. 405).

⁴⁹³ Cabe observar que no âmbito da União Europeia, a propriedade intelectual muitas vezes é considerada um obstáculo à liberdade de circulação de mercadorias. O artigo 36.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) enumera as justificativas que podem ser utilizadas pelos Estados-Membros em defesa da aplicação de medidas nacionais que restringem o comércio transfronteiriço: “As disposições dos artigos 34.º e 35.º são aplicáveis sem prejuízo das proibições ou restrições à importação, exportação ou trânsito justificadas por razões de moralidade pública, ordem pública e segurança pública, de proteção da saúde e da vida das pessoas e animais ou de preservação das plantas, de proteção do património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico, ou de proteção da propriedade industrial e comercial” (UNIÃO EUROPEIA. Versão Consolidada do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia. União Europeia: Jornal Oficial da União Europeia, 30.3.2010. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/>). Ver comentários a respeito em ALMEIDA, Aberto Ribeiro de. *A autonomia jurídica da denominação de origem: uma perspectiva transnacional. Uma garantia de qualidade*. Coimbra: Wolters Kluwer, 2010, pp. 544-545.

⁴⁹⁴ Ver comentários a respeito dos casos que envolveram o artigo 20 do GATT/OMC em AMARAL JÚNIOR, Alberto do (org.). *O artigo XX do GATT, meio ambiente e direitos humanos*. São Paulo: Aduaneiras, 2009, pp. 127-208.

a atividade econômica em geral.⁴⁹⁵ Contudo, apesar do êxito obtido até então, traduzido no considerável corte de tarifas, o GATT confrontou-se com o incremento do protecionismo não tarifário, que sucedeu as crises do petróleo de 1973 e 1979. A desproteção ocasionada pela redução tarifária parecia estar sendo substituída por outras barreiras, dentre elas as de cunho técnico.⁴⁹⁶

Portanto, investir na redução das barreiras tarifárias não era suficiente para avançar no processo de liberalização do comércio. O incremento das barreiras não tarifárias exigiu que o tema fosse tratado com mais atenção e regulado no seio do GATT. Nesse sentido, dentre os novos temas que foram incluídos no mandato negociador da Rodada Tóquio, encontravam-se as medidas não tarifárias.⁴⁹⁷ Com início em 1973, a Rodada concluiu-se em 1979.

Como um dos resultados dessa negociação foi criado o *Standards Code*. Este acordo que versava sobre a preparação, adoção e aplicação de normas, regulamentos técnicos e procedimentos de avaliação de conformidade.⁴⁹⁸ Reconhecendo a relevante contribuição que as normas técnicas internacionais poderiam proporcionar para o incremento da eficiência da produção e facilitação do comércio internacional, dentre outros aspectos, o Código estipulou que os países utilizassem tais normas como base para a elaboração de suas normas e regulamentos técnicos.⁴⁹⁹ Desse modo, as normas técnicas internacionais assumiram um papel fundamental como referência de base para todos os países que aderissem ao Código.

Nesse período, contudo, preocupações significativas associadas às normas técnicas permeavam os foros internacionais de normalização. Uma delas consistia no gradativo aumento do número de patentes a elas incorporado. Outra questão que não

⁴⁹⁵ “Um fato marcante das últimas décadas tem sido a interdependência econômica e a globalização das economias, abrangendo os mercados de bens e serviços, principalmente o financeiro, a produção, a difusão e a criação de novas tecnologias, o que trouxe como consequência a rápida aceleração dos fluxos de comércio e de investimento. O aumento dos fluxos de investimento e a melhoria das infraestruturas e das comunicações tiveram como efeito uma redução drástica das distâncias geográficas. Tais fatores aliados a uma política de apoio à formação de acordos preferenciais de comércio acabaram afetando de forma marcante o desenvolvimento do comércio internacional nos últimos anos” (THORSTENSEN, 2003, p. 25).

⁴⁹⁶ JACKSON, 1997, p. 7.

⁴⁹⁷ JACKSON, 1997, p. 154.

⁴⁹⁸ Ver PRAZERES, 2003, p. 84-86. JACKSON, 1997, p. 223; AMARAL, 2008; BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. *Global Business Regulation*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2000. p. 178

⁴⁹⁹ Ver artigos 2.2, Standard Code. Ver ainda AMARAL, 2011.

escapou das preocupações do Diretor do Comitê Consultivo Internacional Telefônico e Telegráfico (CCITT), da ITU, foi a eventual proteção dos resultados alcançados nos grupos e comitês técnicos, e incluídos no escopo das normas técnicas internacionais, pelos especialistas – em grande parte, representantes de empresas privadas – que participavam do processo de normalização no âmbito do CCITT.⁵⁰⁰

Esse cenário levou a ITU a estabelecer diretrizes informais em matéria de patentes em 1976, nos moldes das regras de procedimentos já aplicadas pela ISO, e também adotadas pelo Conselho da IEC em 1970. Somente em 1999 foi formalmente aprovado o primeiro código de práticas sobre patentes relacionadas às normas técnicas na ITU.⁵⁰¹

Na época – e ainda hoje, na maioria dos casos – os grupos e comitês técnicos eram essencialmente compostos por especialistas representantes de empresas e organismos de normalização de países desenvolvidos. Esta situação deixa evidente a posição competitiva muito vantajosa no comércio assumida por esses países e, em especial, pelas empresas envolvidas nos processos de normalização técnica internacional, detentoras dos direitos sobre as tecnologias incorporadas nas normas técnicas.

Para essa posição se consolidar no cenário global, faltava, naquele momento, o incremento da proteção em escala mundial dos direitos de propriedade intelectual, uma vez que já vigorava nesse período o Tratado sobre Cooperação em Matéria de Patentes (PCT), concluído em 1970. Esse tratado criou um sistema mais econômico e vantajoso para a proteção de patentes em diversos países simultaneamente.⁵⁰²

Por iniciativa dos países desenvolvidos, em especial dos Estados Unidos, a

⁵⁰⁰ Ver Comunicação de maio de 1976 do Diretor do CCITT: COMITÉ CONSULTATIF INTERNATIONAL TÉLÉGRAPHIQUE ET TÉLÉPHONIQUE. VI Plenary Assembly – Document n° 60. Patent Policy. Genebra: CCITT, 1976. O CCITT foi criado em 1956 e se converteu no Setor de Normalização da ITU (ITU-T) em 1993.

⁵⁰¹ Ver COMITÉ CONSULTATIF INTERNATIONAL TÉLÉGRAPHIQUE ET TÉLÉPHONIQUE. CCITT Circular n. 183, A. 29/11, 3 December 1975. Uniformization of Patent Policy within the various CCITT Study Groups. Genève: ITU-T – CCITT, 1975; COMITÉ CONSULTATIF INTERNATIONAL TÉLÉGRAPHIQUE ET TÉLÉPHONIQUE. Special Study Group S. Temporary Document n. 5-E. Extract of the Report of the meeting of CCITT Study Group. Annex 4 – Statement on CCITT Patent Policy. Geneva, 1-3 September 1987. Geneva, 7-16 December 1987; INTERNATIONAL TELECOMMUNICATIONS UNION. ITU IPR. Disponível em: <<http://www.itu.int/en/ITU-T/ipr/Pages/default.aspx>>. Acesso em: 22 jul. 2011.

⁵⁰² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT)*, elaborado en Wáshington el 19 de junio de 1970, enmendado el 28 de septiembre de 1979, modificado el 3 de febrero de <1984 y el 3 de octubre de 2001. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/pct/es/texts/pdf/pct.pdf>> Acesso em 10 out. 2010

propriedade intelectual entrou na pauta do mandato negociador da Rodada do Uruguai.⁵⁰³ Os países em desenvolvimento, no entanto, mantiveram uma posição contrária ao avanço dessas negociações.

A Declaração Ministerial de 1986 materializou as aspirações desses países de iniciar as negociações sobre o assunto no GATT, com o objetivo de alcançar não apenas o reconhecimento formal dos direitos de propriedade intelectual em escala universal, como também a possibilidade de torná-los efetivos mediante medidas preventivas e sancionatórias.⁵⁰⁴ O marco negociador incluiu, assim, o desenvolvimento tanto de normas substantivas concernentes à proteção dos direitos como sobre procedimentos de aplicação e solução de controvérsias.⁵⁰⁵

Em dezembro de 1991, um texto de compromisso do projeto do “Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio” (Acordo TRIPS, na sigla em inglês) foi apresentado. O documento foi adotado com mínimas alterações em 1994, em Marraqueche, compondo um dos anexos ao Acordo Constitutivo da OMC.⁵⁰⁶ Conforme observa Carlos CORREA, esse texto refletiu, em grande medida, os pontos de consenso existentes entre os países industrializados, pautados em um crescente “protecionismo tecnológico”.⁵⁰⁷

⁵⁰³ CORREA, 1998, pp. 13-15. Durante o curso da Rodada, os Estados Unidos deram outros passos no sentido de incrementar a proteção da propriedade intelectual, por meio da publicação *do Omnibus Foreign Trade and Competitiveness Act of 1988*, também chamada *Special 301*. O país havia alterado sua lei de comércio exterior em 1988 para nela introduzir um dispositivo condicionando as relações do país à proteção e observância dos direitos de propriedade intelectual de seus cidadãos e empresas em outros países. Com base nas provisões do *Special 301*, o USTR recebeu o poder de investigar os países cuja conduta fere os interesses econômicos dos Estados Unidos. Essa medida ainda serve de instrumento para os Estados Unidos investigarem países cujas práticas não estão de acordo com os padrões mínimos de proteção propostos pelo Acordo TRIPS e autoriza a adoção de ações, tais como retaliação, para obter a remoção de qualquer ato, política ou prática de um governo que viole um acordo internacional de comércio ou que seja injustificada, não razoável ou discriminatória, de modo a restringir o comércio norte-americano (BASSO, 2000, p. 152; CARVALHO, 2009, pp. 405-406; TACHINARDI, Maria Helena. *A Guerra das Patentes: o conflito Brasil x EUA sobre propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, pp. 95-96).

⁵⁰⁴ CORREA, 1998, p. 15; JACKSON, 1997 p. 44

⁵⁰⁵ CORREA, 1998, p. 16. TACHINARDI, 1993, p. 70.

⁵⁰⁶ CORREA, 1998, pp. 19-20

⁵⁰⁷ El [...] “aumentos en los costos de investigación y desarrollo y participación creciente del sector privado en su financiación; problemas para la apropiación de los resultados de la innovación, debido a externalidades e inadecuación de los títulos de la propiedad intelectual en relación con las nuevas tecnologías; percepción (particularmente en los Estados Unidos) de una pérdida de liderazgo tecnológico debido al “cat-ching up” de otros países basado en la imitación; globalización de la economía e importancia

Cumprir observar que, no decorrer das negociações, eram basicamente três as principais vertentes que se expressavam nos debates.

Representada pela postura norte-americana, a primeira defendia a proteção dos direitos em escala mundial, como um instrumento em prol da inovação, dos investimentos e da transferência de tecnologia, com independência dos níveis de desenvolvimento dos países. Esta vertente salientou a relação entre a propriedade intelectual e o comércio internacional, indicando que a falta de proteção representava uma significativa e crescente barreira não tarifária ao comércio de bens e serviços. Segundo os Estados Unidos, quanto mais e melhor os direitos de propriedade intelectual fossem protegidos, maiores seriam os benefícios globais.⁵⁰⁸

Outra posição, adotada pelos países em desenvolvimento, ressaltava a grande assimetria Norte-Sul em termos de capacidade de geração de tecnologias. Sem desconhecer a proteção da propriedade intelectual, o objetivo principal desses países consistia em assegurar a transferência e difusão de tecnologias, por meio de mecanismos formais e informais. Temas como exceções a patentabilidade, licenças compulsórias, exploração de patentes, informações confidenciais e prazos de transição ganharam destaque nessa posição.⁵⁰⁹

A terceira posição, na qual figuravam os países desenvolvidos que compunham as Comunidades Europeias e Japão, revelava-se intermediária frente às demais. Ela destacava a necessidade de se assegurar a proteção dos direitos, evitando, porém, que se cometessem abusos em seu exercício ou outras práticas que constituíssem um impedimento ao comércio legítimo. Ao reconhecer que a concessão de direitos exclusivos constituía um afastamento do regime da livre concorrência, assinalava para o fato de que estes direitos poderiam ter efeitos adversos sobre o acesso à tecnologia, os níveis de preços dos produtos protegidos e o avanço tecnológico, revelando-se, assim, uma barreira ao comércio. Os países que defendiam essa posição justificavam seus argumentos com base na vasta jurisprudência e legislação dos diversos países industrializados dispo-

creciente del comercio como medio de difusión de las innovaciones (incorporadas en productos y servicios)” (CORREA, 1998, pp. 19-20). Ver ainda SOARES, 1998, pp. 661-662.

⁵⁰⁸ CORREA, 1998, p. 22.

⁵⁰⁹ De fato, dados indicavam que 94% das despesas mundiais em pesquisa e desenvolvimento eram realizadas em países desenvolvidos do Norte. CORREA, 1998, p. 23.

sobre os abusos de direitos de propriedade intelectual frente à concorrência.⁵¹⁰

Observa-se que, até o início dos anos 1980, a Justiça norte-americana atuava com certa rigidez em relação à utilização da legislação antitruste contra as empresas que abusavam de seus direitos e se recusam a licenciar suas tecnologias protegidas por direitos de propriedade intelectual. O Departamento de Justiça dos Estados Unidos, órgão máximo no que se refere às questões legais do Executivo norte-americano, não permitia o exercício absoluto e discricionário do direito de excluir terceiros. O licenciamento compulsório era uma prática bastante comum e aceitável naquele país.⁵¹¹

Contudo, a partir da década de 1980, essa intervenção da legislação antitruste na propriedade intelectual, que era considerada positiva e normal, sofreu reveses e, em parte, provocou mudanças na postura do Departamento de Justiça em relação ao tema. Essas transformações foram motivadas principalmente pelo crescimento significativo da participação das indústrias no produto interno bruto do país e pelo aumento de empregos diretamente relacionados à propriedade intelectual, além do incremento das receitas geradas no exterior pelo pagamento de *royalties* e a venda de produtos com alto valor agregado. Diante disso, a visão de que a repressão excessiva à concentração e aos eventuais abusos, no exercício dos direitos de propriedade intelectual por meio da legislação de defesa da concorrência, foi flexibilizada.⁵¹²

Nesse cenário, com base na liberdade de comércio, as preocupações, por um lado, com as distorções ao comércio criadas por insuficiente ou infetiva proteção (posição dos Estados Unidos) e, por outro, com o uso da propriedade intelectual como barreira ao comércio legítimo (posição das Comunidades Europeias), encontravam-se explicitamente

⁵¹⁰ CORREA, 1998, pp. 24-25.

⁵¹¹ BASSO, 2000, pp. 150-151.

⁵¹² BASSO, 2000, p. 151. A ideia de que o poder de mercado tende a levar ao incremento dos investimentos em pesquisa, desenvolvimento e inovação está associada à Schumpeter, que observou em sua obra que as empresas em mercados mais concentrados, de estrutura monopolística, têm lucros mais elevados do que aquelas que operam em concorrência perfeita. Dessa forma, tais empresas dispõem de mais recursos financeiros para apoiar as atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação. Nesse sentido, o oligopólio, que combina características do monopólio e da concorrência, revela-se como a estrutura de mercado que mais incentiva a inovação e o progresso tecnológico. Desse modo, o fortalecimento das chamadas economias de escalas incentivadas principalmente pela normalização técnica passaram a ser menos reprimidas pela legislação antitruste. Este é um dos motivos pelo qual regular as questões atinentes à concorrência em nível internacional não se revelava como um interesse defendido pelos Estados Unidos. Ver SCHUMPETER, Joseph A. *Teoria do Desenvolvimento Econômico*. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985. SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961. Ver ainda TACHINARDI, 1993, pp. 46-61.

dispostas na Declaração Ministerial de 20 de setembro de 1986, a partir da qual foram lançadas as negociações da Rodada Uruguai.⁵¹³

Além de outros temas, também foram incluídas nas negociações da Rodada do Uruguai as propostas de revisão do *Standards Code*, tendo em conta suas deficiências⁵¹⁴ e a crescente preocupação com a possibilidade de barreiras técnicas constituírem-se em uma forma disfarçada de restrição ao comércio internacional.⁵¹⁵

Desse modo, a confluência da regulação internacional da normalização técnica e da propriedade intelectual para o fluxo do Sistema Multilateral do Comércio culminou com o cerce das negociações em 1994, cujo principal resultado consistiu na criação da OMC e seu arcabouço normativo.⁵¹⁶ Segundo Joseph STIGLITZ, a grande realização da Rodada Uruguai foi “o primeiro passo na direção de um império da lei no comércio internacional”.⁵¹⁷ A análise do tratamento conferido pelo ordenamento jurídico da OMC a esses regimes e de sua relação é desenvolvida no próximo capítulo.

⁵¹³ CORREA, 1998, p. 25.

⁵¹⁴ As deficiências desse Código foram identificadas pelo Comitê sobre Barreiras Técnicas, criado sob a égide do *Standards Code*. Esse Comitê assumiu a função de identificar as áreas nas quais o mesmo poderia ser aperfeiçoado. Para isso, “elaborou uma lista não-exaustiva de itens que deveriam ser discutidos para a reforma do texto legal. Tais pontos foram então classificados em três categorias: melhorias que deveriam ser feitas em regras existentes mas inadequadas; esclarecimentos de disposições; e inclusão de regras novas não cobertas pelo *Standards Code*” (PRAZERES, 2003, pp. 80-81).

⁵¹⁵ Ver comentários a esse respeito em PRAZERES, 2003, pp. 80 e seguintes.

⁵¹⁶ Com o lançamento em 1986, em Punta del Este, no Uruguai e sua finalização em abril de 1994, em Marraqueche, a Rodada Uruguai foi a mais longa das rodadas da história do GATT. Por sua ambição, foi também a mais ampla e complexa das negociações sobre o comércio internacional (THORSTENSEN, 2003, pp. 27-40). No âmbito da OMC, as novas regras sobre proteção da propriedade intelectual ganharam uma valoração renovada, uma vez que passaram a contar com um poderoso instrumento de sanções internacionais, no nível das relações entre os Estados (SOARES, 1998, p. 660).

⁵¹⁷ STIGLITZ, Joseph E. *Globalização: como dar certo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 157,

Capítulo 5

FUNDAMENTOS DO SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO: O ORDENAMENTO JURÍDICO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

Com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), consolidou-se no plano internacional um Sistema Multilateral de Comércio regido por normas “que conduzem juridicamente à convergência dos Estados para a promoção de propósitos comuns”,⁵¹⁸ dentre os quais a elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e um volume considerável e em constante elevação de receitas reais e demanda efetiva, o aumento da produção e do comércio de bens e de serviços e o desenvolvimento sustentável.⁵¹⁹

Com o objetivo de alcançar esses propósitos, a Organização incorporou um conjunto de normas jurídicas que contribui para reduzir a incerteza, ampliar “o grau de previsibilidade, estimular a comunicação, além de difundir conhecimento e informação sobre o que é aceitável no relacionamento entre os Estados”.⁵²⁰

Esse arcabouço jurídico contempla uma diversidade de assuntos relacionados ao

⁵¹⁸ LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 23. A personalidade jurídica internacional da OMC foi determinada por meio de seu Acordo Constitutivo, no qual esta organização recebeu de cada um de seus Membros a capacidade necessária para o exercício de suas funções (Artigo 5.3, Acordo OMC).

⁵¹⁹ Preâmbulo Acordo OMC. No preâmbulo do Acordo de Marraqueche pelo qual se estabelece a OMC assim como no preâmbulo do GATT 1947, antecedente do GATT 1994, estão definidos os objetivos do Sistema Multilateral do Comércio. O texto de Marraqueche – cidade onde foi firmado o Acordo em 1994 - apresenta a expressão atualizada do conjunto de objetivos que seus Membros esperam alcançar por meio do sistema. O conteúdo do preâmbulo do GATT foi ampliado no preâmbulo do Acordo da OMC, o qual acolheu valores que foram se consolidando como relevantes para a comunidade internacional, sob a perspectiva do direito internacional, de 1947 até 1994. PÉREZ GABILONDO, José Luis, *Manual sobre Solución de Diferencias en la Organización Mundial de Comercio (OMC)*, Universidad Nacional de Tres de Febrero, Buenos Aires, 2004, p. 23. Conforme relatório do Grupo Especial no caso dos Estados Unidos sobre gasolina reformulada – DS2 “Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional” – ficou estabelecido que o texto do preâmbulo serve à interpretação do conteúdos das obrigações expressas no texto, conforme a regra geral de interpretação contida no artigo 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. WT/DS2/R. Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional: Informe del Grupo. 29 de enero de 1996).

⁵²⁰ AMARAL JÚNIOR, 2008.

comércio, dentre os quais a normalização técnica e a propriedade intelectual. A variedade de temas faz dele um sistema plural e complexo, cuja coerência revela-se necessária para torná-lo um sistema integrado, eficiente, viável e duradouro, conforme almejam os Membros da OMC.⁵²¹

Particularmente no que se refere à normalização técnica e à propriedade intelectual, a convergência desses temas para o seio do Sistema Multilateral de forma dissociada, resultou em um conjunto de regras independentes, cuja relação não se demonstra explícita. Nesse sentido, com o objetivo de avaliar como a relação entre ambos os regimes vem sendo tratada nesse âmbito, o presente capítulo dedica-se ao exame do ordenamento jurídico e institucional da OMC, em especial da atuação dos órgãos em questões envolvendo a normalização técnica e a propriedade intelectual. Por fim, abordam-se as iniciativas de cooperação da OMC com outras organizações internacionais nesses assuntos.

5.1 NORMALIZAÇÃO TÉCNICA E PROPRIEDADE INTELECTUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

A OMC forma um ordenamento jurídico assinalado por uma “lógica própria e princípios específicos, que regula a interdependência e permite as operações econômicas no mundo globalizado”.⁵²² Esse ordenamento compreende as regras e princípios do GATT e dos compromissos firmados nas sucessivas rodadas de liberalização comercial, dentre os quais todos os resultados da Rodada Uruguai, que contemplam a Ata Final da

⁵²¹ Preâmbulo, Acordo Constitutivo da OMC. Ver PORTER, Roger B.; SAUVÉ, Pierre; SUBRAMANIAN, Arvind ZAMPETTI, Americo Beviglia (Eds.). *Efficiency, Equity and Legitimacy: The Multilateral Trading System and the Millennium*. Washington, DC: Brookings Institution Press, 2001.

⁵²² AMARAL JÚNIO, 2008, p. 51. Ver ainda BARRAL, Welber. Organização Mundial do Comércio (OMC). BARRAL, Welber (org.). *Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, pp. 31-56.

Rodada Uruguai e o Acordo Constitutivo da Organização.⁵²³

5.1.1 Acordo constitutivo da Organização Mundial do Comércio

O Acordo Constitutivo da OMC consubstancia-se em um documento composto de quatro anexos, dentre os quais se inclui o GATT 1947, que foi substituído pelo GATT 1994 e passou a compor o Acordo da Organização, ao ser incorporado em seu Anexo 1A.⁵²⁴ O Anexo 1 reúne os acordos sobre o comércio de bens, comércio de serviços e propriedade intelectual. O Anexo 2 compõe-se do Entendimento sobre Regras e Procedimentos de Solução de Controvérsias. O Anexo 3 estabelece o Mecanismo de Revisão de Política Comercial. O Anexo 4 abarca os Acordos Plurilaterais sobre Aeronaves Civis, Compras Governamentais, Produtos Lácteos e Carne Bovina.

Abaixo segue a lista detalhada dos acordos que acompanham sob a forma de anexo, o Acordo Constitutivo da OMC:

Anexo 1A: Acordos Multilaterais de Comércio de Bens:

- Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994 (GATT 1994)⁵²⁵

⁵²³ THORSTENSEN, 2003, p. 43.

⁵²⁴ O GATT 1994 é juridicamente distinto do GATT 1947 (cf. Artigo 2.4, Acordo OMC). O GATT 1994 inclui os dispositivos do GATT 1947, com exceção do Protocolo de Aplicação Provisória, e todas as modificações introduzidas pelos termos dos instrumentos legais que entraram em vigor até a data do início das funções da OMC em janeiro de 1995. Sobre o Protocolo de Aplicação Provisória, ver em JACKSON, p. 48-49. Uma cláusula importante na história do GATT era a chamada "cláusula do avô" (grandfather 's clause), que só foi eliminada com a Rodada Uruguai e a criação da OMC. Tratava-se de um dispositivo do Protocolo de Aplicação Provisória adotado pelas partes contratantes originais do GATT, que determinava que a Parte 2, relativa a regras sobre comércio, seria aplicada com a maior abrangência possível, mas de forma a não ser incompatível com as legislações existentes. A razão dessa cláusula foi de ordem prática, para permitir a imediata entrada em vigor do GATT, e não se esperar pela alteração das leis existentes. Por essa razão, vários países continuaram aplicando regras especiais em determinados setores, sem respeitar as regras multilaterais negociadas (THORSTENSEN, 2003, p. 36).

⁵²⁵ Compõem o GATT 1994: (a) as disposições do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio datado de 30 de outubro de 1947, anexado à Ata Final Adotada na Conclusão da Segunda Sessão do Comitê Preparatório da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Emprego (excluído o Protocolo de Aplicação Provisória), conforme retificado, emendado ou modificado pelos termos dos instrumentos legais que tenham entrado de vigor antes da data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC; (b) Disposições dos instrumentos legais listados abaixo que tenham entrado em vigor sob o GATT 1947 antes da data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC: (i) protocolos e certificados relativos a concessões tarifárias; (2) protocolos de acesso (exclusive as disposições: (a) relativas à aplicação provisória e retirada de aplicação provisória; e (b) que estabelecem que a Parte 2 do GATT 1947 será aplicada provisoriamente da forma mais completa desde que não incompatível com legislação existente na data do Protocolo); (3) decisões sobre derrogações concedidas sob o Artigo 20V3 do GATT 1947 e ainda em vigor na data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC 1; (iv) outras decisões das Partes Contratantes do GATT 1947; (c) os entendimentos listados abaixo: (i) Entendimento sobre a interpretação

- Acordo sobre Agricultura;
- Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS);
- Acordo sobre Têxteis e Vestuário;
- Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT);
- Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas com o Comércio;
- Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do GATT 1994;
- Acordo sobre a Implementação do Artigo VII do GATT 1994;
- Acordo sobre Inspeção Pré-Embarque;
- Acordo sobre Regras de Origem;
- Acordo sobre Procedimentos para o Licenciamento de Importações;
- Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias;
- Acordo sobre Salvaguardas.

Anexo 1B: Acordo Geral sobre Comércio de Serviços e Anexos (GATS)⁵²⁶

Anexo 1C: Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS)

Anexo 2: Entendimento relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC).

Anexo 3: Mecanismo de Exame de Políticas Comerciais.

Anexo 4: Acordos de Comércio Plurilaterais:

- Acordo sobre Comércio de Aeronaves Civis;
- Acordo sobre Compras Governamentais;
- Acordo Internacional sobre produtos Lácteos;
- Acordo Internacional sobre Carne Bovina.

Além desses Acordos, os textos da Rodada Uruguai e do período subsequente incluem uma série de entendimentos, decisões e declarações ministeriais, e outros documentos que incidem sobre as obrigações assumidas pelos Membros da OMC.⁵²⁷

Com relação aos três primeiros anexos (1, 2 e 3) que compõe o Acordo Constitutivo, eles correspondem aos acordos e instrumentos legais, que formam parte

do Artigo 2 1(b) do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994; (2) Entendimento sobre a interpretação do Artigo 152 do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994; (3) Entendimento sobre as disposições sobre Balanço de Pagamentos do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio; (iv) Entendimento sobre a interpretação do Artigo 20IV do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994; (v) Entendimento a Respeito de Derrogações de Obrigações sob o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994; (vi) Entendimento sobre a interpretação do Artigo 20V3 do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994; e (d) O Protocolo de Marraqueche ao GATT 1994.

⁵²⁶ Anexos do GATS: Anexo sobre Isenções das Obrigações do Artigo 2; Anexo sobre a Movimentação de Pessoas Físicas Prestadoras de Serviços sob o Acordo; Anexo sobre os Serviços de Transportes Aéreos; Anexo sobre Serviços Financeiros; Segundo Anexo sobre Serviços Financeiros; Anexo relativo às Negociações sobre Serviços de Transportes Marítimos; Anexo sobre Telecomunicações; Anexo relativo às Negociações sobre Telecomunicações Básicas.

⁵²⁷ Ver JACKSON, John H. *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*. 2. ed. Cambridge: MIT Press, 1997, p. 53.

integrante do Acordo e obrigam a todos os Membros. Eles fazem parte do “pacote-único” (*single-package*), que corresponde ao conjunto de acordos que os Membros da OMC comprometeram-se a aderir como um todo indissociável. Daí o conceito de “empreendimento único” (*single undertaking*) que outorgou “a natureza de um ordenamento jurídico unificado”.⁵²⁸ No caso dos acordos e os instrumentos legais que compõem o anexo 4, eles não fazem parte do pacote único. Como sua adesão é voluntária, estes apenas são obrigatórios para os Membros que os tenham aceitado.⁵²⁹

Dentro desse arcabouço jurídico, a normalização técnica e a propriedade intelectual são reguladas por distintas regras.

Particularmente no que diz respeito à normalização técnica, as principais regras são estabelecidas pelo Acordo TBT e pelo Acordo SPS. Além dele, o GATT, o Acordo SPS, o GATS, o Acordo de Compras Governamentais e o Acordo sobre Inspeção Pré-Embarque também regulam questões atinentes a essa matéria. O Acordo TBT aborda questões relativas à normalização técnica de produtos e processos a eles relacionados. Esse Acordo não alcança os serviços, que são objeto do GATS e seus Anexos.⁵³⁰ O Acordo SPS aplica-se especificamente às normas técnicas que correspondem a medidas sanitárias e ou fitossanitárias.⁵³¹ No GATT são encontradas disposições associadas aos regulamentos técnicos. Já no Acordo sobre Compras Governamentais são abordadas questões concernentes à normalização técnica sobre produtos, processos e serviços relacionados às compras do setor público.

A propriedade intelectual é objeto do Acordo TRIPS. Porém, também encontra respaldo em outros acordos, especialmente em questões relacionadas à proteção de informações confidenciais, dentre os quais o Acordo sobre Inspeção Pré-Embarque, o Acordo sobre a Implementação do Artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994 (Valoração Aduaneira), o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, o GATS e o Acordo sobre Compras Governamentais, por exemplo. No que concerne ao Acordo TRIPS, este foi estruturado com base no GATT e em algumas das convenções

⁵²⁸ Artigo 2.2, Acordo OMC; LAFER, 1998, pp. 22-23; THORSTENSEN, 2003, p. 43.

⁵²⁹ Os Acordos Comerciais Plurilaterais não criam obrigação nem direitos para os Membros que não os tenham aceitado (Artigo 2.3, Acordo OMC).

⁵³⁰ Principalmente em seu Anexo sobre Telecomunicações.

⁵³¹ A adoção de normas técnicas pode ser considerada um tipo de medida sanitária e ou fitossanitária.

internacionais sobre os direitos da propriedade intelectual administradas pela OMPI, das quais incorporou vários dispositivos.⁵³²

Há, portanto, um conjunto de normas jurídicas que regulam tanto aspectos da normalização técnica como da propriedade intelectual relacionados ao comércio. Contudo, faltam regras específicas que regulem a relação entre normalização técnica e propriedade intelectual, em especial que mitiguem as tensões inerentes a ela e que afetem o comércio internacional.

5.1.2 Princípios do Sistema Multilateral do Comércio

As regras previstas nos acordos da OMC têm como guia os princípios balizadores do Sistema Multilateral do Comércio. Originalmente previstos no GATT 1947, estes princípios gerais estendem-se aos demais acordos concernentes ao comércio de bens, serviços e propriedade intelectual, observando as ressalvas e limites que derivam de suas particularidades.

O princípio que constitui o pilar do Sistema Multilateral do Comércio é o da não discriminação. A partir dele derivam (a) a cláusula da nação mais favorecida e (b) o tratamento nacional. Além deles, há os princípios (c) da liberalização gradual do comércio, (d) da previsibilidade, (e) da promoção à concorrência leal e (f) do incentivo ao desenvolvimento e à reforma econômica.⁵³³

a) Cláusula da nação mais favorecida

Conhecida também como a regra de “não discriminação entre as nações,” a cláusula da nação mais favorecida é considerada a mais importante das regras que norteiam o comércio multilateral, em detrimento do regional ou bilateral. Em termos

⁵³² Ver THORSTENSEN, 2003, pp. 220-222.

⁵³³ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Principles of the trading system*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm>. Acesso em: 10 ago. 2011. Ver PÉREZ GABILONDO, 2004, p. 21. Como exceções destacam-se as seguintes: acordos regionais (Art. 24 GATT), Sistema Generalizado de Preferências (SGP), Sistema Generalizado de Preferências Comerciais (SGPC), waivers, e outras exceções previstas nos artigos 20 e 21 do GATT.

gerais, a regra impede o tratamento discriminatório entre os Membros da OMC, ressalvadas exceções. Portanto, este princípio obriga os Membros a estender, de forma incondicional, toda concessão que se outorgue a um país a todos os demais Membros da Organização.⁵³⁴

Com os resultados da Rodada Uruguai, contudo, emergiram desafios quanto à aplicação da cláusula da nação mais favorecida, especialmente no que afeta aos novos temas, como serviços e propriedade intelectual. Essa situação revela-se na construção da linguagem expressa no texto dos acordos sobre serviços e propriedade intelectual, cujo conteúdo diverge daquela encontrada no artigo I do GATT, que trata do comércio de bens.⁵³⁵

No âmbito do GATT, conforme seu artigo I, a cláusula da nação mais favorecida é interpretada no sentido de que toda vantagem, favor, privilégio, imunidade e concessão que digam respeito a direitos aduaneiros ou outras taxas que são concedidos a um Membro, devam ser estendidos imediata e incondicionalmente a produtos similares comercializados com qualquer outro Membro.⁵³⁶ São diversas as exceções contidas nesse acordo no que se refere à cláusula, como é o caso daquelas contidas no artigo XX do GATT.

A cláusula da nação mais favorecida estabelecida no artigo I do GATT é reiterada, com adaptações nos artigos 2.1 e 5.1.1 do Acordo TBT,⁵³⁷ para sua aplicação em matéria normalização técnica de produtos e processos relacionados a produtos, e no artigo 2.3 do Acordo SPS, em relação às normas sanitárias e fitossanitárias.

No que se refere aos serviços (GATS) e a propriedade intelectual (TRIPS) esta lógica é diferente. No GATS este princípio se reflete na obrigação de conceder imediata e incondicionalmente um tratamento não menos favorável que o concedido em serviços e para prestadores de serviços similares de qualquer outro país. Conforme o artigo 1.2 do GATS, essa obrigação é aplicável aos quatro modos de prestação de serviços: movimento transfronteiriço de serviços; movimento de consumidores; presença comercial e

⁵³⁴ THORSTENSEN, 2003, p. 33; AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 54. JACKSON, 1997, pp. 157-158.

⁵³⁵ JACKSON, 1997, p. 157. Ver ainda JACKSON, 1997, p. 163.

⁵³⁶ Ver THORSTENSEN, 2003, p. 33; AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 54. JACKSON, 1997, pp. 157-158.

⁵³⁷ PRAZERES, 2003, p. 87.

movimento temporário de pessoas. Contudo, há exceções às quais os Membros podem recorrer expressamente nas listas de compromissos.⁵³⁸

No Acordo TRIPS, o artigo 4 que contempla a cláusula da nação mais favorecida estipula que qualquer vantagem, em matéria de propriedade intelectual, que se conceda a um Membro da OMC deve ser outorgada imediatamente e sem condições aos nacionais ao nacionais dos outros Membros.⁵³⁹ Todavia, este princípio está sujeito a exceções, as quais podem se basear em acordos internacionais já assinados, se específicos sobre propriedade intelectual, ou futuros, se gerais, ou ainda com variantes próprias da natureza da matéria que determina a recepção de figuras como a da exaustão de direitos.⁵⁴⁰

b) Tratamento Nacional

Assim como a cláusula da nação mais favorecida, o tratamento nacional é um dos princípios fundamentais de acesso a mercados no Sistema Multilateral do Comércio. No entanto, enquanto a nação mais favorecida impede o tratamento discriminatório entre diferentes nações, o tratamento nacional veda a discriminação entre nacionais e estrangeiros.⁵⁴¹

Em relação ao comércio de bens, nos termos do artigo III do GATT, ele proíbe as discriminações entre os produtos importados e os bens nacionais. Por exemplo, esse acordo estabelece que as taxas e impostos internos e legislações que afetem a venda interna, a compra, transporte e distribuição, não devem ser aplicados a produtos importados de modo a permitir a proteção dos produtos domésticos.⁵⁴² Esse princípio é

⁵³⁸ Ver PÉREZ GABILONDO, 2004; BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. *Global Business Regulation*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2000; DAVEY, William J.; ZDOUC, Werner. The Triangle of TRIPS, GATT and GATS. In: COTTIER, Thomas; MAVROIDIS, Petros C. (eds). *Intellectual Property: Trade, Competition, and Sustainable Development*. United States: The University of Michigan Press, 2003, pp. 53-84.

⁵³⁹ Artigo 4, Acordo TRIPS.

⁵⁴⁰ PÉREZ GABILONDO, 2004. Uma detalhada análise a respeito da cláusula da nação mais favorecida em propriedade intelectual, ver BRUCH, Kelly Lissandra. *Signos Distintivos de Origem: entre o velho e o novo mundo vitivinícola*. 2011. Tese (doutorado), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, Porto Alegre, 2011, pp. 188-193.

⁵⁴¹ AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 54.

⁵⁴² Artigo 3.1, GATT. Ver ainda JACKSON, 1997, pp. 234-235.

encontrado também no artigo 2.1 do Acordo TBT, artigo 2.3 do Acordo SPS,⁵⁴³ artigo 17 do GATS e artigo 3 do Acordo TRIPS, dentre outros acordos da OMC. São várias as exceções aplicáveis a esse princípio.

Com relação aos serviços, observa-se que o princípio do tratamento nacional, distintamente de bens, apenas se aplica quando existem compromissos específicos nos setores registrados nas Listas Nacionais dos Membros.⁵⁴⁴ Do mesmo modo, no que tange à propriedade intelectual, o artigo 3.1 do Acordo TRIPS prescreve a obrigação dos Membros da OMC de conceder “aos nacionais dos demais Membros tratamento não menos favorável que o outorgado a seus próprios nacionais”, com as exceções previstas nas Convenções de Paris, Berna e Roma e no Tratado sobre circuitos integrados.⁵⁴⁵

(c) Liberalização gradual do comércio

A liberalização gradual do comércio por meio da negociação também consiste em um dos princípios do sistema multilateral do comércio. Desde a criação do GATT em 1947, ocorreu um total de oito rodadas de negociações e a nona encontra-se em andamento. Durante esse período houve uma progressiva redução tarifária. Como resultado das negociações, em meados dos anos 1990, as tarifas dos países industrializados sobre bens industriais foram reduzidas para menos de 4%.⁵⁴⁶

A redução tarifária consiste em um dos principais meio para incentivar o comércio. Contudo, a partir dos anos 1970, as negociações expandiram-se para outros temas, incluindo-se barreiras não tarifárias, sobre bens, serviços e propriedade intelectual. Dentro desse contexto, a eliminação de barreiras, inclusive as barreiras técnicas demonstra-se um relevante objetivo do Sistema Multilateral sustentado no princípio da

⁵⁴³ Ver MATSUSHITA, SCHOENBAUM e MAVROIDIS, 2006, pp. 485-486; JACKSON, 1997, pp. 241-242; BRAITHWAITE e DRAHOS, 2000.

⁵⁴⁴ Artigo 15.2, GATS.

⁵⁴⁵ Artigo 3.1, Acordo TRIPS. Ver CORREA, Carlos. *Acuerdo TRIPS: Regimen Internacional de la Propiedad Intelectual*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998, p. 44; DAVEY e ZDOUC, 2003; BRUCH, 2011, pp. 183-187

⁵⁴⁶ WTO, 2011.

liberalização gradual do comércio.⁵⁴⁷

(d) Previsibilidade

O Sistema Multilateral de Comércio representa uma tentativa por parte dos governos para tornar o ambiente de negócios mais estável e previsível, por meio da transparência e da consolidação dos compromissos. Com estabilidade e previsibilidade considera-se que há incentivos ao investimento, uma vez que as empresas tenham uma visão mais clara de suas oportunidades futuras. Por vezes, prometer não levantar uma barreira comercial pode ser tão importante quanto reduzir uma, porque a promessa assegura maior clareza às empresas.⁵⁴⁸

Dentro desse contexto, o princípio da transparência reflete-se na obrigatoriedade de todos os Membros publicarem e notificarem à OMC todos os regulamentos, leis, decisões judiciais e outras regras, relacionados ao comércio, inclusive normas técnicas. Desse modo, permite-se que governos e agentes de comércio possam deles tomar conhecimento.⁵⁴⁹ Conforme observa Alberto do AMARAL JUNIOR, “o dever de notificar permite saber se os Estados cumprem as suas obrigações e se as políticas adotadas guardam coerência com as regras da OMC”.⁵⁵⁰

O princípio da transparência tem caráter fundamental em muitos acordos da OMC. Ele se encontra expresso no artigo X do GATT, nos artigos 2.5, 2.9, 2.10, 2.11 e 10 do Acordo TBT, artigo 3 do GATS e artigo 63 do Acordo TRIPS.⁵⁵¹ O Mecanismo de Exame das Políticas Comerciais também fornece um meio adicional de favorecer a transparência, tanto internamente como em nível multilateral.

Outro aspecto relacionado ao princípio da previsibilidade refere-se à consolidação dos compromissos dos Membros. Quando os países consentem em abrir seus mercados para bens ou serviços, eles assumem um compromisso que deve ser consolidado. Cumpre

⁵⁴⁷ Ver THORSTENSEN, 2003, p. 33.

⁵⁴⁸ WTO, 2011.

⁵⁴⁹ Artigo X, GATT; THORSTENSEN, 2003, pp. 33-34.

⁵⁵⁰ AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 53.

⁵⁵¹ Sobre o princípio da transparência no Acordo TBT, ver PRAZERES, 2003, p. 87.

observar que um país pode alterar seus compromissos em certos casos, contudo, antes deve negociar com seus parceiros comerciais, como forma de compensá-los pela perda de comércio. Esse é o caso dos compromissos assumidos no âmbito da Rodada do Uruguai por meio dos acordos multilaterais.

e) Promoção da concorrência leal

No presente, a OMC não se caracteriza propriamente como um sistema de “livre comércio”, mas um sistema de regras dedicado à concorrência aberta, leal e sem distorções. Ela admite tarifas e em certas circunstâncias outras formas de proteção.⁵⁵²

Nesse sentido, por exemplo, os princípios de não discriminação, que se revelam na cláusula da nação mais favorecida e tratamento nacional, assim como as regras sobre dumping e subsídios são desenhados para assegurar condições leais ao comércio. Alguns acordos buscam assegurar a concorrência leal no âmbito da OMC, como o GATT, o GATS e o Acordo TRIPS.

Em um primeiro momento, muitas das regras contidas nesses acordos podem ser consideradas como restritivas ao comércio, no entanto, o caráter restritivo que as reveste tem como propósito criar barreiras ao comércio desleal, garantindo assim uma concorrência em equilíbrio de posições. A proteção da propriedade intelectual poderia ser entendida como um entrave ao livre comércio, por exemplo, posto que estabelece um direito exclusivo a seus titulares. Entretanto, seu objetivo consiste em garantir que o comércio de bens, serviços e tecnologias ocorram de forma leal. Portanto, as restrições impostas pela propriedade intelectual têm como finalidade proibir o comércio desleal, impedindo que bens e serviços que infrinjam esses direitos circulem no mercado.

f) Incentivo ao desenvolvimento

Cerca de três quartos dos Membros da OMC são países em desenvolvimento ou economias de mercado em transição, os quais têm se manifestado de forma cada vez mais

⁵⁵² Ver WTO, 2011.

ativa nas negociações.⁵⁵³

Frente a esse quadro, a contribuição ao desenvolvimento consiste em um importante princípio preconizado pelo Sistema Multilateral do Comércio. Um exemplo da aplicação desse princípio é encontrado nos prazos concedidos aos países em desenvolvimento para implementação dos acordos. Além dessa, outras flexibilidades são previstas nos acordos destinadas aos países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo. Disposições concernentes à assistência técnica especial e às concessões comerciais também são contempladas.⁵⁵⁴ Ademais, a Rodada Doha incluiu questões endereçadas aos países em desenvolvimento, especialmente no que diz respeito a suas dificuldades na aplicação dos acordos da Rodada do Uruguai.⁵⁵⁵

A adequada e efetiva aplicação das normas por parte dos membros assume importância fundamental para a Organização. Como no plano doméstico sua aplicação caberá a cada Membro, a OMC assume a função de supervisionar e verificar a observância dos acordos. Para a consecução de seus outros objetivos, a Organização possui um aparato institucional e mecanismos de apoio, como é o caso dos mecanismos de exame de políticas comerciais e de solução de controvérsias.

5.2 ESTRUTURA INSTITUCIONAL DA OMC: ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS EM QUESTÕES DE NORMALIZAÇÃO TÉCNICA E PROPIEDADE INTELECTUAL

Do ponto de vista institucional, o Sistema Multilateral conta com instituições que o administram, tanto sob a perspectiva político-institucional como judicial.⁵⁵⁶ Essa estrutura encontra-se regulada no mesmo conjunto normativo que estabelece os princípios

⁵⁵³ WTO, 2011. Ver ainda PÉREZ GABILONDO, 2004.

⁵⁵⁴ WTO, 2011. Ver JACKSON, 1997, pp. 219-225.

⁵⁵⁵ WTO, 2011.

⁵⁵⁶ Ver PÉREZ GABILONDO, 2004, p. 21.

e regras que regem as relações comerciais entre os Membros da OMC.

Essa estrutura institucional está organizada em quatro níveis. Como autoridade máxima tem-se a (a) Conferência Ministerial. Em segundo nível encontra-se o (b) Conselho Geral em suas três modalidades, quais sejam o Conselho Geral propriamente dito, o Órgão de Solução de Controvérsias e o Órgão Exame de Políticas Comerciais. No terceiro nível estão os (c) Conselhos para os acordos sobre o comércio de bens, comércio de serviços e propriedade intelectual.⁵⁵⁷ No quarto nível situam-se os (d) Comitês e Grupos de Trabalho. Há também os Órgãos estabelecidos em virtude dos Acordos Comerciais Plurilaterais, os quais funcionam também dentro do marco institucional da OMC.⁵⁵⁸

A OMC conta ainda com uma Secretaria, chefiada por um Diretor-Geral, designado pela Conferência Ministerial. O pessoal da secretaria e o Diretor-Geral têm responsabilidades de caráter exclusivamente internacional, de modo que no desempenho de suas funções não devem buscar nem aceitar instruções de qualquer governo ou outra autoridade externa à Organização.⁵⁵⁹

a) Conferência Ministerial

A Conferência Ministerial constitui o órgão máximo da Organização, composta pelos representantes de todos os seus Membros, que se reúnem, no mínimo, a cada dois anos.⁵⁶⁰ Ela tem a responsabilidade de desempenhar as funções da OMC e adotar as disposições necessárias para tais fins. Ainda, tem a autoridade de adotar decisões⁵⁶¹ e interpretações⁵⁶² sobre assuntos compreendidos no âmbito de qualquer dos Acordos

⁵⁵⁷ Conferência Ministerial, Conselho Geral, o Conselho para o Comércio de Bens, o Conselho para o Comércio de Serviços e o Conselho para TRIPS, podem estabelecer os órgãos subsidiários que sejam necessários (Artigo 4, Acordo OMC).

⁵⁵⁸ Artigo 4, Acordo OMC.

⁵⁵⁹ Artigo 6, Acordo OMC. Ver THORSTENSEN, 2003, pp. 46-47.

⁵⁶⁰ Ver THORSTENSEN, 2003, pp. 45.

⁵⁶¹ Caso assim o solicite um membro em conformidade com o estipulado especificamente em matéria de adoção de decisões no presente Acordo e no Acordo comercial multilateral relevante (Artigo IV.1, Acordo OMC).

⁵⁶² Artigo 9.2, Acordo OMC.

Multilaterais de Comércio, assim como alterações⁵⁶³ aos mesmos. Ademais, incumbe à Conferência Ministerial decidir acerca de ulteriores negociações entre seus Membros acerca de suas relações comerciais multilaterais e de quadro jurídico para a aplicação dos resultados das negociações⁵⁶⁴.

Desde a criação da OMC já foram realizadas oito Conferências Ministeriais⁵⁶⁵, no âmbito das quais foram adotadas diversas declarações e decisões que compõem o arcabouço normativo da OMC.⁵⁶⁶ Em matéria de propriedade intelectual, cabe destaque à Declaração sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública, adotada em Doha, em 2001.

b) Conselho Geral

O Conselho Geral corresponde ao corpo diretivo da OMC, composto por representantes de todos os seus Membros que se reúnem quando apropriado.⁵⁶⁷ Ele pode se apresentar em três modalidades que são o Conselho Geral propriamente dito, o Órgão de Solução de Controvérsias e o Órgão Exame de Políticas Comerciais.

Do mesmo modo que a Conferência Ministerial, o Conselho Geral propriamente dito tem autoridade exclusiva para adotar interpretações do acordo constitutivo e acordos multilaterais de comércio,⁵⁶⁸ cujo processo decisório baseia-se no consenso.⁵⁶⁹ Salvo

⁵⁶³ Nos termos do Artigo 10, Acordo OMC.

⁵⁶⁴ Artigo 3.2, Acordo OMC.

⁵⁶⁵ Em dezembro de 2011 (Geneva), dezembro de 2009 (Geneva), dezembro de 2005 (Hong Kong), setembro de 2003 (Cancún), novembro de 2001 (Doha), dezembro de 1999 (Seattle), maio de 1998 (Genebra) e dezembro de 1996 (Singapura).

⁵⁶⁶ Em Hong Kong (2005), adotou-se a Declaração Ministerial em 18 de dezembro de 2005. Em Cancún (2003) concluiu-se a Declaração Ministerial de 14 de setembro de 2003. Em Doha (2001), adotou-se a Declaração Ministerial de 14 de novembro de 2001 (WT/MIN(01)/DEC/1), a Declaração sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública, e a Decisão sobre questões de Implementação, Procedimentos para extensão de subsídios com base no Artigo 27.4 do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias para certos países em desenvolvimento Membros, a Decisão sobre o waiver para o Acordo de Parceria EU-ACP e a Decisão sobre o regime de transição da União Europeia para importação de banana. Em Genebra (1998) adotou-se a Declaração Ministerial de 20 de maio de 1998 e a Declaração sobre Comércio Eletrônico Global. Em Singapura (1996), foi adotada a Declaração Ministerial em 13 de Dezembro de 1996 e a Declaração Ministerial sobre comércio e produtos de tecnologia da informação.

⁵⁶⁷ É integrado pelos Embaixadores que são os representantes permanentes dos membros em Genebra, ou por delegados das missões em Genebra (THORSTENSEN, 2003, p. 45).

⁵⁶⁸ No caso de uma interpretação de um Acordo Multilateral de Comércio do Anexo 1 a Conferência Ministerial e o Conselho Geral exercerão sua autoridade com base em uma recomendação do Conselho responsável pelo funcionamento do Acordo em questão. A decisão de adotar uma interpretação será tomada

disposição em contrário, quando não for possível adotar uma decisão por consenso, a matéria em questão será decidida por votação nos termos do acordo.⁵⁷⁰

O Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) consiste no Conselho Geral reunido para desenvolver suas funções no âmbito da solução de controvérsias.⁵⁷¹ Nessa modalidade, ele está encarregado do funcionamento do sistema de solução de conflitos.⁵⁷² O OSC tem como função aplicar as normas e procedimentos e as disposições em matéria de consultas e soluções de controvérsias dos acordos abrangidos, observadas as disposições em contrário. O funcionamento desse órgão é guiado por um conjunto de regras e procedimentos estabelecidos no Entendimento sobre Solução de Controvérsias e disposições específicas contidas em outros acordos da OMC.⁵⁷³

As recomendações e decisões adotadas pelo OSC têm por objetivo encontrar solução satisfatória para a matéria em questão, não podendo promover o aumento ou a diminuição dos direitos e obrigações definidos nos acordos abrangidos.⁵⁷⁴ Elas têm de caráter obrigatório para as partes envolvidas na disputa e conformam uma obrigação de

por maioria de três-quartos dos Membros. O presente parágrafo não será utilizado de maneira a prejudicar as disposições de alteração do Artigo 10 (Artigo 9.1, Acordo OMC). No que se refere à possibilidade de alterações dos acordos da OMC, veja-se Artigo 10, do mesmo.

⁵⁶⁹ Conforme o Artigo 9.1, do Acordo da OMC, a organização mantém a prática de processo decisório de consenso seguida pelo GATT 1947. Entende-se que o órgão pertinente decidiu por consenso matéria submetida a sua consideração quando nenhum dos Membros presentes à reunião na qual uma decisão for adotada objetar formalmente à proposta de decisão (Nota Artigo 9.1, Acordo OMC). Segundo Thorstensen, “apesar de estar prevista a decisão por voto, a prática do consenso passou a ser uma tradição sempre preservada na organização. Existem críticas a tal prática, uma vez que ela obriga a instituição a caminhar sempre baseada no mínimo denominador comum dentre os interesses de mais de uma centena de membros. Diante de posições ainda em fase de debates, era prática do GATT, e agora é prática da OMC, os presidentes dos comitês ou conselhos encerrarem algum item da agenda mais controvertido, declarando que o comitê ou conselho “toma nota” (takes note) das declarações que constarão das minutas das reuniões” (THORSTENSEN, 2003, p. 47).

⁵⁷⁰ Nas reuniões da Conferência Ministerial e do Conselho Geral cada Membro da OMC terá um voto. Quando as Comunidades Européias exercerem seu direito de voto terão o número de votos correspondente ao número de seus Estados-Membros que são membros da OMC. As decisões da Conferência Ministerial e do Conselho Geral serão tomadas por maioria de votos salvo disposição em contrário do presente Acordo ou do Acordo multilateral de comércio pertinentes (Artigo 9.1, Acordo OMC). Segundo Matsushita, Schoenbaum e Mavroidis, o processo de tomada de decisões da OMC é bastante inusual. Os autores observam que há vários tipos de tomadas decisões que podem ocorrer, partindo das formas primárias: consenso ou votação (MATSUSHITA, SCHOENBAUM e MAVROIDIS, 2006, p. 12).

⁵⁷¹ Ver AMARAL JUNIOR, 2008; PÉREZ GABILONDO, 2004; BARRAL, 2004, pp. 31-56.

⁵⁷² Artigo 3.3, Acordo OMC.

⁵⁷³ Detalhes a respeito do funcionamento do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC podem ser consultados no Entendimento de Solução de Controvérsias, bem como na literatura especializada, dentre as quais se destaca: AMARAL JUNIOR, 2008; PÉREZ GABILONDO, 2004; BARRAL, 2004.

⁵⁷⁴ Artigo 3.2 e 3.4, ESC.

direito internacional público nos termos do artigo 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ).⁵⁷⁵

Dentro desse contexto, o OSC possui um papel fundamental na preservação dos direitos e das obrigações dos Membros, dentro dos parâmetros dos acordos abrangidos, e no esclarecimento das disposições vigentes dos respectivos acordos, em conformidade com as normas correntes de interpretação do direito internacional público.⁵⁷⁶

Nesse sentido, o sistema de solução de controvérsias revela-se essencial para o funcionamento eficaz da OMC e para a manutenção de equilíbrio adequado entre os direitos e as obrigações dos Membros.⁵⁷⁷ Caracteriza-se, ainda, como elemento fundamental para trazer segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de comércio.⁵⁷⁸ Observa-se que, por meio do OSC, o sistema multilateral de comércio elevou o nível de justiciabilidade de suas normas jurídicas – o que não ocorria no âmbito do GATT.⁵⁷⁹

Nessa seara, diversos têm sido os casos envolvendo questões afetas à normalização técnica e à propriedade intelectual. No entanto, ainda são poucos, mas crescente o número de casos incidentes sobre a relação entre ambos os regimes. Até outubro de 2011, dois casos incidiram conjuntamente nos Acordos TBT e TRIPS. Os casos iniciados pelos Estados Unidos (DS174)⁵⁸⁰ e pela Austrália (DS290)⁵⁸¹ contra as

⁵⁷⁵ PÉREZ GABILONDO, 2004, p. 43.

⁵⁷⁶ Segundo Amaral Junior, “no direito internacional clássico, os próprios Estados detinham o poder de interpretar a extensão e natureza das obrigações internacionais que sobre eles recaíam. As organizações internacionais mudam esse estado de coisas no instante em que passam a deter a faculdade de se pronunciar sobre a conformidade das ações de seus membros com as regras de conduta que estabelecem. Emerge assim um corpo de regras secundárias, que atribui a alguns indivíduos ou grupos o poder regulamentar, o poder de supervisionar a aplicação das convenções nascidas em seu âmbito de atuação e o poder de se pronunciar em caso de dúvidas, de acordo com procedimentos anteriormente fixados, sobre o alcance e eventual violação das normas existentes” (AMARAL JÚNIOR, 2008). Ver ainda ALVAREZ, José E. *International Organizations as Law-makers*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 10-11.

⁵⁷⁷ “A pronta solução das situações em que um Membro considere que quaisquer benefícios resultantes, direta ou indiretamente, dos acordos abrangidos tenham sofrido restrições por medidas adotadas por outro Membro” (Artigo 3.3, ESC).

⁵⁷⁸ Artigo 3.2, ESC.

⁵⁷⁹ Ver LAFER, 1998; BARRAL, 2004, p. 31-56; AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 53.

⁵⁸⁰ O caso DS174 “European Communities — Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs” foi apresentado pelos Estados Unidos. Participaram como terceiras partes Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, China, Chinese Taipei, Colômbia, Guatemala, Índia, México, Nova Zelândia e Turquia. O caso versou sobre os Artigos 3, 3.1, 4, 1.1, 2, 2.1, 16, 16.1, 20, 22, 22.1, 22.2, 24, 24.5, 41.1, 41.2, 41.4, 42, 44.1, 63, 63.1, 63.3, 65, 65.1, do Acordo TRIPS; e Artigo 1, 3:4 do GATT 1994. A Austrália em suas manifestações, contrária à posição das Comunidades Europeias, sugere a

Comunidades Europeias, versando sobre a proteção das marcas e indicações geográficas para produtos agrícolas e alimentos, estavam diretamente relacionados e se desenvolveram paralelamente. Apesar de iniciados em datas distintas – 1 de junho de 1999 e 17 de abril de 2003, respectivamente –, os Relatórios do Grupo Especial de ambos os casos foram adotados concomitantemente em 20 de abril de 2005.⁵⁸²

Outro caso importante refere-se a medidas que afetam à produção e venda de cigarros de cravo, que consiste em uma demanda da Indonésia contra os Estados Unidos (DS406). Embora o mesmo não verse sobre o Acordo TRIPS, questões de propriedade intelectual são levantadas na disputa.⁵⁸³ Além desse, os casos iniciados pelo Canadá (DS384) e pelo México (DS386) contra os Estados Unidos sobre determinadas prescrições em matéria de rotulagem indicativa do país de origem, no âmbito dos quais são abordadas questões de normalização técnica que se relacionam à propriedade intelectual, como a proteção de informações comerciais.⁵⁸⁴

inclusão do Artigo 2 do Acordo TBT e Artigo 16:4 do Acordo OMC. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. WT/DS174/R. Informe del Grupo Especial: Comunidades Europeas - Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en el caso de los productos agrícolas y los productos alimenticios. Reclamación de los Estados Unidos 15 de marzo de 2005. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 10 out. 2011.

⁵⁸¹ O caso DS290 “European Communities — Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs” foi apresentado pela Austrália contra as Comunidades Europeias. Participaram como terceiras partes Argentina, Austrália; Brasil, Canadá, China, Chinese Taipei, Colômbia, Guatemala, Índia, México, Nova Zelândia, Turquia e Estados Unidos. O Grupo Especial adotou seu relatório em 20 de abril de 2005. O caso coloca em pauta o Anexo 1, Art. 2, 2.1, 2.2, do TBT; Artigos 1, 3, 4, 2, 10, 16, 20, 22, 22.2, 24, 24.5, 41, 42, 63, 63.1, 63.3, 65, 65.1 do Acordo TRIPS; Art. 16:4 do Acordo OMC; e Artigos 1, 1.1, 3, 3.4 do GATT. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. WT/DS290/R. Informe del Grupo Especial: Comunidades Europeas - Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en el caso de los productos agrícolas y los productos alimenticios. Reclamación de Australia. 15 de marzo de 2005. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 10 out. 2011.

⁵⁸² Ver comentários a respeito do caso DS174 sob a perspectiva do Artigo 20(d) do GATT em AMARAL JÚNIOR, Alberto do (org.). O artigo XX do GATT, meio ambiente e direitos humanos. São Paulo: Aduaneiras, 2009, p. 170-174. Ver ainda WOLFRUM, Rüdiger; STOLL, Peter-Tobias; SEIBERT-FOHR, Anja (Eds.). *WTO-Technical Barriers and SPS Measures*. Netherlands: Koninklijke Brill NV, 2007, p 184-185.

⁵⁸³ A disputa versa sobre os artigos III:4, XX e XXIII:1(a), do GATT 1994, artigos 2, 3, 5 e 7, do Acordo SPS, e artigos 2, 2.1, 2.2, 2.3, 2.5, 2.8, 2.9, 2.10, 2.12 e 12, do Acordo TBT. São terceiras partes no caso: Brasil, Colômbia, República Dominicana, União Europeia, Guatemala, México, Noruega e Turquia. Ver ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. WT/DS406/R. Estados Unidos - medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor: Informe del Grupo Especial. 2 de septiembre de 2011. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 10 out. 2011.

⁵⁸⁴ Ver ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. WT/DS384/R. WT/DS386/R. Informes del Grupo Especial: Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO). 18 de noviembre de 2011. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

c) Conselhos para o comércio de bens, serviços e propriedade intelectual

Sob a orientação do Conselho Geral, o Conselho para o comércio de Bens, o Conselho para o Comércio de Serviços (Conselho de GATS) e o Conselho para os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionadas com o comércio (Conselho de TRIPS) assumem o papel de supervisionar o funcionamento dos respectivos Acordos e desempenhar as funções a eles atribuídas⁵⁸⁵ pelo Conselho Geral.

Eles estabelecem suas próprias regras de procedimento, sujeitas à aprovação pelo Conselho Geral. Podem participar desses Conselhos representantes de todos os Membros. Esses Conselhos reúnem-se conforme necessário para desempenhar suas funções.⁵⁸⁶ Suas recomendações fundamentam as decisões e interpretações adotadas pela OMC, por meio da Conferência Ministerial.⁵⁸⁷

d) Comitês e grupos de trabalho

Além dos Conselhos, as atividades da OMC desenvolvem-se por meio de Comitês e Grupos de Trabalho, subordinados aos Conselhos.⁵⁸⁸ Atualmente, sob a égide do Conselho Geral, encontram-se os comitês sobre comércio e meio ambiente, acordos regionais de comércio, comércio e desenvolvimento, restrições por motivo de balanço de pagamentos e assuntos orçamentários financeiros e administrativos,⁵⁸⁹ e os grupos de

⁵⁸⁵ Ver Artigo 20, GATS, e Artigo 6.8, Acordo TRIPS.

⁵⁸⁶ Artigo 4.5, Acordo OMC.

⁵⁸⁷ ALVAREZ, 2005, p. 115.

⁵⁸⁸ Normalmente os delegados dos Membros, residentes em Genebra, e técnicos dos Ministérios enviados especialmente para as reuniões têm assento nesses Comitês e Grupos de Trabalho. No ano de 1994, em Marraqueche, criou-se do Comitê sobre Comércio e Meio Ambiente. Em 1996, foi estabelecido o Comitê sobre Acordos Regionais. Nesse mesmo ano, na Conferência Ministerial de Singapura, criaram-se três Grupos de Trabalho – Investimentos, Concorrência e Transparência em Compras Governamentais. Em 1998, na Conferência Ministerial em Genebra, foram incluídas para análise duas novas áreas: comércio eletrônico, sob a responsabilidade do Conselho Geral, e facilitação de comércio, no âmbito das atividades do Conselho sobre o Comércio de Bens (THORSTENSEN, 2003, p. 46-47).

⁵⁸⁹ O estabelecimento dos três últimos comitês ficou a cargo da Conferência Ministerial, nos termos do Acordo Constitutivo da OMC, cujas funções a eles atribuídas encontram-se no Acordo e nos Acordos Comerciais Multilaterais, e as funções adicionais lhes são atribuídas pelo Conselho Geral (Artigo 4.7, Acordo OMC).

trabalho sobre comércio, débito e finanças, e comércio e transferência de tecnologia. Outros três grupos de trabalho – grupos sobre interação entre comércio e políticas de concorrência, relação entre comércio e investimentos, e transparência em compras governamentais – criados na ocasião da primeira Conferência Ministerial, em Singapura, atualmente se encontram inativos.⁵⁹⁰

Sob a égide do Conselho para o Comércio de Bens encontram-se os comitês sobre acesso a mercados, agricultura, subsídios e medidas compensatórias, valoração aduaneira, práticas antidumping, regras de origem, licenças de importação, medidas de investimentos relacionadas ao comércio, salvaguardas, medidas sanitárias e fitossanitárias e barreiras técnicas ao comércio. Vinculados ao Conselho para o Comércio de Serviços encontram-se os comitês sobre comércio e serviços financeiros e sobre compromissos específicos.

No âmbito dos Conselhos e Comitês, questões sobre normalização técnica são tratadas principalmente no Comitê sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (Comitê TBT), no Comitê sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, e no Comitê sobre Comércio e Meio Ambiente. Nesse último Comitê, no qual se abordam questões ambientais e de desenvolvimento sustentável, um dos principais pontos discutidos são os selos e as normas técnicas ambientais, como é o caso das normas ISO de eco-rotulagem (e.g. ISO 140020). As discussões sobre propriedade intelectual são lideradas pelo Conselho para TRIPS, porém também encontram espaço em outras searas, tais como no Grupo de Trabalho sobre Transferência de Tecnologia e no Comitê TBT.⁵⁹¹

⁵⁹⁰ WTO, 2011.

⁵⁹¹ Ver ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/W/290. Utilización de expresiones tradicionales o menciones complementarias de calidad aplicables a vinos (CE- Reglamentos nº 753/02 y 316/04). 26 de junio de 2008. Ginebra: OMC, 2008; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/M/32. Acta de la reunión celebrada el 23 de marzo de 2004. Restricted. 19 de abril de 2004; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/M/39. Restricted. Nota de la Secretaría: Acta de la reunión celebrada los días 7 a 9 de junio de 2006. 31 de julio de 2006; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/M/45. Restricted. Nota de la Secretaría: Acta de la reunión celebrada los días 1º y 2 de julio de 2008. 9 de septiembre de 2008; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/M/49. Nota de la Secretaría: Acta de la reunión celebrada los días 5 y 6 de noviembre de 2009. 22 de diciembre de 2009; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/M/53. RESTRICTED. Nota de la Secretaría: Acta de la reunión celebrada los días 24 y 25 de marzo de 2011. 26 de mayo de 2011; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. G/TBT/W/31. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. Proyecto de acta de la reunión celebrada el 28 de junio de 1996. 7 de agosto de 1996. Ginebra:

Particularmente no Comitê TBT, assuntos relacionados à propriedade intelectual na normalização técnica foram introduzidos por diversos países. Nesse sentido, destaca-se o tema introduzido pela União Europeia, antes Comunidade Européias, na ocasião da quinta reunião celebrada pelo Comitê TBT, em junho de 1996. A delegação europeia assinalou para a questão da denominação de origem – um tipo de indicação geográfica –, caracterizando-a como uma zona cinzenta, permeando o Acordo TBT e o Acordo TRIPS.⁵⁹²

No ano de 2002, o Canadá por meio de comunicação sugeriu a inclusão das normas de origem e indicações geográficas no marco para debates informais estruturados sobre rotulagem e prescrição do Acordo TBT. Conforme sua manifestação, as prescrições em matéria de rotulagem para indicar o país de origem ou indicações geográficas também podem afetar o comércio ou envolver disposições sobre direitos de propriedade intelectual. Nesse sentido, o Canadá propôs ao Comitê TBT examinar tais questões, em cooperação com os foros pertinentes da OMC, dentre os quais Comitê de Normas de Origem e o Conselho TRIPS.

Questões sobre indicações geográficas também foram assinaladas no âmbito do Comitê TBT, em reunião de março de 2004, pela Delegação das Comunidades Europeias, a qual trouxe à pauta sua preocupação em relação à “cachaça”, protegida como indicação geográfica mediante Decreto no Brasil.⁵⁹³ Em outra reunião ocorrida em setembro de 2008, o México manifestou-se frente ao Regulamento brasileiro sobre identificação e normas de qualidade de álcool etílico e outras aguardentes notificado em maio de 2008. Segundo a delegação mexicana, o motivo de especial preocupação era a tequila – denominação de origem reconhecida pelo governo do México desde 1974 –, cuja definição prescrita no regulamento era incompatível com a estabelecida na legislação mexicana.⁵⁹⁴

OMC, 1996; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/W/298. Comunicación de Colombia: Preocupaciones comerciales específicas en relación con el acceso de los alimentos al mercado de la Unión Europea. 4 de noviembre de 2008; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/W/320. Comunicación de Israel: Quinto examen trienal del funcionamiento y aplicación del Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio. 20 de julio de 2009.

⁵⁹² G/TBT/W/31.

⁵⁹³ G/TBT/M/32.

⁵⁹⁴ G/TBT/M/45.

Outros pontos concernentes à propriedade intelectual, em especial às patentes, também foram introduzidos no âmbito do Comitê TBT. Em 2005, a China levantou a questão. A esse respeito, assinala-se para a reunião realizada em março daquele ano, quando foi retomado o programa de trabalho para a preparação do quarto exame trienal do funcionamento e aplicação do Acordo TBT, ratificado em reunião do Comitê celebrada em 4 de novembro de 2004. Nesse programa de trabalho, dentre a lista de assuntos indicados pelos Membros, encontrava-se a proposta chinesa: questões relacionadas com os direitos de propriedade intelectual na normalização. Essa proposição foi criticada pelo México, cuja delegação opinou que as questões relacionadas à propriedade intelectual não estão compreendidas no âmbito do Acordo TBT.⁵⁹⁵

Em 23 de maio de 2005, a delegação chinesa voltou a se manifestar por meio de uma comunicação dirigida ao Comitê na qual apresentou argumentos visando embasar a necessidade de um exame exaustivo do tema nessa seara.⁵⁹⁶ No ano seguinte, o país reforçou sua demanda na reunião do Comitê ocorrida em março de 2006, ocasião em que os Estados Unidos manifestaram-se⁵⁹⁷ e o México robusteceu sua posição contrária à proposta.⁵⁹⁸ Em novembro do mesmo ano, a China apresentou um adendo a sua comunicação de 2005, na qual apresentou subsídios adicionais para justificar a inclusão do tema na pauta de discussões do Comitê.⁵⁹⁹

⁵⁹⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/M/35. Restricted. Nota de la Secretaría: Acta de la reunión celebrada los días 22 y 23 de marzo de 2005. 24 de mayo de 2005.

⁵⁹⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/W/251. Comunicación de la República Popular China: cuestiones relativas a los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de la normalización. 25 de mayo de 2005.

⁵⁹⁷ Dentre outros aspectos destaca-se um excerto da síntese da manifestação relatada dos Estados Unidos: “una pregunta que los Estados Unidos han planteado a China en reuniones bilaterales es la de si China prevé el establecimiento de nuevas reglas en el marco del Acuerdo OTC. En tal caso, el debate pasaría a ser de naturaleza diferente. Por tanto, sería provechoso que China manifestara con claridad sus intenciones a este respecto” (G/TBT/M/38).

⁵⁹⁸ “El representante de México señala que su delegación comprende la naturaleza y la importancia del problema, pero todavía sigue convencido de que el Comité OTC es el foro adecuado para ocuparse de él. México pide a China que explique exactamente cuál es el resultado que China desea obtener debatiendo esta propuesta en el Comité OTC. ¿Son directrices lo que busca China, o simplemente un intercambio de información, esto es, un debate didáctico sobre el tema? México está algo preocupado de que se dedique tiempo a esto en el contexto del Examen Trienal sin que haya claridad acerca del resultado que está buscando el proponente” (G/TBT/M/38).

⁵⁹⁹ Nesta comunicação, busca evidenciar que a incorporação dos direitos de propriedade intelectual nas normas técnicas é uma consequência inevitável do desenvolvimento científico, tecnológico e econômico. O documento destaca também as questões relativas à combinação desses direitos com as normas técnicas, e seu impacto no comércio internacional. Embora reconheça as comunidades internacionais estão prestando

Apesar da não inclusão do tema no exame trienal e da ausência de apoio para a discussão da temática de forma programática, remanesceu as preocupações no âmbito do Comitê TBT. Debates nesse sentido sobre algumas normas técnicas chinesas foram manifestadas pelos Estados Unidos, Japão, Coréia e União Europeia,⁶⁰⁰ bem como em normas indianas, apontadas pelos Estados Unidos, União Europeia, Japão e China.⁶⁰¹

No que corresponde às marcas, em julho de 2006, o Canadá comunicou ao Comitê suas inquietudes no que se refere à falsificação de marcas de certificação em produtos que afetam a saúde e a segurança. Reconhecendo se tratar de um tema complexo e que poderia ser abordado em diversos foros, a delegação canadense considera que há vínculo com o Comitê TBT. Contudo, os Estados Unidos e a União Europeia revelaram não estarem seguros quanto à pertinência da inclusão do assunto no Comitê. Na opinião do México o assunto não se circunscreve no âmbito de aplicação do Acordo TBT.⁶⁰² Ainda em relação às marcas, na reunião do Comitê de novembro de 2009, os Estados Unidos assinalaram para as preocupações associadas ao Regulamento CEE/264 e Regulamento n° 607/2009, das Comunidades Europeias.⁶⁰³

Outro ponto pertinente à propriedade intelectual na normalização técnica que foi introduzido no Comitê TBT diz respeito à proteção dos dados de prova. Por meio de uma comunicação de novembro de 2008, a Colômbia manifestou suas preocupações comerciais específicas no que concerne ao acesso de alimentos ao mercado da União Europeia. Nesse documento, solicitou que a proteção dos dados de prova seja tratada como parte da legislação sobre propriedade intelectual e não na regulamentação sanitária

muita atenção a essas questões, a China aponta para a necessidade de se alcançar um equilíbrio entre os titulares de direitos de propriedade intelectual e os encarregados de aplicar as normas, para que todos sejam favorecidos. Dentro desse contexto, ainda, o país assinala para a importância de se tratar as questões apontadas no âmbito do Acordo TBT da OMC (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/W/251/Add.1. Addendum. Comunicación de la República Popular China: Cuestiones relativas a los derechos de propiedad intelectual (DPI) en el ámbito de la normalización. 9 de noviembre de 2006).

⁶⁰⁰ Ver: G/TBT/M/45. Restricted. Nota de la Secretaría: Acta de la reunión celebrada los días 1º y 2 de julio de 2008. 9 de septiembre de 2008; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/M/49. Restricted. Acta de la reunión celebrada los días 5 y 6 de noviembre de 2009. 22 de diciembre de 2009; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/M/53. Nota de la Secretaría: Acta de la reunión celebrada los días 24 y 25 de marzo de 2011. Restricted. 26 de mayo de 2011.

⁶⁰¹ G/TBT/M/53.

⁶⁰² G/TBT/M/39.

⁶⁰³ G/TBT/M/49.

sobre novos alimentos.⁶⁰⁴

A problemática associada aos direitos autorais na normalização técnica também foi alentada nesse foro, em julho de 2009, por meio de uma comunicação de Israel dirigida ao quinto exame trienal de funcionamento e aplicação do Acordo TBT. O país fez referência às várias propostas que mencionam a possibilidade de publicar ou traduzir as normas e regulamentos técnicos dos Membros, chamando a atenção dos mesmos à questão dos direitos de propriedade intelectual e à necessidade de proteger plenamente os direitos de autor dos criadores das normas. Em relação ao assunto, recomendou que, conjuntamente com a ISO, a Secretaria do Comitê organize um evento para tratar dessa questão.⁶⁰⁵

Nesse sentido, evidencia-se que distintas questões concernentes à propriedade intelectual, associadas à normalização técnica, têm encontrado espaço para debate nesse foro, ainda que de modo casuístico. Essa discussão, no entanto, não prosperou na seara da OMC, dado principalmente à divergência de interesses e à complexidade que permeia essa questão.

5.3 COOPERAÇÃO COM OUTRAS ORGANIZAÇÕES EM TEMAS DE NORMALIZAÇÃO TÉCNICA E PROPRIEDADE INTELECTUAL

Na qualidade de uma organização envolvida com o estabelecimento de regras internacionais de comércio, com o objetivo de alcançar maior coerência na formulação das políticas econômicas em escala mundial, a OMC trabalha em cooperação com o Fundo Monetário Internacional (FMI), com o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e com os órgãos a eles afiliados.⁶⁰⁶ Essas organizações compartilham alguns propósitos, dentre os quais expandir o comércio entre as nações,

⁶⁰⁴ G/TBT/W/298.

⁶⁰⁵ G/TBT/W/320.

⁶⁰⁶ Artigo 3.5, Acordo OMC.

assegurando que os fluxos de comércio fluam da forma mais tranquila, previsível e livre possível, promovendo o melhor nível de vida e renda real, e visando desenvolver o pleno uso dos recursos produtivos.⁶⁰⁷

Atualmente, essas organizações que compõem os três pilares da ordem econômica mundial atuam no plano internacional juntamente com mais de três mil organizações internacionais.⁶⁰⁸ Desse universo, atualmente, 75 organizações participam como observadores da OMC.⁶⁰⁹ Um número que varia a cada dia.

Com a expansão das organizações internacionais, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, manifesta-se fundamental a cooperação entre elas no sentido de

⁶⁰⁷ Ver AMARAL JÚNIOR, 2011, pp. 287-292.

⁶⁰⁸ JACKSON, 1997, p. 32.

⁶⁰⁹ African Union (AU), African, Caribbean and Pacific Group of States (ACP), ANDEAN Community, Arab Maghreb Union (AMU), Basel Convention, Caribbean Community Secretariat (CARICOM), Central African Economic and Monetary Community (CAEMC), Common Fund for Commodities (CFC), Commonwealth Secretariat, Convention on Biological Diversity (CBD), Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES), Cooperation Council for the Arab of States of the Gulf (GCC), Economic Community of West African States (ECOWAS), Economic Cooperation Organization (ECO), European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), European Free Trade Association (EFTA), FAO International Plant Protection Convention (IPPC), FAO/WHO Joint Codex Alimentarius Commission (Codex), Flora (CITES), Food and Agriculture Organization (FAO), Inter-American Development Bank (IADB), Inter-American Institute for Agricultural Cooperation (2CA), Inter-Arab Investment Guarantee Cooperation (IAIGC), International Civil Aviation Organization (ICAO), International Commission for the Conservation of Atlantic Tunas (ICCAT), International Electrotechnical Commission (IEC), International Grains Council (IGC), International Monetary Fund (IMF), International Office of Epizootics (OIE), International Organization for Standardization (ISO), International Organization of Legal Metrology (OILM), International Plant Genetic Resources Institute (IPGRI), International Telecommunication Union (ITU), International Textiles and Clothing Bureau (ITCB), International Trade Centre (ITC), International Union for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV), Islamic Development Bank (IsDB), Latin American Association for Integration (ALADI), Latin American Economic System (SELA), Montreal Protocol, Negotiating Group on Trade Facilitation, Office international des épizooties (OIE), Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), Organization of American States (OAS), Organization of the Islamic Conference (OIC), Pacific Islands Forum, Permanent Secretariat of the General Treaty on Central American Economic Integration (SIECA), Regional International Organization for Plant Protection and Animal Health (OIRSA), Rotterdam Convention, South Centre, Southeast Asian Fisheries Development Center (SEAFDEC), Southern African Development Community (SADC), Stockholm Convention, United Nations (UM), United Nations Commission for Sustainable Development (CSD), United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), United Nations Development Programme (UNDP), United Nations Development Programme (UNDP), United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (ESCAP), United Nations Economic Commission for Africa (ECA), United Nations Economic Commission for Europe (ECE), United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), United Nations Environment Programme (UNEP), United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), United Nations Industrial Development Organization (UNIDO), United Nations World Food Programme (WFP), United Nations World Tourism Organization (UNWTO), Universal Postal Union (UPU), West African Economic and Monetary Union (WAEMU), World Bank, World Customs Organization (WCO), World Health Organization (WHO), World Intellectual Property Organization (WIPO), World Tourism Organization (WTO-OMT) (WORLD TRADE ORGANIZATION. [site] Disponível em: <http://www.wto.org/>. Acesso em: 10 ago. 2011).

desenvolver ações e iniciativas, bem como encontrar novas maneiras de propor e resolver os problemas humanos em escala mundial. Somado a isso, a complementaridade de competências exige que se fortaleça a ação coordenada das organizações internacionais, com o propósito de se evitar ou minimizar as dissonâncias, incongruências e contradições que surjam dos vários temas a elas afetos.⁶¹⁰

A cooperação e a coordenação entre as organizações internacionais são fundamentais para o incremento da governança global, caracterizado como um “processo contínuo e negociado, formal e informal de ajustamento de interesses diversos e opostos entre atores públicos e privados”.⁶¹¹ A complexidade e a correlação entre os temas e fenômenos a eles associados tem revelado essa necessidade, como é o caso da normalização técnica e da propriedade intelectual, cuja relação produz significativos efeitos sobre o comércio.

5.3.1 Cooperação em normalização técnica

Particularmente no que concerne à normalização técnica, pode-se observar um crescente número de organizações atuando em cooperação e envolvidas nas atividades da OMC. Destacam-se a esse respeito algumas organizações de normalização, como o Escritório Internacional de Epizootias (OIE, em francês), a Convenção Internacional para Proteção de Plantas (IPPC, em inglês), a Comissão do *Codex Alimentarius*, a ISO, a Organização Internacional de Metrologia Legal (OIML) e a União Internacional de Telecomunicações (ITU, em inglês), na qualidade de observadores dos comitês e grupos de trabalho da OMC.

A cooperação entre a OMC e as organizações de normalização demonstra-se fundamental para o adequado funcionamento dos acordos que envolvem aspectos

⁶¹⁰ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Comércio Internacional e a Proteção do Meio Ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 287. Ver ainda BRUCH, Kelly Lissandra; HOFF, D. N.; BRIGIDO, E. V. Propriedade intelectual: desenvolvimento e governabilidade nos países em desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMETEL, Luiz Otávio; CORREA, Carlos. (Org.). *Direito, Desenvolvimento e Sistema Multilateral de Comércio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 187-208

⁶¹¹ AMARAL, 2011, p. 288.

relacionados à normalização técnica, dentre os quais o Acordo TBT e o Acordo SPS.⁶¹² Dentro desse contexto, considerando que os acordos alcançados no âmbito do Sistema Multilateral do Comércio requerem o suporte de acordos técnicos, as principais organizações internacionais de normalização – a ISO juntamente com a IEC e a ITU – formaram uma parceria estratégica com a OMC. Essas organizações, com escopo, estrutura, conhecimento e experiência complementares para proporcionar um suporte técnico para o crescimento e fortalecimento do mercado global, têm incrementado sua cooperação com a OMC.

No decorrer dos anos, especialmente após a entrada em vigência do *Standards Code* no âmbito do GATT, as organizações ISO, IEC e ITU foram desenvolvendo suas atividades de normalização internacional de forma a incrementar a cooperação mútua. Essa forma de atuação resultou na formação da Cooperação Mundial de Normas (WSC, em inglês) em 2001, revelando uma tendência de orientação sistêmica em relação à normalização técnica internacional.⁶¹³ Tal iniciativa foi estabelecida com o propósito de fortalecer e avançar no desenvolvimento dos sistemas de normalização das instituições baseados no consenso, e de promover a adoção e implementação das normas internacionais em todo o mundo, objetivo que encontra respaldo nos acordos da OMC.⁶¹⁴

A ITU também possui um acordo de colaboração com a OMC com base no Anexo sobre Telecomunicações do GATS. Por meio dessa cooperação as organizações participam como observadoras nas reuniões e encontros entre si, além do desenvolverem estudos, pesquisas, publicações, conferências e workshops.⁶¹⁵ Somado a isso, foi criado no âmbito da ITU um Grupo Ad Hoc de Propriedade Intelectual, do qual participam representantes da OMC, além de representantes da ISO, da IEC e da OMPI. Na atualidade, trata-se de um importante foro de debate de questões afetas à relação entre

⁶¹² Fica a cargo do Conselho Geral tomar as providências necessárias para estabelecer cooperação efetiva com outras organizações intergovernamentais que tenham áreas de atuação relacionadas com a da OMC (Artigo 5, Acordo OMC).

⁶¹³ É possível aqui apontar uma reflexão de Esteve Pardo a respeito da normalização técnica: “não estamos mais frente a um monte, uma superposição desordenada e aleatória, de normas técnicas, senão que frente a um sistema que resultamente constrói sua própria ordem e racionalidade interna. Está se configurando assim um autêntico ordenamiento da técnica, paralelamente – um paraordenamento assim – ao ordenamento [jurídico] [...]” (ESTEVE PARDO, José. Prólogo. In: TARRÉS VIVES, Marc. *Normas Técnicas y Ordenamiento Jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 24).

⁶¹⁴ WORLD STANDARDS COOPERATION. Disponível em: <<http://www.iso.org/sites/WSC/index.html>>. Acesso em 20 jan. 2011.

⁶¹⁵ Ver WTO, 2011.

propriedade intelectual e normalização técnica, do qual participam principalmente representantes dos organismos de normalização nacionais e do setor privado, membros da ITU.⁶¹⁶

No que se refere especificamente à ISO, assinala-se para o envolvimento formal da OMC nos comitês técnicos da ISO de gestão ambiental e de rotulagem ambiental, nos quais a organização indicou seu interesse em se manter informada a respeito dos trabalhos técnicos em desenvolvimento.⁶¹⁷

Outra parceria que a OMC desenvolveu com a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação, Organização Mundial da Saúde Animal, Banco Mundial, Organização Mundial da Saúde (OMS), foi a criação do *Standards and Trade Development Facility* (STDF). Essa iniciativa em capacitação e cooperação técnica tem como propósito a sensibilização, a coordenação e mobilização de recursos para apoiar os países em desenvolvimento a incrementar sua capacidade de cumprir com as normas sanitárias e fitossanitárias internacionais. O objetivo principal é apoiar os países em desenvolvimento a combater pragas, doenças de plantas e animais e contaminantes, para que possam expandir e diversificar a produção alimentar e agrícola e ampliar as exportações, resultando em desenvolvimento econômico, redução da pobreza, melhor nutrição, segurança alimentar e proteção ambiental. A STDF conta com o apoio de doadores – Alemanha, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Finlândia, Irlanda, Japão, Países Baixos, Noruega, Suécia, Suíça, Taipé Chinesa e União Europeia – e representantes de países em desenvolvimento.⁶¹⁸

Esses são alguns exemplos de iniciativas de cooperação promovidos pela OMC juntamente com outras organizações em matéria de normalização técnica, as quais não se encerram nesses casos. Em matéria de propriedade intelectual recebe especial atenção a participação de representantes da OMC e organizações de normalização no âmbito do Grupo Ad Hoc de Propriedade Intelectual da ITU. Contudo, embora os resultados dos debates nesse foro possam refletir em outras searas indiretamente, o alcance dos debates e

⁶¹⁶ <http://www.itu.int/en/ITU-T/ipr/Pages/adhoc.aspx>

⁶¹⁷ Ver INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. Disponível em: <<http://www.iso.org/>>. Acesso em: 22 out. 2011.

⁶¹⁸ Ver STANDARDS AND TRADE DEVELOPMENT FACILITY. Disponível em: <<http://www.standardsfacility.org/en/index.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2011.

as resoluções limitam-se à esfera da ITU.

5.3.2 Cooperação em propriedade intelectual

No que diz respeito à propriedade intelectual, um ano após a entrada em funcionamento da OMC, em 1996, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) celebrou um acordo de cooperação com a OMC.

Como parte dessa iniciativa, as organizações têm desenvolvido uma série de iniciativas conjuntas de cooperação técnica, incluindo-se programas para países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo. Esse acordo evidencia o esforço cooperativo para ampliar a sinergia em um tema que interessa a ambas as organizações.⁶¹⁹ Um esforço que é reforçado com a cooperação trilateral formada juntamente com a OMS para tratar de questões envolvendo propriedade intelectual e saúde pública, como forma de ampliar as iniciativas internacionais para melhorar a capacidade dos pobres do mundo a ter acesso aos medicamentos e para assegurar a disponibilidade de novos medicamentos mais eficazes.

Observa-se a partir dessas parcerias o grande esforço das organizações no sentido de fortalecer a cooperação em relação a temas que lhes são comuns. Dentro desse contexto, ganha destaque o papel das organizações de normalização junto à OMC, participando atividades das atividades dos comitês e grupos de trabalhos, além de outras iniciativas em apoio à efetiva implementação dos acordos comerciais multilaterais de comércio.

Contudo, nesse cenário, ainda não se identifica iniciativas formais a respeito das questões que afetam a relação entre normalização técnica e propriedade intelectual. Identificam-se diálogos a respeito do tema, conforme se evidencia com a participação das organizações de normalização nos debates junto ao Comitê da TBT, da OMC, e com a participação de representantes da OMC no Grupo Ad Hoc de Propriedade Intelectual da ITU. No entanto, ainda não há uma sistematização desse debate.

Diante dessa análise, pode-se avaliar que, apesar da confluência dos temas para o

⁶¹⁹ WTO, 2011; AMARAL JÚNIOR, 2011, p. 289.

seio da OMC, seu tratamento nesse âmbito revela-se desarticulado. São considerados temas distintos, regulados por acordos diversos sem pontos claros de interação. Em decorrência disso, e da complexidade das questões os envolvem, na estrutura institucional do Sistema atual, os problemas que lhes afetam acabam não encontrando um espaço próprio para discussão. Como resultado, quando inseridos na pauta dos comitês, conforme se observou no âmbito do Comitê TBT, os debates ocorrem de forma pouco sistemática e soluções claras e concretas desde a perspectiva multilateral não são encontradas. As manifestações levam o tema para os diálogos bilaterais, afastando a possibilidade de se aprofundar a questão no âmbito da OMC.

Embora não se alcance avançar no tratamento conjunto desses temas, com o propósito de avaliar os impactos que as tensões inerentes à relação entre normalização técnica e propriedade intelectual podem causar – e estão causando – no âmbito do comércio, pode-se identificar um nítido conflito, o qual é o objeto de análise no próximo capítulo.

Capítulo 6

RELAÇÃO ENTRE NORMALIZAÇÃO TÉCNICA E PROPRIEDADE INTELECTUAL: CONFLITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

Assim como os ordenamentos jurídicos domésticos, o ordenamento jurídico da Organização Mundial do Comércio (OMC) também pode conter lacunas e conflitos, em alguns casos conflitos apenas aparentes, que não raro ameaçam frustrar o objeto de um ou mais dos acordos envolvidos. Muitas divergências somente se evidenciam no momento da implementação dos acordos no plano nacional, o que acaba impactando a formulação de políticas comerciais domésticas, impedindo aos países o pleno alcance das vantagens que os pactos objetivam proporcionar.⁶²⁰

Em certos casos, o conflito não envolve propriamente obrigações mutuamente excludentes, de modo que a observância concomitante de ambas é concretamente impossível, mas obrigações que passam a ter um ônus muito elevado quando conjugadas, superior ao que os Estados podem – ou se propuseram – arcar, tornando economicamente inviável sua aplicação. Nessas situações, não se trata de um conflito normativo. Como observa Alberto do AMARAL JÚNIOR, “não existe conflito se as obrigações de um tratado forem mais rigorosas, mas não incompatíveis com aquelas que constarem de outro instrumento”.⁶²¹

Essa tem se evidenciado ser a situação que afeta a relação entre normalização técnica e propriedade intelectual sob a perspectiva do ordenamento jurídico da OMC, que consiste no objeto de análise neste capítulo. Por um aspecto, observa-se a obrigação dos Membros da organização de se basearem nas normas técnicas internacionais. De outro,

⁶²⁰ Ver AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 221.

⁶²¹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Comércio Internacional e a Proteção do Meio Ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 222. A respeito da incorporação de acordos internacionais no plano doméstico, ver DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

assinala-se para o dever de proteção dos direitos de propriedade intelectual.

Portanto, a partir dessa situação, a análise aqui desenvolvida parte da hipótese de que se os países devem obrigatoriamente utilizar como base as normas técnicas internacionais para estabelecer suas normas e regulamentos domésticos, e tais normas se encontram revestidas de direitos proprietários, eles dependem da autorização dos titulares dos direitos privados a elas associados para se conformar com elas. Portanto, ficam sujeitos aos termos e condições impostos pelos detentores dos direitos de propriedade intelectual.

Essa situação indica um relevante ponto de conflito, pois uma vez que os titulares não estiverem dispostos a conceder licenças em termos razoáveis e não discriminatórios, ou ainda se recusarem a conferir a autorização, os países terão dificuldades ou, ainda, ficarão impossibilitados de cumprir com as normas técnicas.

Sob a perspectiva do ordenamento jurídico do comércio internacional, esse tipo de conflito não gera incoerência no ordenamento jurídico da OMC, mas nas políticas adotadas pelos seus Membros no plano doméstico, as quais podem prejudicar a segurança e previsibilidade do Sistema Multilateral de Comércio.⁶²²

A partir dessa hipótese, o desenvolvimento deste capítulo é realizado em três seções. Na primeira, examina-se o caráter da obrigatoriedade conferido às normas técnicas internacionais pelos acordos de comércio firmados no âmbito da OMC. Na sequência, o dever de proteção dos direitos de propriedade intelectual e sua relação com as normas técnicas são analisados. Por fim, são abordadas as políticas das organizações internacionais de normalização no sentido de mitigar os efeitos negativos desse conflito sobre a adesão às normas técnicas.

⁶²² Segundo Norberto Bobbio, que a coerência não é condição de validade, mas é sempre uma condição para o justo ordenamento (BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 219-250). Conforme Alberto do Amaral Júnior, “[a]s exigências de certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem) e justiça (que corresponde ao valor da igualdade) desaparecem se o intérprete puder, indiferentemente, aplicar regras contraditórias.” Ainda, “a coerência se restabelece pela coordenação flexível e útil das fontes.” A pluralidade, a complexidade, a fluidez e o dinamismo se tornaram características das normas internacionais (AMARAL, 2008, p. 239). Sobre a coerência das políticas nacionais, ver HOEKMANN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. *The political Economy of the World Trading System*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2001, p. 474-475.

6.1. OBRIGATORIEDADE DAS NORMAS TÉCNICAS INTERNACIONAIS

Conforme observa THORSTENSEN, constitui-se uma prática usual dos governos adotarem normas e regulamentos técnicos em relação a produtos e serviços nacionais e importados, com objetivo de garantir padrões de qualidade, de segurança, de proteção à saúde e ao meio ambiente.⁶²³

A multiplicidade e a diversidade de normas e regulamentos adotados pelos países levaram à fragmentação do mercado, especialmente em decorrência da pluralidade de tecnologias incompatíveis umas com as outras, tornando difíceis e onerosos para os produtores e exportadores o desenvolvimento e a comercialização de produtos sujeitos a normas ou regulamentos técnicos.⁶²⁴ Além disso, em muitos casos, ao serem estabelecidos arbitrariamente, passaram a ser vistos como forma de protecionismo disfarçado e, assim, obstáculos ao comércio internacional.⁶²⁵

Diante desse cenário, no plano multilateral, reconhecendo a expressiva contribuição das normas técnicas internacionais para a transferência de tecnologia e principalmente para a facilitação do comércio, os Membros da Organização Mundial do Comércio (OMC) adotaram como critério nos acordos firmados no seio da Organização que as normas técnicas domésticas devem se basear nas internacionais, para que não se transformem em barreiras ao comércio.⁶²⁶ O propósito principal consiste em incentivar a adoção de padrões tecnológicos comuns em escala global, de forma a facilitar o fluxo internacional de bens e serviços, investimentos e tecnologias.

⁶²³ THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2003, p. 170.

⁶²⁴ A dificuldade e a onerosidade decorrem, por exemplo, do custo para obter informação a respeito das normas e regulamentos por parte dos produtores e exportadores no seu mercado prospectivo. Observa-se que as normas e os regulamentos técnicos apresentam diferentes implicações no comércio. De forma exemplificativa, se um produto não preenche certos requisitos de uma regulamentação técnica, não é autorizada sua comercialização. No caso de haver apenas normas técnicas, o não cumprimento das exigências não impede sua comercialização, contudo, sua parcela de Mercado pode ser afetada se os consumidores preferirem produtos que preencham os padrões locais (Ver WORLD TRADE ORGANIZATION. *World Trade Report 2005: Exploring the links between trade, standards and the WTO*. Geneva: WTO, 2005).

⁶²⁵ Ver WTO, 2005; THORSTENSEN, 2003.

⁶²⁶ Preâmbulo e Art. 2, Acordo TBT. Ver ainda THORSTENSEN, 2003, p. 170.

Portanto, o critério basilar contemplado nos Acordos da OMC para que normas e regulamentos técnicos não se transformem em barreiras comerciais é que se baseiem em normas internacionais de organismos reconhecidos.⁶²⁷ Esse critério é contemplado no Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT), no Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS), no Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS) e no Acordo de Compras Governamentais. Nesse sentido, salvo situações excepcionais, por imposição desses acordos comerciais, as normas técnicas internacionais são revestidas de um caráter obrigatório, ainda que, por definição, elas se caracterizem como de cumprimento voluntário. Na sequência, essa hipótese é analisada em relação a cada um desses acordos.⁶²⁸

6.1.1 Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio

No âmbito da OMC, o acordo que regula de forma mais abrangente a normalização técnica em relação ao comércio de bens é o Acordo TBT. Sua aplicação alcança todos os produtos e processos e métodos de produção relacionados a produtos,⁶²⁹ incluindo os bens industriais e agropecuários, exceto às especificações de compra governamentais e às medidas sanitárias e fitossanitárias.⁶³⁰ Seu texto expressa o reconhecimento da importância da contribuição das normas internacionais para o aumento da eficiência da produção, a facilitação do curso do comércio internacional e

⁶²⁷ Ver THORSTENSEN, p. 170. Em outras áreas não reguladas pela OMC, como é o caso de meio ambiente, o Comitê sobre Comércio e Meio Ambiente na Organização, que inseriu na pauta das discussões e dos trabalhos as questões ambientais e de desenvolvimento sustentável, a normalização técnica internacional também tem sido fortemente recomendada. Nesse sentido, assinala-se para a manifestação de muitas delegações no sentido de recomendar que os sistemas de eco-rotulagem e normas técnicas ambientais sejam desenvolvidos com base nos sistemas e normas internacionais da ISO, dentre as quais as normas ISO 14020 e ISO 14024 (INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION; INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION. ISO/IEC Information Centre. <<http://www.standardsinfo.net/info/intrade.html>>. Acesso em 13 jan. 2011).

⁶²⁸ A respeito da obrigatoriedade das normas técnicas internacionais do Codex e outras instituições, ver ALVAREZ, José E. *International Organizations as Law-makers*. New York: Oxford University Press, 2005, pp. 224 e seguintes.

⁶²⁹ Sobre as normas técnicas de processos relacionados a produtos ver PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Comércio Internacional e Protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2003, pp. 84 e 111-115. CHANG, Seung Wha. *Getting a Green Trade Barrier: Eco-Labeling and the WTO Agreement on Technical Barriers to Trade*. *Journal of World Trade*, v. 31, n. 1, 1997, p. 125.

⁶³⁰ Artigos 1.3, 1.4 e 1.5 do Acordo TBT. As especificações de compra estabelecidas pelos órgãos governamentais para requisitos de produção e consumo de órgãos governamentais não estarão sujeitas às disposições do Acordo TBT, mas estarão cobertas pelo Acordo de Compras Governamentais, conforme a abrangência do mesmo. As medidas sanitárias e fitossanitárias são reguladas pelo Acordo SPS.

transferência de tecnologia dos países desenvolvidos aos países em desenvolvimento.⁶³¹

No texto desse Acordo, ainda que não haja uma definição específica para as normas técnicas internacionais, fica evidente que são caracterizadas como documentos “cujo cumprimento não é obrigatório,” uma vez que são “normas.” Essa afirmação é extraída do parágrafo 2, e sua nota explicativa, do Anexo I do Acordo TBT, abaixo transcrito:

Norma: Documento aprovado por uma instituição reconhecida que fornece, para uso comum e repetido, regras, diretrizes ou características para produtos ou processos e métodos de produção conexos, cujo **cumprimento não é obrigatório**. Poderá também tratar parcial ou exclusivamente de terminologia, símbolos, requisitos de embalagem, marcação ou rotulagem aplicáveis a um produto, processo ou método de produção.

Nota explicativa: Os termos definidos no Guia ISO/IEC 2 cobrem produtos, processo e serviços. Este Acordo trata apenas de regulamentos técnicos, normas e procedimentos de avaliação de conformidade relacionados a produtos ou processos e métodos de produção. As normas, tal como definidas pelo Guia ISO/IEC 2, podem ser obrigatórias ou voluntárias. Para os propósitos deste Acordo, **as normas são definidas como documentos voluntários** e os regulamentos técnicos como obrigatórios. As normas preparadas pela comunidade internacional de normalização são baseadas no consenso. Este Acordo cobre também documentos que não são baseados no consenso (grifa-se)⁶³².

No entanto, conforme observado no segundo capítulo deste trabalho, em alguns casos, as normas podem ser revestidas de um caráter mandatório. Este é o caso das

⁶³¹ Preâmbulo, Acordo TBT. O Acordo TBT também é aplicável aos signatários do Acordo sobre o Comércio de Aeronaves Civis, em relação aos requisitos de certificação para as aeronaves civis e as especificaciones em matéria de procedimentos para sua exploração e manutenção (ver artigo 3.1 do referido Acordo). Ver ainda PRAZERES, 2003, p. 85-86.

⁶³² Anexo I, parágrafo 2, Acordo TBT. O Acordo TBT qualifica a expressão “norma internacional” pela adição do termo “internacional” à “norma”. Entende-se que a norma internacional corresponde a uma norma aprovada por uma instituição internacional reconhecida, cuja definição encontra-se no parágrafo 4 do Anexo I, do Acordo TBT: “instituição ou sistema Internacional: instituição ou sistema aberto à participação das Instituições pertinentes de pelo menos todos os Membros”. A nota explicativa do parágrafo 2, do Anexo I, do Acordo TBT faz referencia às normas preparadas pela comunidade internacional de normalização, que são baseadas no consenso, contudo, indica que o Acordo TBT “cobre também documentos que não são baseados no consenso”. Esse ponto chegou a ser objeto de discussão no âmbito do caso DS231 “Comunidades Europeas – Denominación Comercial de Sardinias”. Nessa disputa o Grupo Especial e o Órgão de Apelação em suas opiniões, com uma visão formalística segundo Matsushita, Schoenbaum e Mavroidis, reconheceram como normas internacionais, no âmbito do TBT, não apenas àquelas baseadas no consenso, mas também as normas não baseadas no consenso (MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENBAUM, Thomas J.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*. New York: Oxford University Press, 2006, pp. 489-491). Ver ainda PRAZERES, 2003, p. 202; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. WT/DS231/AB/R. Informe del Órgano de Apelación: Comunidades Europeas – Denominación Comercial de Sardinias. 26 de septiembre de 2002.

normas técnicas internacionais abrangidas pelo Acordo TBT, como pode ser inferido a partir da leitura de seus artigos 2.4 e 5.4:

2.4. Quando forem necessários regulamentos técnicos e **existam normas internacionais pertinentes ou sua formulação definitiva for iminente, os Membros utilizarão estas normas ou seus elementos pertinentes como base de seus regulamentos técnicos**, exceto quando tais normas internacionais ou seus elementos pertinentes sejam um meio inadequado ou ineficaz para a realização dos objetivos legítimos perseguidos, por exemplo, devido a fatores geográficos ou climáticos fundamentais ou problemas tecnológicos fundamentais.⁶³³

[...]

5.4. Nos casos em que seja exigida uma declaração positiva de que os produtos estão em conformidade com regulamentos técnicos ou normas, e existam **guias ou recomendações pertinentes emitidas por instituições de normalização internacionais**, ou sua formulação definitiva for iminente, os **Membros assegurarão que as instituições do governo central utilizarão estas guias ou recomendações ou seus elementos pertinentes como base de seus procedimentos de avaliação de conformidade**, exceto quando, conforme devidamente explicado, caso solicitado, tais guias ou recomendações ou seus elementos pertinentes sejam inadequados para os Membros em questão por razões como, *inter alia*, imperativos de segurança nacional, a prevenção de práticas enganosas, a proteção da saúde ou segurança humana, da saúde ou vida animal ou vegetal ou do meio ambiente, fatores climáticos ou outros fatores geográficos fundamentais, problemas fundamentais tecnológicos ou de infraestrutura (grifa-se).⁶³⁴

Com fundamento nesses artigos, salvo em casos excepcionais, sempre que existam normas internacionais pertinentes ou, ainda, quando sua formulação definitiva for iminente, os Membros utilizarão essas normas como base de seus regulamentos, assim como assegurarão que as instituições do governo central também as utilizem como base de seus procedimentos de avaliação de conformidade. Portanto, por imposição desses dispositivos supramencionados, a observância das normas internacionais assume um caráter vinculante.

Cumprido assinalar que os regulamentos técnicos que se encontrem em conformidade com as normas técnicas internacionais gozam da presunção de que não criam obstáculos ao comércio, nos termos do artigo 2.5 do Acordo TBT:

⁶³³ Artigo 2.4, Acordo TBT. Ver comentários a respeito da obrigatoriedade das normas técnicas internacionais, conforme o Acordo TBT, em MATSUSHITA, SCHOENBAUM, MAVROIDIS, 2006, pp. 489 e seguintes.

⁶³⁴ Artigo 5.4, Acordo TBT. Comentários sobre esse artigo, ver PRAZERES, 2003, p. 126.

2.5. [...] Sempre que um regulamento técnico seja elaborado, adotado ou aplicado em função de um dos objetivos legítimos explicitamente mencionados no parágrafo 2 e esteja em conformidade com as normas internacionais pertinentes, presumir-se-á, salvo refutação, que o mesmo não cria um obstáculo desnecessário ao comércio.⁶³⁵

Observa-se que a obrigatoriedade quanto ao uso das normas técnicas como bases para os regulamentos técnicos domésticos não se restringe apenas aos novos regulamentos, mas todos os que se encontram em vigência, independentemente do fato de terem sido criados antes da entrada em vigência do Acordo TBT.

Nesse sentido manifestou-se o Órgão de Apelação da OMC no caso DS231 “Comunidades Europeias – Denominação Comercial de Sardinhas”. Ao confirmar a constatação do Grupo Especial, reconheceu que a obrigação dos Membros, nos termos do artigo 2.4 do Acordo TBT, de utilizar as normas internacionais ou seus elementos pertinentes como base de seus regulamentos técnicos aplica-se não apenas aos regulamentos técnicos existentes a partir de 1º de janeiro de 1995, quando o acordo entrou em vigor, mas também que incide sobre as medidas adotadas antes dessa data e que não tenham deixado de existir. Sugere, assim, que a mesma consiste em uma obrigação permanente a respeito das medidas que se encontrem em vigência, e não uma obrigação limitada aos regulamentos elaborados e adotados após o início da vigência do Acordo TBT⁶³⁶.

Nos casos DS48 e DS26 “Comunidades Europeias – Medidas concernentes a carnes e produtos de carne (hormônios)”, o Órgão de Apelação confirmou que os regulamentos técnicos devem se basear nas normas técnicas internacionais, esclarecendo que o exame para se determinar o cumprimento ou não dessa obrigação faz-se por meio de uma análise de “contradição”, ou seja, “uma coisa não pode ser considerada ‘base’ de outra se as duas são contraditórias”. Em outras palavras, o Órgão considerou que os regulamentos devem ser coerentes em termos técnicos com todos os elementos pertinentes das normas internacionais que se relacionam com o produto ou processo regulado.⁶³⁷

⁶³⁵ Ver MATSUSHITA, SCHOENBAUM e MAVROIDIS, 2006, p. 491; PRAZERES, 2003, p. 124.

⁶³⁶ WT/DS231/AB/R. Sobre caso e o tema, ver ainda MATSUSHITA, SCHOENBAUM e MAVROIDIS, 2006, pp. 491-492.

⁶³⁷ No caso concreto, o Órgão de Apelação considerou o seguinte: “Por lo tanto, sólo necesitamos determinar aquí si existe una contradicción entre Codex Stan 94 y el Reglamento de las CE. Si la hay,

Outro dispositivo que reforça essa posição do caráter vinculante das normas internacionais está previsto no Código de Boa Conduta para a elaboração adoção e aplicação de normas, que compõe o Anexo 3 do Acordo TBT. Ele é aplicável aos Membros da OMC⁶³⁸ e às instituições de normalização que atendam aos requisitos e manifestem sua aceitação aos termos do Código.⁶³⁹ A respeito do tema, o Código dispõe o seguinte:

F. Quando existam **normas internacionais ou sua formulação definitiva for iminente, as instituições de normalização utilizarão estas normas ou seus elementos pertinentes como base de suas normas**, exceto quando tais normas internacionais ou seus elementos pertinentes sejam inadequadas ou ineficazes, por exemplo, devido a um nível de proteção insuficiente a fatores geográficos ou climáticos fundamentais ou problemas tecnológicos fundamentais⁶⁴⁰.

Nesse sentido, ressalvados casos excepcionais, as organizações de normalização

tendremos motivos para dar por concluído nuestro análisis con esa determinación, ya que la única conclusión adecuada que se deduciría de ella sería que Codex Stan 94 no se ha utilizado ‘como base del’ Reglamento de las CE’ (WT/DS231/AB/R).

⁶³⁸ “Os Membros assegurarão que suas instituições de normalização do governo central aceitem e cumpram o Código de Boa Conduta para a Elaboração, Adoção e Aplicação de Normas contido no Anexo 3 a este Acordo (doravante denominado ‘Código de Boa Conduta’). Eles tomarão as medidas razoáveis a seu alcance para assegurar que as instituições de normalização públicas locais ou não governamentais existentes em seu território, bem como as instituições de normalização regionais das quais eles ou uma ou mais instituições existentes em seu território sejam Membros, aceitem e cumpram este Código de Boa Conduta. [...] As obrigações dos Membros a respeito do cumprimento das disposições do Código de Boa Conduta pelas instituições de normalização se aplicarão independentemente de uma instituição de normalização ter aceito ou não o Código de Boa Conduta” (Artigo 4.1, Acordo TBT).

⁶³⁹ Consiste, portanto, em um instrumento do qual participam as instituições de normalização, e não propriamente os Membros do TBT (PRAZERES, 2003, p. 131). O “Código está aberto à aceitação de qualquer instituição de normalização existente no território de um Membro da OMC, seja ela uma instituição do governo central, uma instituição pública local, ou uma instituição não-governamental; de qualquer instituição de normalização governamental regional da qual um ou mais Membros sejam Membros da OMC; e a qualquer instituição de normalização não governamental regional da qual um ou mais Membros estejam situados no território de um Membro da OMC” (Anexo 3(B), Acordo TBT). Cumpre às instituições de normalização ligadas ao governo central observá-lo, mesmo que estas não tenham formalmente aderido ao mesmo, em particular àquelas existentes no território de um Membro da OMC, seja do governo central, uma instituição pública local, ou uma instituição não-governamental, bem como de qualquer instituição de normalização governamental regional da qual um ou mais Membros sejam Membros da OMC, e de qualquer instituição de normalização não governamental regional da qual um ou mais Membros estejam situados no território de um Membro da OMC (Item B, Anexo 3, Acordo TBT). Em relação às instituições do governo central consiste em uma obrigação de fim. Por outro aspecto, no que tange aos governos locais, instituições normalizadoras privadas ou de caráter regional, os Membros da OMC comprometem-se a adotar as medidas razoáveis para que estes também observem o TBT, sendo, neste caso, o compromisso do membro uma obrigação de meio (PRAZERES, 2003, p. 132). Em 13 de setembro de 2010, um total de 172 instituições de normalização, de 132 países, havia aderido ao Código de Boa Conduta (INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. ISO Information Network - ISONET. <<http://www.wssn.net/WSSN/RefDocs/isonetdir/index.html>>. Acesso em 13 set. 2010.).

⁶⁴⁰ Anexo 3, Acordo TBT.

que tenham aderido ao Código também deverão utilizar as normas internacionais como base de suas normas técnicas.

6.1.2 Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias

No caso das normas sanitárias e fitossanitárias aplica-se o Acordo SPS, que reconhece o direito dos países de adotar suas normas, guias ou recomendações, desde que sejam baseadas em princípios científicos e aplicadas apenas na medida do necessário para proteger a vida ou a saúde humana, animal e vegetal.⁶⁴¹ O Acordo autoriza que os Membros introduzam ou mantenham normas que resultem em nível mais elevado que as baseadas em normas internacionais, no entanto, apenas se houver uma justificação científica ou se for consequência do nível de proteção sanitária ou fitossanitária que um Membro determine ser apropriado.⁶⁴²

Dentro desse contexto, o Acordo SPS estimula que os Membros adotem normas, guias e recomendações elaboradas por organizações internacionais competentes, entre elas a Comissão do *Codex Alimentarius* e o Escritório Internacional de Epizootias, nos casos em que existam.⁶⁴³ Considerando a importante contribuição que as normas internacionais podem proporcionar com vistas a reduzir ao mínimo os efeitos negativos

⁶⁴¹ A definição de medidas contempla as normas técnicas, conforme o parágrafo 1, Anexo A, do Acordo SPS: “[...] As medidas sanitárias e fitossanitárias incluem toda legislação pertinente, decretos regulamentos, exigências e procedimentos, incluindo, *inter alia*, critérios para o produto final, processos e métodos de produção, procedimentos para testes, inspeção, certificação e homologação, regimes de quarentena, incluindo exigências pertinentes, associadas com o transporte de animais ou vegetais ou com os materiais necessários para sua sobrevivência durante o transporte, disposições sobre métodos estatísticos pertinentes, procedimentos de amostragem e métodos de avaliação de risco e requisitos para embalagem e rotulagem diretamente relacionadas com a segurança dos alimentos” (Parágrafo 1, Anexo A, Acordo SPS).

⁶⁴² Requer, ainda, que as normas não discriminem arbitrariamente ou injustificadamente os Membros, nos casos em que prevalecerem condições idênticas ou similares, de forma a constituir restrição velada ao comércio internacional (Artigos 2 e 3, Acordo SPS).

⁶⁴³ Nos termos do Anexo A, parágrafo 3, do Acordo SPS, são normas, guias e recomendações internacionais “(a) para a segurança dos alimentos, as normas, guias e recomendações estabelecidos pela Comissão do *Codex Alimentarius*, no que se refere a aditivos para alimentos, drogas veterinárias e resíduos, pesticidas, contaminantes métodos para análise e amostragem e códigos e guias para práticas de higiene; (b) para saúde animal e zoonoses, as normas, guias e recomendações elaboradas sob os auspícios do Escritório Internacional de Epizootias; (c) para saúde vegetal, as normas, guias e recomendações internacionais elaborados sob os auspícios do secretariado da Convenção Internacional sobre Proteção Vegetal em cooperação com organizações regionais que operam no contexto da Convenção Internacional sobre Proteção Vegetal e (d) para temas não cobertos pelas organizações acima, normas, guias e recomendações adequados, promulgados por outras organizações internacionais pertinentes abertas à participação de todos os Membros conforme identificadas pelo Comitê” (Anexo A, parágrafo 3, Acordo SPS).

das medidas sanitárias e fitossanitárias sobre o comércio, o Acordo prevê que sua adoção se presumirá como necessária à proteção da vida ou da saúde humana, animal e vegetal, e compatíveis com as disposições o GATT.⁶⁴⁴

Em relação às normas sanitárias e fitossanitárias, em seu artigo 3, o Acordo SPS estabelece o seguinte:

1. Com vistas a harmonizar as medidas sanitárias e fitossanitárias da forma mais ampla possível, os **Membros basearão suas medidas sanitárias e fitossanitárias em normas, guias e recomendações internacionais, nos casos em que existirem**, exceto se diferentemente previsto por este Acordo e em especial no parágrafo 3.
2. Presumir-se-ão como necessárias à proteção da vida ou da saúde humana, animal e vegetal, assim como serão consideradas compatíveis com as disposições pertinentes do presente Acordo e do GATT 1994 as medidas sanitárias e fitossanitárias que estejam em conformidade com normas, guias e recomendações internacionais.⁶⁴⁵

Esses dispositivos confirmam o caráter vinculante das normas internacionais, ressalvadas as exceções. Segundo Mitsuo MATSUSHITA, Thomas SCHOENBAUM e Petros MAVROIDIS, “*where a measure is required, recourse to international standards is, in principle, compulsory (assuming the existence of a relevant international standard)*”.⁶⁴⁶

Portanto, os Membros da OMC devem basear⁶⁴⁷ suas medidas sanitárias e fitossanitárias domésticas nas normas técnicas internacionais. Uma vez que isso ocorra, as medidas gozam automaticamente da presunção de que são necessárias à proteção da vida ou da saúde humana, animal e vegetal, e compatíveis com as disposições pertinentes do Acordo SPS e do GATT.⁶⁴⁸

A interpretação do significado do verbo “basear,” usado no texto do dispositivo,

⁶⁴⁴ Preâmbulo e artigos 2 e 3, Acordo SPS.

⁶⁴⁵ Acordo 3, Acordo SPS.

⁶⁴⁶ MATSUSHITA, SCHOENBAUM e MAVROIDIS, 2006, p. 503. Ver artigo 3.1, Acordo SPS.

⁶⁴⁷ Sobre o significado da expressão “baseada em”, contida no parágrafo 1 do artigo 3 do Acordo SPS, ver decisões do Órgão de Apelação da OMC nas disputas DS48 e DS26 “Comunidades Europeias – Medidas concernentes a carnes e produtos de carne (hormônios)” (WORLD TRADE ORGANIZATION. WT/DS48/AB/R. WT/DS26/AB/R. Report of the Appellate Body: EC Measures concerning meat and meat products (hormones). 16 January 1998).

⁶⁴⁸ Nesse mesmo sentido, o artigo 2.5 do Acordo TBT dispõe: “Sempre que um regulamento técnico (...) esteja em conformidade com as normas internacionais pertinentes, presumir-se-á, salvo refutação, que o mesmo não cria um obstáculo desnecessário ao comércio” (Artigo 2.5, Acordo TBT).

foi objeto de análise do Órgão de Apelação da OMC nas disputas DS48 e DS26 “Comunidades Europeias – Medidas concernentes a carnes e produtos de carne (hormônios)”. O entendimento desse Órgão foi no sentido de que, nos termos do artigo 3.1 do Acordo SPS, os regulamentos técnicos devem ser “baseados em” normas internacionais, o que não significa “estar em conformidade com” elas, mas sim que a norma internacional deve ser usada como componente principal ou princípio fundamental para fins de ditar o regulamento.⁶⁴⁹

6.1.3 Acordo Geral sobre Comércio de Serviços

Os benefícios alcançados em relação ao comércio de bens levaram os Membros da OMC a considerar a recomendação das normas técnicas internacionais também em matéria de serviços. O Acordo GATS, que tem cobertura sobre o comércio internacional de serviços, tais como serviços profissionais, financeiros, telecomunicações, turismo, transportes, dentre outros, versa sobre o tema em relação aos setores nos quais os Membros tenham assumido compromissos específicos e no anexo sobre telecomunicação.⁶⁵⁰

Particularmente nos setores em que compromissos específicos sejam assumidos, determina-se que cada Membro vele para que todas as medidas de aplicação geral que afetem o comércio de serviços sejam administradas de maneira razoável, objetiva e imparcial. O Acordo estabelece, ainda, que nesses setores os Membros não apliquem requisitos em matéria de licenças e qualificações nem normas técnicas que anulem ou prejudiquem os compromissos específicos. Dentro desse contexto, para se determinar se um Membro cumpre essa obrigação levam-se em conta as normas das organizações internacionais competentes, conforme prevê o artigo 6.5 do GATS:⁶⁵¹

⁶⁴⁹ WT/DS48/AB/R; WT/DS26/AB/R. Ver ainda LIMA, Rodrigo Carvalho de Abreu. *Medidas Sanitárias e Fitossárias na OMC: neoprotecionismo ou defesa de objetos legítimos*. São Paulo: Aduaneiras, 2005, pp. 158-183. WOLFRUM, Rüdiger; STOLL, Peter-Tobias; SEIBERT-FOHR, Anja (Eds.). *WTO-Technical Barriers and SPS Measures*. Netherlands: Koninklijke Brill NV, 2007, pp. 224-225.

⁶⁵⁰ Sobre o GATS e particularidades concernentes ao comércio de serviços, OMC e desenvolvimento, ver CELLI JUNIOR, Umberto; SAYEG, Fernanda Manzano (Orgs.). *Comércio de Serviços, OMC e Desenvolvimento*. São Paulo: IDCID, 2008; CELLI JUNIOR, Umberto. *Comércio de Serviços na OMC: Liberalização, condições e desafios*. Curitiba: Juruá, 2009.

⁶⁵¹ Artigo 6, parágrafos 1 e 5, (a) e (b), GATS.

5. a) Nos setores nos quais um Membro tenha assumido compromissos específicos, até a entrada em vigor das disciplinas que se elaborem para estes setores em virtude do parágrafo 4, dito Membro não aplicará requisitos em matéria de licenças e qualificações nem normas técnicas que anulem ou prejudiquem (*nullify or impair*) os compromissos específicos (...);

b) Ao se determinar se um Membro cumpre a obrigação prevista na alínea (a) do presente parágrafo, **serão levados em conta normas internacionais das organizações internacionais competentes** aplicadas por aquele Membro.

No que concerne especificamente aos serviços de telecomunicações, os Membros reconhecem a importância de normas internacionais para a compatibilidade e interoperabilidade em escala mundial das redes e serviços, e se comprometem a promover essas normas no âmbito dos trabalhos das organizações internacionais competentes, incluindo-se a União Internacional de Telecomunicações (ITU) e a Organização Internacional de Normalização (ISO).⁶⁵²

No caso DS204 “México - Medidas que afetam aos serviços de telecomunicações”, que envolveu o México e os Estados Unidos, ficou evidenciado o caráter obrigatório das normas técnicas internacionais. Neste caso discutiram-se as regras do GATS no que concerne aos serviços de telecomunicações, conforme compromissos específicos assumidos pelo México. Para fundamentar sua decisão, o Grupo Especial reconheceu que os regulamentos da ITU são instrumentos vinculantes⁶⁵³ e que, a luz dos fatos, as recomendações da ITU-T eram relevantes para o caso, uma vez que as partes envolvidas na disputa, e um grande número de outros Membros da OMC, também eram Membros da ITU.⁶⁵⁴

6.1.4 Acordo de Compras Governamentais

Cumprir observar, ainda, outro instrumento que faz referência às normas técnicas

⁶⁵² Anexo sobre Telecomunicações, parágrafo 7(a), GATS.

⁶⁵³ “El Reglamento de las Telecomunicaciones Internacionales es un conjunto de normas vinculantes con rango de tratado, revisadas por última vez en 1988 y acordadas por los miembros de la UIT, incluidos México y los Estados Unidos” (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. WT/DS204/R. Informe del Grupo Especial. México - Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones. 2 de abril de 2004).

⁶⁵⁴ MATSUSHITA, SCHOENBAUM e MAVROIDIS, 2006, pp. 71-72. Ver ainda WT/DS204/R.

internacionais. Em particular, o acordo plurilateral firmados no âmbito da OMC, denominado “Acordo de Compras Governamentais”. Ele é aplicável a leis, regulamentos, procedimentos e práticas relativos à contratação pública, tanto de produtos como de serviços.

Esse Acordo faz referência às especificações técnicas que determinam as características dos produtos ou serviços objeto de contratação, tais como qualidade, propriedades de uso e emprego, segurança, dimensões, símbolos, terminologia, embalagem, marcas e rotulagem, ou os processos e métodos para sua produção, e as prescrições concernentes aos procedimentos de avaliação de conformidade, estabelecidas pelas entidades contratantes. A esse respeito, ele dispõe que não serão elaboradas, adotadas nem aplicadas com vistas a criar obstáculos desnecessários ao comércio internacional tampouco poderão ter esse efeito.⁶⁵⁵

Nos casos em que se proceda ao estabelecimento de especificações técnicas pelas entidades contratantes, determina-se que se baseiem em normas internacionais, quando existam, e do contrário, em normas ou regulamentos técnicos nacionais reconhecidos.⁶⁵⁶ Importa assinalar que, neste Acordo, a definição de norma também contempla o caráter não obrigatório no que se refere à observância, conforme esclarece a nota em pé de página do artigo 6.2(b):

*A los efectos del presente Acuerdo, se entiende por norma un documento aprobado por una institución reconocida que establece, para uso común y repetido, reglas, directrices o características respecto de productos, servicios o procedimientos y métodos de producción conexos, **cuya observancia no es obligatoria**. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, servicio, procedimiento o método de producción o tratar exclusivamente de dichas prescripciones (Grifa-se).⁶⁵⁷*

Dentro desse contexto, em matéria de contratação pública, ao versar a respeito das especificações técnicas instituídas pelas entidades contratantes, o Acordo de Compras Governamentais determina a observância das normas técnicas internacionais, em seu artigo 6.2(b), nos seguintes termos:

⁶⁵⁵ Artigos 1.1, e 6.1, Acordo de Compras Governamentais.

⁶⁵⁶ Artigo 6.2 (b), Acordo de Compras Governamentais.

⁶⁵⁷ Nota em pé de página no artigo 6.2(b), Acordo de Compras Governamentais.

2. Cuando proceda, las especificaciones técnicas establecidas por las entidades contratantes: [...]

b) se basarán en normas internacionales, cuando existan, y de lo contrario, en reglamentos técnicos nacionales, normas nacionales reconocidas, o códigos de construcción.

Essa disposição reforça que, salvo exceções, os Membros devem observar as normas técnicas internacionais, ainda que, por definição, elas se caracterizem como de cumprimento voluntário. Nesses casos, portanto, por imposição dos mencionados acordos de comércio, as normas técnicas internacionais revestem-se de um caráter obrigatório.⁶⁵⁸

Diante disso, entende-se que a observância das normas técnicas internacionais no âmbito da OMC é imposta por determinação de dispositivos de alguns acordos multilaterais e plurilaterais. Considerando as particularidades das disposições de cada acordo, e respectivas exceções, portanto, caberá a avaliar caso a caso a obrigatoriedade das normas técnicas internacionais.⁶⁵⁹

Assim, se por um lado, os países Membros da OMC têm a obrigação de observar as normas técnicas internacionais, por outro, têm o dever de assegurar a proteção dos direitos de propriedade intelectual que possam estar relacionados a essas normas, conforme preconiza do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS).

⁶⁵⁸ A respeito da obrigatoriedade das normas técnicas internacionais do *Codex Alimentarius* e outras instituições, ver ALVAREZ, 2005, pp. 224 e seguintes.

⁶⁵⁹ A respeito das normas do *Codex Alimentarius*, Alvarez comenta: “even though many states have not filed their acceptances and the Codex is formally only a ‘recommendation’ in such cases, there is abundant evidence that its terms are widely accepted by those engaged in the food trade as well as governments, and that the pressures of the market (as well as those imposed by the WTO as described above) render its standards binding in practice, irrespective of whether governments have formally consented to them” (ALVAREZ, 2005, p. 222-223).

6.2 DEVER DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Com a finalidade de reduzir distorções e obstáculos ao comércio internacional, o Acordo TRIPS confere um marco jurídico que busca promover uma proteção eficaz e adequada dos direitos de propriedade intelectual, assim como assegurar que as medidas e procedimentos destinados a fazê-los respeitar não se tornem, por sua vez, obstáculos ao comércio legítimo.⁶⁶⁰ Diante disso, o Acordo prevê um conjunto de regras e disciplinas concernentes:

(a) à aplicabilidade dos princípios básicos do GATT 1994 e dos acordos e convenções internacionais relevantes em matéria de propriedade intelectual;

(b) ao estabelecimento de padrões e princípios adequados relativos à existência, abrangência e exercício de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio;

(c) ao estabelecimento de meios eficazes e apropriados para a aplicação de normas de proteção de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio, levando em consideração as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos nacionais;

(d) ao estabelecimento de procedimentos eficazes e expeditos para a prevenção e solução multilaterais de controvérsias entre Governos; e

(e) às disposições transitórias voltadas à plena participação nos resultados das negociações⁶⁶¹.

Os direitos de propriedade intelectual são considerados direitos privados e, para fins do Acordo TRIPS, referem-se às seguintes categorias: direito do autor e direitos

⁶⁶⁰ Preâmbulo, Acordo TRIPS. Dentro desse contexto, busca estipular também um arcabouço de princípios, regras e disciplinas multilaterais sobre o comércio internacional de bens contrafeitos (Preâmbulo, Acordo TRIPS).

⁶⁶¹ Preâmbulo, Acordo TRIPS. A parte I do Acordo trata das “disposições gerais e princípios básicos”. A parte II que se divide em oito seções versa sobre as “normas relativas à existência, abrangência e exercício dos direitos de propriedade intelectual”. A seção 1 correspondente a “direito do autor e direitos conexos”, a seção 2 “marcas”, a seção 3 “indicações geográficas”, a seção 4 “desenhos industriais”, a seção 5 “patentes”, a seção 6 “topografias de circuitos integrados”, a seção 7 “proteção de informação confidencial” e a seção 8 “controle de práticas de concorrência desleal em contratos de licenças”. A parte III prevê as regras sobre a “aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual”. A parte IV regula a “aquisição e manutenção de direitos de propriedade intelectual e procedimentos inter-partes conexos”. A parte V corresponde às regras de “prevenção e solução de controvérsias” e, por fim, a parte VII estabelece as “disposições institucionais: disposições finais”.

conexos, incluindo-se os programas de computador⁶⁶² e compilações de dados; marcas; indicações geográficas; desenhos industriais; patentes topografias de circuitos integrados e informação confidencial.⁶⁶³

Esse Acordo institui padrões mínimos concernentes à existência, abrangência e exercício dos direitos de propriedade intelectual, assim como à aplicação de normas de proteção, obtenção e manutenção desses direitos. Ainda, ele contempla regras de prevenção e solução de controvérsias e outras disposições transitórias, institucionais e finais.

As disposições do Acordo TRIPS foram esboçadas de forma a obrigar os Membros a estabelecer padrões mínimos de proteção para a propriedade intelectual, no entanto, deixa abertura aos países para implementar uma proteção mais ampla e permite que padrões mais elevados de proteção possam ser adotados. Nesse sentido, a tutela da propriedade intelectual no âmbito do ordenamento jurídico do comércio internacional somente pode seguir padrões mais elevados aos atualmente concebidos.⁶⁶⁴

Além do Acordo TRIPS, outros acordos e entendimentos da OMC fazem referência à propriedade intelectual. Particularmente em relação às informações confidenciais, não apenas o Acordo TRIPS trata de sua proteção como também outros instrumentos normativos da OMC, tais como o GATT,⁶⁶⁵ o Acordo sobre Inspeção Pré-Embarque⁶⁶⁶, Acordo sobre Regras de Origem,⁶⁶⁷ o Acordo SPS,⁶⁶⁸ o Acordo TBT,⁶⁶⁹ o GATS,⁶⁷⁰ o Acordo de Compras Governamentais⁶⁷¹ e o Entendimento de Solução de

⁶⁶² O artigo 10 do Acordo TRIPS que dispõe sobre programas de computador é o primeiro dispositivo em um acordo multilateral a confirmar sua proteção por direitos de autor (GERVAIS, Daniel. *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*. London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 80).

⁶⁶³ Preâmbulo e artigo 1, Acordo TRIPS.

⁶⁶⁴ Artigos 1 e 72.1, Acordo TRIPS. Ver ainda BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. *Global Business Regulation*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2000.

⁶⁶⁵ Artigo X (1), GATT.

⁶⁶⁶ Artigo 2, parágrafos 9 a 14, Acordo sobre Inspeção Pré-Embarque.

⁶⁶⁷ Artigos 2 (k) e 3 (i), Acordo sobre Regras de Origem, e o parágrafo 3 (g) do Anexo II do respectivo Acordo, que trata da declaração comum sobre regras de origem preferenciais.

⁶⁶⁸ Anexo B, parágrafo 11(b), e Anexo C, parágrafo 1(d), Acordo SPS.

⁶⁶⁹ Artigo 5.2.4, Acordo TBT; Anexo 2, parágrafo 5, Acordo TBT.

⁶⁷⁰ Artigos III bis, IX, parágrafo 2, e XIV (c) (ii), GATS; Anexo sobre Serviços Financeiros, parágrafo 2 (b), GATS.

⁶⁷¹ Artigo XIX, parágrafo 4, Acordo de Compras Governamentais.

Controvérsias.⁶⁷²

Esses direitos ao serem incorporados às normas técnicas internacionais acabam gerando uma tensão sob a perspectiva do comércio, conforme analisado no terceiro capítulo, especialmente na ocasião em que os países forem desenvolver suas normas ou regulamentos técnicos. Notadamente, no caso em que uma norma técnica internacional envolver direitos de propriedade intelectual, os países Membros da OMC que, em regra, devem observar as normas técnicas internacionais, ao elaborarem suas normas com base em normas internacionais, terão que respeitar esses direitos. Diante disso, deverão recorrer à autorização de uso de desses direitos privados para fins de implementação das normas técnicas, ficando, portanto, sujeitos aos termos e condições de seus titulares. Certamente trata-se de uma situação muito delicada, na qual se embatem interesses coletivos *versus* interesses privados.

Essa situação não afeta apenas países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo, mas também países desenvolvidos, os quais têm sido palco de acirradas disputas judiciais e a acalentados embates políticos.⁶⁷³

No contexto dos Acordos da OMC não há regras que tratem especificamente desse tema, contudo, podem-se encontrar disposições pontuais que afetam a relação entre normas técnicas e direitos de propriedade intelectual.⁶⁷⁴ Esse é o caso do artigo 4, parágrafos 2(a), 3 e 4, do Acordo de Compras Governamentais, e o artigo 2.8 e parágrafo I do Anexo 3, do Acordo TBT, a respeito dos quais se trata a seguir.

O Acordo de Compras Governamentais, cuja aplicação restringe-se aos países signatários, sem se estender a todos os Membros da OMC, dispõe sobre as especificações técnicas estabelecidas em leis, regulamentos, procedimentos ou práticas relativos aos contratos que celebrem as entidades para contratação pública. Nos parágrafos 3 e 4, de

⁶⁷² Artigo 13, parágrafo 1, ESC.

⁶⁷³ Ver UNITED STATES HOUSE OF REPRESENTATIVES. China, Europe, and the use of standards as trade barriers: How should The U.S. respond? Hearing Subcommittee on Environment, Technology, and Standards, Committee on Science: One Hundred Ninth Congress. First session. May 11, 2005. Serial n. 109-13. Disponível em: <http://commdocs.house.gov/committees/science/hsy20998.000/hsy20998_0.htm>. Acesso em 10 jan. 2010.

⁶⁷⁴ A respeito da relação entre o Acordo TRIPS e o Acordo TBT, ver WOLFRUM, Rüdiger; STOLL, Peter-Tobias; SEIBERT-FOHR, Anja (Eds.). *WTO-Technical Barriers and SPS Measures*. Netherlands: Koninklijke Brill NV, 2007, p 184-185.

seu artigo 4, o Acordo estipula o seguinte:

3. No se requerirán determinadas marcas de fábrica o de comercio o nombres comerciales, patentes, diseños o tipos particulares, ni determinados orígenes, fabricantes o proveedores, ni se hará referencia a ellos, a menos que no haya otra manera suficientemente precisa o inteligible de indicar las características exigidas para el contrato y se haga figurar en el pliego de condiciones la expresión “o equivalente”, u otra similar.

4. Las entidades no recabarán ni aceptarán de una empresa que pueda tener un interés comercial en el contrato, asesoramiento susceptible de ser utilizado en la preparación de especificaciones respecto de un contrato determinado, de forma tal que su efecto sea excluir la competencia.⁶⁷⁵

Essas disposições revelam o posicionamento de alguns dos Membros da OMC, signatários do Acordo, no que se referem à vinculação da propriedade intelectual em especificações técnicas de leis, regulamentos, procedimentos e práticas concernentes à contratação pública – dentre as quais se incluem as normas técnicas – tanto de produtos como de serviços cobertas.

Nos termos do parágrafo 3 acima transcrito, fica determinado que não sejam incluídos direitos de propriedade intelectual nas especificações técnicas. Embora essa disposição apresente ressalvas, evidencia-se uma postura nitidamente contrária ao atrelamento desses direitos às normas usadas pelas entidades governamentais para contratação pública. Conforme MATSUSHITA, SCHOENBAUM e MAVROIDIS, tal disposição tem como objetivo assegurar que não se confira uma vantagem especial ao titular de uma marca, patente ou outra tecnologia protegida.⁶⁷⁶

Em relação ao parágrafo 4, o Acordo de Compras Governamentais determina que as entidades não busquem nem aceitem assessoria de uma empresa que possa ter interesse comercial no contrato, na preparação de especificações técnicas de determinado contrato, de modo que seu efeito seja o de excluir a concorrência, nos termos do parágrafo 4 do

⁶⁷⁵ “3. Não se requererão determinadas marcas de fábrica ou de comércio ou nomes comerciais, patentes, desenhos ou tipos particulares, nem determinadas origens, fabricantes ou provedores, nem se farão referência a eles, a menos que não haja outra forma suficientemente precisa ou inteligível de indicar as características exigidas para o contrato, e, no caso, que se faça figurar nas especificações a expressão “ou equivalente”, ou outra similar. 4. As entidades não receberão nem aceitarão de uma empresa que possa ter um interesse comercial no contrato, assessoramento suscetível de ser utilizado na preparação de especificações a respeito de um contrato determinado, de forma tal que seu efeito seja excluir a concorrência” (tradução livre). (Artigo 6, parágrafos 2 e 3, Acordo de Compras Governamentais).

⁶⁷⁶ MATSUSHITA, SCHOENBAUM e MAVROIDIS, 2006, p. 748.

referido artigo.⁶⁷⁷ Segundo MATSUSHITA, SCHOENBAUM e MAVROIDIS, se uma empresa fornece assistência no curso da preparação de especificações e as especificações refletem esse apoio, a empresa que o proporcionou terá naturalmente uma vantagem na licitação. Diante disso, o propósito dessa previsão é evitar tal situação.⁶⁷⁸

Com relação ao parágrafo 4, que trata da assessoria de empresas na determinação das especificações técnica, o dispositivo faz referência específica a “determinado contrato”, de modo que não parece se aplicar às normas técnicas – e seu processo de elaboração – que em muitos países norteiam todos os contratos do setor público.⁶⁷⁹

Observa-se, que, em geral, é muito comum a assessoria de empresas com interesse comercial na adoção de normas técnicas, tanto nacionais, regionais como internacionais. Na prática, conforme se apresentou no terceiro capítulo deste trabalho, as empresas titulares de direitos de propriedade intelectual – com interesse comercial na adoção das normas – realizam contribuições significativas às atividades normalização, especialmente nos setores que envolvem uso de alta tecnologia.

No cenário internacional, em muitos casos com apoio dos respectivos governos, são as empresas privadas que fundamentalmente apoiam o processo da elaboração das normas, provendo recursos financeiros e técnicos, especialmente assessorando os comitês das organizações internacionais de normalização com informações técnicas que se tornam essenciais às normas.⁶⁸⁰ Comumente, essas informações estão relacionadas à suas

⁶⁷⁷ Artigo 6.4, Acordo de Compras Governamentais.

⁶⁷⁸ MATSUSHITA, SCHOENBAUM e MAVROIDIS, 2006, p. 748.

⁶⁷⁹ No Brasil, a Lei nº 4.150, de novembro de 1962, decreta que as normas técnicas brasileiras são de uso obrigatório nos serviços públicos concedidos pelo governo federal, assim como nas obras e serviços executados nos âmbitos dos governos estaduais e municipais, mas financiados com recursos federais (BRASIL. *Lei nº 4.150, de 21 de novembro de 1962*. Institui o regime obrigatório de preparo e observância das normas técnicas nos contratos de obras e compras do serviço público de execução direta, concedida, autárquica ou de economia mista, através da Associação Brasileira de Normas Técnicas e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/>>. Acesso em: 10 jan. 2011). Ver ainda BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁸⁰ Nesse sentido ver BRAITHWAITE e DRAHOS, 2000; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/W/251/Add.1. Addendum. Comunicación de la República Popular China: Cuestiones relativas a los derechos de propiedad intelectual (DPI) en el ámbito de la normalización. 9 de noviembre de 2006. Braithwaite e Drahos observam que, estruturalmente, os comitês técnicos de organizações internacionais de normalização em grande parte são dominados pelos interesses de empresas exportadoras, mais do que pelas preocupações relativas à proteção dos consumidores. Esses são geralmente considerados com maior atenção nas instituições nacionais de normalização (ver BRAITHWAITE e DRAHOS, 2000).

tecnologias, embora muitas vezes as empresas desconheçam a extensão de seu próprio portfólio de tecnologias protegidas por direitos de propriedade intelectual⁶⁸¹.

Assim, uma maneira de as empresas titulares de direitos incluírem suas tecnologias protegidas ocorre por meio da participação nos processos de elaboração de normas técnicas internacionais. John BRAITHWAITE e Peter DRAHOS apontam que algumas empresas norte-americanas que se fazem presentes na ISO e na ITU recebem um suporte relevante de seu governo para liderar os comitês técnicos nessas organizações.⁶⁸² Particularmente no caso da ISO, os comitês técnicos são financeiramente sustentados pelos Membros, que assumem seu secretariado. Em 2010, a ISO estimou que o custo de operação dos secretariados dos comitês alcançou um total de 140 milhões de francos suíços, que foi financiado por 38 Membros que mantêm esses secretariados. De 718 secretariados, um total de 120 é mantido pelos Estados Unidos, por meio da ANSI.⁶⁸³

Em obra publicada no ano de 2000, BRAITHWAITE e DRAHOS calculam que cerca de trezentas empresas norte-americanas tiveram sucesso na colocação de seus empregados em Comitês da ITU. Por essa razão, consideram que os Estados Unidos têm sido um dos atores mais influentes no processo de normalização internacional. Contudo, notam que, de fato, são poucas as corporações que têm domínio nesse cenário. Como exemplo, aponta a empresa Motorola, que sofreu críticas de um regulador europeu que alegou que a empresa tem uma patente em praticamente todas as normas GSM (*Global System for Mobile Communication*) da ITU.⁶⁸⁴

BRAITHWAITE e DRAHOS observam que outras empresas, como IBM, Pfizer, American Express e grandes empresas de contabilidade como KPMG e PriceWaterhouseCoopers têm particularmente aderido a essa mesma conduta. No caso da

⁶⁸¹ Nesse sentido, ver TEECE, David J.; SHERRY, Edward. *Standards Setting and Antitrust*. Minnesota Law Review, vol. 87, 1911. 2003.

⁶⁸² Segundo Braithwaite e Drahos, estar presente nos foros de normalização é uma das formas mais diretas de captura dos processos de normalização internacional. Essa é a forma por meio da qual muitas empresas dos EUA levam suas patentes para o âmbito das normas técnicas internacionais (BRAITHWAITE e DRAHOS, 2000).

⁶⁸³ Atrás apenas da Alemanha que possui 132. Em terceira posição encontra-se o Reino Unido com 72 secretariados. A China possui 31 secretariados e Brasil apenas 3. Para obter mais informações a esse respeito, consultar no Relatório Anual da ISO de 2010, disponível na página eletrônica da ISO.

⁶⁸⁴ Segundo esses autores, “US corporations exert more power in the world system than corporations of other states because they can enrol the support of the most powerful state in the world, which is prepared to deal directly with the corporations (partly due to the fund-raising methods of US political campaigns)” (BRAITHWAITE e DRAHOS, 2000).

American Express, ela foi um ator chave na globalização do *International Telecommunications Users Group* – grupo que teve a maior força de influência na desregulamentação das telecomunicações na década de 1980. A empresa formou a AMEX, uma Coalizão de CEOs que liderou a agenda de serviços, notadamente a de serviços financeiros, do GATT nessa época.⁶⁸⁵

No setor de alimentos, os autores consideram que tal situação “é menos flagrante”. Segundo BRAITHWAITE e DRAHOS a normalização internacional no âmbito do *Codex Alimentarius* entre 1989 e 1991 era liderada pela Companhia Suíça Nestlé, que tinha 38 representantes em seus comitês técnicos, seguida pela Coca-Cola, Unilever e Monsanto⁶⁸⁶.

Além dos Estados Unidos, outros países desenvolvidos que estão à frente nesses foros têm se utilizado da mesma prática para ganhar espaço no comércio internacional, pois uma vez que suas tecnologias são referências internacionais, todos os demais devem seguir as especificações técnicas a elas relacionadas.

Para ilustrar com outros exemplos, indicam-se alguns dados de patentes relacionadas às normas técnicas internacionais. Em 2005, a listagem da IEC de declarações de patentes incluía 27 notificações relacionadas com patentes. Cada uma delas podendo abarcar muitas patentes, como, por exemplo, a notificação feita pela *Zebra Technology Company* em 14 de novembro de 2005, que reivindicava 98 patentes em todo o mundo, relacionadas com a norma ISO/IEC 18000-6. Em fevereiro de 2006, a base de dados relativa às declarações de patentes da ITU-T continha 1.494 declarações de patentes, sendo que 137 delas tinham sido recebidas depois da aprovação das recomendações.⁶⁸⁷ Em outubro de 2011, essa mesma base contava com 2.509 declarações, cada qual podendo englobar várias patentes. No caso da base de declarações de *softwares*, esta contava como 123 declarações.⁶⁸⁸

Diante disso, como opção, os países em desenvolvimento e demais países

⁶⁸⁵ BRAITHWAITE e DRAHOS, 2000.

⁶⁸⁶ BRAITHWAITE e DRAHOS, 2000. A respeito dos atores envolvidos no estabelecimento de normas no *Codex Alimentarius*, ver ALVAREZ, 2005, pp. 245-246.

⁶⁸⁷ G/TBT/W/251/Add.1.

⁶⁸⁸ INTERNATIONAL TELECOMMUNICATIONS UNION. ITU IPR. Disponível em: <<http://www.itu.int/en/ITU-T/ipr/Pages/default.aspx> />. Acesso em: 22 jul. 2011.

desenvolvidos ficam dependentes de tecnologias estrangeiras para o desenvolvimento local de produtos e serviços normalizados, cujo licenciamento consiste em uma faculdade dos titulares de direitos de propriedade intelectual (direitos privados). De fato, fica evidente a dependência tecnológica dos países, especialmente dos países em desenvolvimento, cuja escassez de recursos não lhe permite um grande envolvimento e liderança nos foros internacionais de normalização.

No âmbito do Acordo TBT e do Acordo SPS, os negociadores de certa forma cientes desta situação, fizeram constar do texto do Acordo que os Membros e as instituições de normalização, participarão integralmente, dentro do limite de seus recursos, da preparação pelas instituições de normalização internacionais apropriadas, de normas internacionais sobre as matérias em relação às quais tenham adotado ou planejem adotar regulamentos técnicos ou normas.⁶⁸⁹ Tatiana PRAZERES observa que “o próprio texto acaba por deixar transparecer que as dificuldades financeiras implicam limitação à participação de países [em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo] nesses fóruns, que definem regras que os vinculam, ainda que se insista no seu caráter não obrigatório”.⁶⁹⁰

Outro dispositivo contido no Acordo de Compras Governamentais, que importa ser evidenciado, encontra-se no artigo 4.2(a), reproduzido a seguir:

2. Cuando proceda, las especificaciones técnicas establecidas por las entidades contratantes:

a) se formularán más bien en función de las propiedades de uso y empleo del producto que en función de su diseño o de sus características descriptivas.

Disposição semelhante também é identificada no Acordo TBT, notadamente no artigo 2.8, que determina o seguinte:

⁶⁸⁹ Artigo 2.6, Acordo TBT; Anexo 3, parágrafo G, Acordo TBT; Artigo 3.4, Acordo SPS. Segundo Tatiana Prazeres, essa situação leva à “discussão quanto à legitimidade destas normas internacionais, produzidas, sobretudo em organizações a que têm acesso os países que contribuem financeiramente para o seu funcionamento”. Ademais, ela observa que a “questão se agrava pelo fato de que, segundo o próprio TBT, as instituições internacionais normalizadoras não precisam de unanimidade para editarem as normas ditas internacionais”. Em outras palavras, ainda que países em desenvolvimento possam participar destas organizações, as decisões tomadas podem “dar-se à revelia dos países dissidentes, e estes ainda terão que defender a não-adoção destes padrões em seus ordenamentos jurídicos internos, buscando um objetivo legítimo que possa ser frustrado em razão de a norma se mostrar não-efetiva ou inapropriada - conceitos cujo conteúdo ainda se discute” (PRAZERES, 2003, pp. 123-124).

⁶⁹⁰ PRAZERES, 2003, p. 125.

2.8. Sempre que apropriado, os Membros especificarão os regulamentos técnicos baseados em prescrições relativas a produtos antes em termos de desempenho do que em termos de desenho ou características descritivas.

Além delas, outra previsão similar é encontrada no parágrafo I, do Código de Boa Conduta, Anexo 3 do Acordo TBT, nos termos que seguem:

I. Sempre que apropriado, a instituição de normalização especificará as normas baseadas em prescrições relativas a produtos antes em termos de desempenho do que em termos de desenho ou características descritivas.

Os três dispositivos acima transcritos (artigo 6.2(a), do Acordo de Compras Governamentais; artigo 2.8, do Acordo TBT; e parágrafo I, do Código de Boa Conduta, Anexo 3 do Acordo TBT) versam sobre uma questão comum: o conteúdo das normas técnicas.

Ao determinar que as prescrições de produto se estabeleçam em termos funcionais, busca-se deixar maior margem para os usuários eleger como buscarão cumprir a norma e, assim, evitar a criação de obstáculos desnecessários ao comércio. Conforme as Diretrizes da ISO/IEC, essa abordagem deixa a máxima liberdade para o desenvolvimento técnico.⁶⁹¹ Dentro desse contexto, uma decisão adotada pelo Comitê TBT em 2010 evidenciar o seguinte entendimento dos Membros da OMC:

A fin de que respondan al interés de los Miembros de la OMC por facilitar el comercio internacional e impedir obstáculos innecesarios al comercio, las normas internacionales deben ser pertinentes y responder de modo eficaz a las necesidades de reglamentación y del mercado, así como al progreso científico y tecnológico de distintos países. No deberán crear distorsiones en el comercio mundial, tener efectos negativos en la competencia leal ni frenar las innovaciones y la evolución tecnológica. Además, no deberán dar preferencia a las características o requisitos de determinados países o regiones cuando en otros países o regiones existan diferentes necesidades o intereses. Siempre que sea posible, las normas internacionales deberán basarse en los resultados más que en las características descriptivas o de

⁶⁹¹ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION; INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION. ISO/IEC Directives. Part 2: Rules for the structure and drafting of International Standards. 6. ed. Genebra: ISO/IEC, 2011. Disponível em: <<http://isotc.iso.org/>>. Acesso em: 10 out. 2011. Ver ainda decisão do Grupo Especial que versou sobre o tema: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. WT/DS406/R. Informe del Grupo Especial: Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor. 2 de septiembre de 2011.

*diseño.*⁶⁹²

Nesse mesmo sentido, no cotejo do artigo 2.8, do Acordo TBT, MATSUSHITA, SCHOENBAUM e MAVROIDS manifestaram que essa obrigação de estabelecer requisitos de desempenho reduz o risco de intervenções com o objetivo de favorecer a produção doméstica, pela imposição de custos de ajustes aos competidores internacionais. Como exemplo, eles apontam a exigência de que as portas a prova de fogo sejam feitas com o material “X” ou “Y” não se conformam com o referido dispositivo, enquanto um regulamento que determine que uma porta a prova de fogo deva ser resistente por 15 minutos de fogo, assumindo certa temperatura, estaria em conformidade com tal obrigação.⁶⁹³

Cumprir observar que, em matéria de propriedade intelectual, ao recomendar que se evitem especificações em termos de desenho e características descritivas, se reduz a possibilidade de as especificações técnicas de um produto, por exemplo, corresponder a tecnologias protegidas por patente, desenho industrial ou marca. Isso porque os aspectos descritivos e desenhos são as formas tradicionais de se proteger produtos por meio desses direitos de propriedade intelectual. Contudo, não afasta totalmente eventual associação de tecnologias protegidas às especificações técnicas, tendo em vista que há possibilidade de se proteger aplicações e uso de tecnologias por patente de invenção.

No que diz respeito à incorporação de direitos de propriedade intelectual nas especificações técnicas contidas nas normas internacionais, tais como marcas, patentes, desenhos e softwares, não há regras específicas no Código de Boa Conduta do Acordo TBT. Este código apenas determina que as organizações de normalização assegurem que normas não sejam elaboradas, adotadas ou aplicadas com vistas a, ou com o efeito de criar obstáculos desnecessários ao comércio internacional.⁶⁹⁴ Portanto, considerando que os problemas ocasionados pela vinculação de direitos de propriedade intelectual às

⁶⁹² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/9. Segundo examen trienal del funcionamiento y aplicación del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio. 13 de noviembre de 2000, anexo 4, párrafo 10. Ver ainda ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. WT/DS406/R. Informe del Grupo Especial: Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor. 2 de septiembre de 2011.

⁶⁹³ MATSUSHITA, SCHOENBAUM e MAVROIDIS, 2006, p. 497.

⁶⁹⁴ Parágrafo E, Anexo 3, Acordo TBT.

normas técnicas internacionais⁶⁹⁵ – situação que tem se tornado cada vez mais constante e problemática –, algumas organizações internacionais de normalização recorreram à adoção de políticas internas na matéria.

6.3 POLÍTICAS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS DE NORMALIZAÇÃO NO ÂMBITO DO CONFLITO

Os acordos da OMC fazem referência às normas técnicas internacionais, porém deixam de precisar quais são as organizações internacionais de normalização reconhecidas, cujas normas devem ser observadas. Há somente uma lista indicativa no Acordo SPS, que faz menção direta à Comissão do *Codex Alimentarius*, ao Escritório Internacional de Epizootias e às organizações que operam no contexto da Convenção Internacional sobre Proteção Vegetal, e, no texto do GATS, a ITU. Além dessas, de modo indireto, o Acordo TBT aponta outras duas organizações, a ISO e a IEC, cujo Guia sobre Termos Gerais e suas Definições Referentes à Normalização e Atividades Correlatas serve de base para o Acordo.⁶⁹⁶

Importa observar, que o Acordo TBT reconhece como organizações internacionais de normalização àquelas que estão abertas à participação dos organismos de normalização de pelo menos todos os Membros da OMC.⁶⁹⁷ Atualmente, na plataforma de organizações de normalização do *World Standards Services Network* (WSSN), podem ser identificadas 57 organizações internacionais cadastradas. Desse total, são poucas as que possuem políticas internas concernentes à propriedade intelectual.⁶⁹⁸ Dentre elas

⁶⁹⁵ Comentários sobre o assunto podem ser consultados em COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. COM(92) 445 final. Communication from de Commission: Intellectual property rights and standardisation. Bruxelas: 27 October 1992. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/documents/official-documents/index_en.htm>. Acesso em: 10 jan 2010, pp. 28-29.

⁶⁹⁶ Ver MATSUSHITA, SCHOENBAUM e MAVROIDIS, 2006, p. 489.

⁶⁹⁷ Parágrafo 4, Anexo I, Acordo TBT.

⁶⁹⁸ WORLD STANDARDS SERVICES NETWORK. Disponível em: <<http://www.wssn.net/>>. Acesso em: 10 set. 2011. Na prática, a adoção dessas políticas ainda se limita a um número restrito de organizações

destacam-se a ISO, a IEC e a ITU, que possuem um relevante papel no comércio internacional e que já na década de 1970 estavam envolvidas na busca de soluções para a problemática.

Com o propósito de evitar que as normas técnicas internacionais tenham por efeito criar barreiras desnecessárias ao comércio internacional e incentivar as empresas a contribuir com os frutos de seus esforços em pesquisa e desenvolvimento, essas organizações adotaram diretrizes relacionadas à incorporação de direitos de propriedade intelectual em suas normas técnicas. Com isso, elas buscam o equilíbrio necessário entre os usuários das normas e os titulares desses direitos, que contribuem para o desenvolvimento de normas técnicas com tecnologias atualizadas, que reflitam o estado da técnica em escala global.

São medidas que objetivam além de ampliar a transparência do processo, conferir maior acessibilidade às normas e às tecnologias protegidas nelas incorporadas. Assim, enquanto esperam que suas normas tenham aplicação em escala global, sem criar obstáculos ao comércio, também visam respeitar os direitos de propriedade intelectual daqueles que colaboram no processo de normalização e resguardar seus próprios direitos.

Nesse sentido, em relação aos direitos de autor sobre as normas técnicas internacionais, as organizações reconhecem sua proteção e buscam assegurar que seus direitos sejam respeitados pelos usuários. No caso da ISO e da IEC, o acesso ao conteúdo das normas é restrito. Para consulta e utilização, os usuários precisam comprá-las. Como sua aquisição não implica no direito de reprodução, se o usuário tiver necessidade de realizar cópias, ele deve obter licença para tal. O principal fundamento que justifica essa postura – criticada por alguns estudiosos do assunto⁶⁹⁹ – é que a venda de normas técnicas consiste em uma importante fonte de financiamento desses organismos de

internacionais. Em decorrência disso, no seio de alguns organismos, os problemas deixam de encontrar uma solução clara e objetiva. Exemplo disso pode ser observado no caso da proposta de criação de uma norma sobre o queijo parmesão na Comissão do *Codex Alimentarius*. A oposição da Comunidade Européia na 28ª Sessão do Codex Alimentarius em Roma, em 2005, ressaltou para a inexistência de diretrizes no trabalho da instituição em relação à propriedade intelectual relacionadas às normas técnicas (EUROPEAN COMMUNITY. European Community Position on the Proposal for a Standard on Parmesan Cheese (Agenda item 13, ALINORM 05/28/9D Add.1). European Community vote. Codex Alimentarius Commission (28th Session), Rome, 4-6 July 2005. 22 June 2005. Disponível em: <http://ec.europa.eu/food/fs/ifsi/eupositions/cac/archives/cac_28thsess_agendaitem13c_en.pdf>.).

⁶⁹⁹ SAMUELSON, Pamela. Questioning Copyrights in Standards. *Intellectual Property Law Review*. St. Paul, Thomson West, pp. 445-476, 2007.

normalização.⁷⁰⁰

No caso da ITU-T, as normas técnicas são disponibilizadas para *download* na própria página de Internet da organização, isentas de custos.⁷⁰¹ O livre acesso às normas serve como uma importante iniciativa para promover seu amplo uso, especialmente nos países em desenvolvimento.

Somada a essas políticas de direitos de autor sobre as normas, algumas organizações internacionais de normalização possuem diretrizes em matéria de patentes, marcas e programas de computador, cuja análise breve se desenvolve a seguir.

6.3.1 Políticas de patentes

Na década de 1970, as organizações internacionais de normalização já se preocupavam com os problemas que a propriedade intelectual, em especial as patentes, poderia ocasionar com sua incorporação nas normas técnicas. Em comunicação de maio de 1976, o Diretor do Comitê Consultivo Internacional de Telegrafia e Telefonia (CCITT), atual Setor de Normalização da ITU (ITU-T), manifestou sua preocupação a respeito do aumento do número de patentes relacionadas às técnicas e procedimentos em suas normas. Os casos que costumavam ser raros estavam naquele período estavam se tornando crescentes. Uma situação indesejável por ele indicada de forma ilustrativa seria um membro tomar a iniciativa subsequente de solicitar uma patente cujos detalhes refletissem os resultados diretos do trabalho dos grupos de estudos e comitês técnicos.⁷⁰²

Frente a esse cenário, reconhecendo os potenciais efeitos negativos da inclusão de patentes envolvidas em suas normas, naquele ano, o CCITT adotou informalmente um

⁷⁰⁰ Parágrafo 2.13, ISO/IEC Directives, Part 1, 2011 (INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION; INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION. ISO/IEC Directives. Part 1: Procedures for the technical work. 8. ed. Genebra: ISO/IEC, 2011. Disponível em: <<http://isotc.iso.org/>>.). Ver ainda ISO, Copyright, Standards and the internet.

⁷⁰¹ Ver INTERNATIONAL TELECOMMUNICATIONS UNION. Disponível em: <<http://www.itu.int/en/ITU-T/ipr/Pages/default.aspx>>. Acesso em: 13 set. 2011.

⁷⁰² COMITÉ CONSULTATIF INTERNATIONAL TÉLÉGRAPHIQUE ET TÉLÉPHONIQUE. VI Plenary Assembly – Document n° 60. Patent Policy. Genebra: CCITT, 1976.

“código de práticas” em matéria de patentes,⁷⁰³ baseado nas regras de procedimento da ISO e da IEC de 1970.⁷⁰⁴ Em 1987, uma Declaração sobre Política de Patentes da CCITT foi adotada com o objetivo de assegurar que as recomendações do Comitê, sua aplicação e uso estejam acessíveis em escala mundial. O documento recomendava evitar a inclusão de direitos exclusivos nas recomendações do Comitê.⁷⁰⁵ Em 1996, um Código de Prática sobre Patentes foi estabelecido pelo ITU-T (sucessor da CCITT).⁷⁰⁶ Finalmente em 1999, foi oficialmente introduzido um Estatuto de Patentes na ITU.

Esse estatuto sofreu algumas alterações no decorrer dos anos, até que, em 2007, a ITU juntamente com a ISO e a IEC adotaram em comum um Código de Boas Práticas em matéria de patentes. Dessa forma, as organizações alinharam suas práticas, sob a bandeira da Cooperação Internacional sobre Normas (WSC, em inglês), por meio de um enfoque harmonizado em relação à incorporação de patentes nas normas técnicas.⁷⁰⁷

Em termos gerais, essa política comum estabelece diretrizes gerais a respeito da divulgação e dos termos e condições de licenciamento das patentes essenciais às normas das respectivas organizações. Com o objetivo de fomentar a divulgação das tecnologias patenteadas antes da adoção da norma, a política estipula que as partes que participem no processo de normalização devem, tão logo seja possível, comunicar a organização a respeito de qualquer patente ou pedido de patente essencial da qual tenham conhecimento. Nesse caso, a recomendação aplica-se tanto para as patentes e pedidos dos quais as partes sejam titulares ou de terceiros. Requer-se a divulgação adequada das informações, porém, não se exige que as partes realizem buscas em bases de patentes.

⁷⁰³ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. COM(92) 445 final. Communication from de Commission: Intellectual property rights and standardisation. Bruxelas: 27 October 1992. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/documents/official-documents/index_en.htm>. Acesso em: 10 jan 2010.

⁷⁰⁴ COMITÉ CONSULTATIF INTERNATIONAL TÉLÉGRAPHIQUE ET TÉLÉPHONIQUE. CCITT Circular n. 183, A. 29/11, 3 December 1975. Uniformization of Patent Policy within the various CCITT Study Groups. Genève: ITU-T – CCITT, 1975.

⁷⁰⁵ COMITÉ CONSULTATIF INTERNATIONAL TÉLÉGRAPHIQUE ET TÉLÉPHONIQUE. Special Study Group S. Temporary Document n. 5-E. Extract of the Report of the meeting of CCITT Study Group. Annex 4 – Statement on CCITT Patent Policy. Geneva, 1-3 September 1987. Geneva, 7-16 December 1987.

⁷⁰⁶ CCITT. Circular n. 183, A. 29/11, 1975.

⁷⁰⁷ INTERNATIONAL TELECOMMUNICATIONS UNION; INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION; INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION. Common Patent Policy for ITU-T/ITU-R/ISO/IEC. 2007. Disponível em: <<http://www.itu.int/en/ITU-T/ipr/Pages/default.aspx>>. Acesso em: 13 set. 2010. Ver ainda parágrafo 2.14, ISO/IEC Directives, Part 1, 2011.

Além das partes que participam do processo, qualquer pessoa que não esteja envolvida no processo também pode comunicar essas informações às organizações.⁷⁰⁸

Na ocasião em que uma patente essencial é comunicada, a parte que informa deve ainda apresentar um formulário de declaração de licenciamento de patentes, no qual opta por uma alternativa de licença padronizada. No caso em que a comunicação se refira a uma patente de terceiro, esse será contatado pela organização com o propósito de se manifestar e apresentar sua declaração de patentes.⁷⁰⁹

O formulário de declaração de licenciamento contempla três opções a serem escolhidas pelo titular ou pela pessoa que tenha o direito de conceder licenças sobre a patente essencial à norma.⁷¹⁰ Nas duas primeiras opções, o titular manifesta sua disposição de conceder licenças gratuitas, ou não, a um número ilimitado de solicitantes de todo o mundo, de maneira não discriminatória e em outras condições razoáveis para fabricar, utilizar e vender aplicações da norma. Na terceira opção, o titular não se compromete a licenciar a tecnologia em condições razoáveis e não discriminatórias, tão somente é incentivado a apresentar as informações a respeito de suas patentes vinculadas às normas.⁷¹¹

Essas modalidades de licenciamento conhecidas sob as siglas FRAND e RAND – que significam respectivamente *fair, reasonable, and non-discriminatory terms* (FRAND) e *fair, reasonable and non discriminatory Reasonable and non-discriminatory*

⁷⁰⁸ Common Patent Policy for ITU-T/ITU-R/ISO/IEC, 2007.

⁷⁰⁹ Common Patent Policy for ITU-T/ITU-R/ISO/IEC, 2007.

⁷¹⁰ As opções de licenciamento são as seguintes: Opção 1: o titular da patente está disposto a conceder uma licença gratuita a um número ilimitado de solicitantes de todo o mundo, de maneira não discriminatória e em outras condições razoáveis para fabricar, utilizar e vender aplicações da norma. Essa opção também contempla a opção de o titular conceder a licença somente sob reciprocidade. Quanto à gratuidade, o texto do formulário esclarece que não significa que o titular renuncia todos seus direitos em relação à patente, mas tão somente a retribuição pecuniária. Nesse sentido, resguarda seus direitos a negociar um acordo de licença que contenha outras condições razoáveis e não discriminatórias. Opção 2: o titular da patente está disposto a conceder uma licença a um número ilimitado de solicitantes de todo o mundo, de forma não discriminatória e em condições razoável para fabricar, utilizar e vender aplicações da norma. Do mesmo modo que a primeira opção, esta prevê a alternativa de o titular conceder a licença somente sob reciprocidade. Opção 3: o titular da patente não está disposto a conceder licenças de acordo com as condições previstas nos itens (1) ou (2). Se o titular não está disposto a cumprir com essas condições, a norma não deve incluir especificações cuja aplicação dependa da patente. Ainda, nessa opção solicita-se ao titular que apresente as informações a respeito da patente ou pedido de patente correspondente, incluindo-se seu número e as partes da norma são afetadas, juntamente com uma descrição das reivindicações da patente que engloba a norma (Common Patent Policy for ITU-T/ITU-R/ISO/IEC, 2007).

⁷¹¹ Common Patent Policy for ITU-T/ITU-R/ISO/IEC, 2007.

terms (RAND) – têm se tornado uma prática cada vez mais usada pelas organizações de normalização. Contudo, a exata definição desses termos ainda apresenta lacunas e dificuldades quanto a sua interpretação pelos diversos atores envolvidos no processo.

No terceiro caso, em que o titular não se compromete a licenciar a tecnologia em condições razoáveis e não discriminatórias, a política prevê que as normas não devem incluir disposições que dependam das respectivas patentes. Portanto, a organização aconselha ao comitê técnico responsável pela elaboração da norma que tome as devidas precauções de forma a eliminar possíveis pontos de conflito com as patentes ou pedidos de patente cuja licença não foi assegurada.⁷¹²

As informações prestadas pelos titulares de patentes, juntamente com as opções de licenciamento são disponibilizadas em suas respectivas bases de dados de patentes pelas organizações, as quais não se comprometem a prover informações fidedignas ou abrangentes sobre a evidência, validade ou escopo de patentes, ou direitos similares.⁷¹³ Desse modo, amplia-se a transparência do processo de normalização e o acesso a todos os usuários e interessado em obter as informações e as licenças. Ainda, com o objetivo de levar em consideração os avanços tecnológicos, a política também se aplica posteriormente à aprovação da norma, quando é possível que se identifiquem patentes essenciais após a adoção da norma.

Cumprir notar que, embora as organizações recebam as declarações de licenciamento, as negociações que se desenvolvam a partir da adoção da norma, ou mesmo antes, ficam a cargo das partes interessadas (titulares de direitos e usuários das normas), fora do âmbito das organizações.⁷¹⁴

Na prática, essa política apresenta algumas limitação e questões que têm sido debatidas entre os profissionais que lidam com o processo de normalização. Conforme aponta o documento preparado pela Secretaria do Comitê Permanente sobre o Direito de

⁷¹² Common Patent Policy for ITU-T/ITU-R/ISO/IEC, 2007.

⁷¹³ INTERNATIONAL TELECOMMUNICATIONS UNION. ITU Patent Database. Disponível em: <<http://www.itu.int/ipr/IPRSearch.aspx?iprtype=PS>>. Acesso em: 22 out. 2011; INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. ISO Patent Database. Disponível em: <www.iso.org/patents>. Acesso em: 22 out. 2011; INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION. IEC Patent Database. Disponível em: http://www.iec.ch/members_experts/tools/patents/. Acesso em: 22 out. 2011. Ver ainda Common Patent Policy for ITU-T/ITU-R/ISO/IEC, 2007.

⁷¹⁴ Ver Common Patent Policy for ITU-T/ITU-R/ISO/IEC, 2007.

Patente da Organização Mundial do Comércio (OMPI), remanescem algumas ambiguidades no que diz respeito às obrigações dos participantes nesse processo, que afetam tanto as regras concernentes à divulgação como ao licenciamento. Outro ponto controvertido corresponde àqueles não vinculados à política de patentes pelo fato de não participarem do processo de normalização.⁷¹⁵

6.3.2 Políticas de programa de computador

A inclusão de programas de computador protegidos por direitos autorais nas normas técnicas internacionais, especialmente no setor de telecomunicações, tem se tornado cada dia mais comum. Em decorrência disso, passou a ser alvo de muita preocupação e de impactos negativos em termos de utilização, desenvolvimento e comercialização de produtos e serviços que exigem esse tipo de normas.⁷¹⁶

Assim, com o propósito de guiar os comitês técnicos na elaboração de normas técnicas envolvendo programas de computadores, em 2002, a ITU estabeleceu diretrizes de uso de *software* nas normas técnicas. Esse documento sofreu revisões com o passar dos anos e, a última versão foi publicada em 2005.⁷¹⁷ A ISO e a IEC também possuem algumas diretrizes incorporadas em suas Diretivas conjuntas, nas quais são estabelecidas as regras para a elaboração de normas.⁷¹⁸

Em relação à ITU, a principal preocupação refere-se à inclusão de códigos-fonte

⁷¹⁵ Ver ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Comité Permanente Sobre El Derecho De Patentes. SCP/13/2. Normas Técnicas y Patentes. Documento preparado por la Secretaría. Decimotercera sesión. Ginebra, 23 a 27 de marzo de 2009. Ginebra: OMPI, 18 de febrero de 2009. Disponível em: <<http://www.wipo.int>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷¹⁶ ITU-T Software Copyright Guidelines, 2005.

⁷¹⁷ INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. Telecommunication Standardization Sector (ITU-T). ITU-T Software Copyright Guidelines. Issue 2.1.1. Ginebra: ITU-T, March 2005. Disponível em: <<http://www.itu.int/en/ITU-T/ipr>>. Acesso em: 11 de out. 2011. Essas diretrizes guardam muita semelhança com as regras adotadas pela *American National Standards Institute* (ANSI) nesse tema. A esse respeito ver ainda ANSI Guidelines on Software in Standards. EUA: ANSI, 2008. Disponível em: <<http://publicaa.ansi.org/>>. Acesso em: 11 out. 2011.

⁷¹⁸ STANDARDIZATION; INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION. ISO/IEC Directives. Part 2: Rules for the structure and drafting of International Standards. 6. ed. Ginebra: ISO/IEC, 2011. Disponível em: <<http://isotc.iso.org/>>. INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION; INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION. ISO/IEC Directives. Part 1: Procedures for the technical work. 8. ed. Ginebra: ISO/IEC, 2011. Disponível em: <<http://isotc.iso.org/>>.

ou objeto como requerimento normativo em uma norma. Isso porque pode acabar vinculando-a a um *software* específico ou propiciar aplicação única, de maneira a restringir a concorrência. Além disso, a cópia de programas de computador sem autorização pode implicar em infração aos direitos de autor.⁷¹⁹

Diante disso, a organização recomenda evitar a utilização de *softwares* proprietários de terceiros nas normas técnicas. Como alternativa, incentiva o desenvolvimento de implementações independentes com base em requisitos de desempenho expressos em termos funcionais e não descritivos. Outra opção muito usada consiste na criação de novas expressões da ideia subjacente ao programa de computador protegido, sem que se infrinjam seus direitos de autor.⁷²⁰

Entretanto, muitas vezes, as informações confidenciais vinculadas a um programa de computador são essenciais e, sem elas, o desenvolvimento ao redor do programa fica prejudicado. Assim, mesmo havendo uma tendência a se evitar, por vezes, não há outra opção senão incorporar o *software* proprietário. Nos casos em que isso seja inevitável, busca-se evitar que o programa de computador seja adotado como requerimento normativo, incorporando-o, seja por referência expressa ou indicativa, apenas para fins de informação ou na forma de exemplos. Também são comumente utilizados, para fins de informação e exemplo, pseudocódigos, exemplos de esquemas, de definições de estrutura de dados, de instruções de programação e outros, porém, sempre sem que configurem um requisito da norma. Esses usos também podem exigir a obtenção de prévia autorização.⁷²¹

Nos casos em que haja necessidade de incorporar o programa, exige-se, por conseguinte, autorização prévia do titular, de modo a evitar que os usuários se vejam impedidos de copiar e se conformar às exigências da norma. Nesse sentido, como condição para a inclusão do *software* na norma, a ITU estabelece que seja apresentada uma declaração de licenciamento, semelhante à de patentes.

No formulário de declaração são contempladas diversas modalidades de licenciamento, cuja ênfase é dada nos termos e condições razoáveis e não

⁷¹⁹ ITU-T Software Copyright Guidelines, 2005.

⁷²⁰ ITU-T Software Copyright Guidelines, 2005.

⁷²¹ ITU-T Software Copyright Guidelines, 2005.

discriminatórios,⁷²² podendo ainda contemplar a gratuidade e reciprocidade, ou não, da licença. Caso o titular recuse licenciar em termos e condições razoáveis e não discriminatórias, a ITU recomenda que não se incorpore o *software* na norma.⁷²³

6.3.3 Políticas de marcas

Assim como as patentes e os programas de computador, as marcas também têm sido objeto de preocupação de algumas organizações internacionais de normalização. Com o propósito de nortear seus comitês técnicos a respeito do assunto, a ITU estabeleceu diretrizes relacionadas à inclusão de marcas em suas normas técnicas.⁷²⁴

A principal preocupação relacionada às normas é que seu uso não consista em uma forma de endossar um serviço ou um produto proprietário em detrimento da concorrência, o que pode ocorrer tanto por meio de referência direta à marca como pela definição de especificações técnicas estritamente vinculadas a determinada marca de

⁷²² De modo geral, a idéia de razoabilidade que se aplica tanto aos programas de computador como às patentes está relacionada ao pagamento de royalties como das condições de uso da tecnologia (ver opção 1.4, da declaração de licenciamento em ITU-T Software Copyright Guidelines, 2005). No caso da expressão “não discriminatória,” significa que o titulares dos direitos não deve negar licenças a diferentes usuários que se situam em posições semelhantes. Tendo em vista que na prática, geralmente, as licenças são negociadas entre o titular e cada um dos licenciatários, de forma bilateral, pode ocorrer de resultar em distintas condições para cada um. Nesse sentido, a principal problemática consiste em estabelecer o limite do que é ou não discriminatório.

⁷²³ A opção são as seguintes: Opção 1.1: O titular dos direitos autorais sobre o software renuncia seus direitos autorais sobre o software. Opção 1.2: O titular transfere seus direitos disponíveis necessários para a implementação da norma para o ITU, a qual concederá uma licença livre para um número ilimitado de usuários em escala mundial, sob uma base não discriminatória para reproduzir, modificar, usar e ou distribuir o software para fins de aplicação da norma. Opção 1.3: O titular conceder com base na reciprocidade uma licença gratuita para um número ilimitado de usuários em escala mundial, em condições não discriminatórias para reproduzir, modificar, usar e ou distribuir o software para o propósito estrito de implementação da norma. Essa opção não contempla negociação de condições adicionais, de modo que os usuários da norma não precisam contatar o titular para obter uma licença. Opção 1.4: O titular conceder com base na reciprocidade uma licença gratuita para um número ilimitado de usuários em escala mundial, sob condições não discriminatória para reproduzir, modificar, usar e ou distribuir o software para o propósito limitado de implementação da norma. Nesse caso, poderão ser adicionadas condições razoáveis e não discriminatórios pela licença, portanto, os usuários precisam entrar em contato com o titular. As negociações sobre a licença são deixadas aos interessados e são realizadas fora da ITU. Opção 2: O titular com base em reciprocidade confere uma licença para um número ilimitado de candidatos em todo o mundo, em condições não discriminatórias e razoáveis para usar o material com direitos autorais para reproduzir, modificar, usar e ou distribuir o software para fins estritos de aplicação da norma. As negociações sobre a licença são deixadas aos interessados e são realizadas fora da ITU. Opção 3: O titular não se dispõe a conceder licenças nos termos das opções anteriores (ITU-T Software Copyright Guidelines, 2005).

⁷²⁴ ITU-T Guidelines related to the inclusion of marks in ITU-T Recommendations, 2005. Ver ainda AMERICAN NATIONAL STANDARDS INSTITUTE. ANSI Guidelines on Embedded Trademarks. EUA: ANSI, 2008. Disponível em: <<http://publicaa.ansi.org/>>. Acesso em: 13 set. 2011.

produto ou serviço, sem reconhecer o uso de alternativas tecnológicas. Considerando que casos como esses podem ser muito prejudiciais à concorrência, a diretriz principal é que não se incorporem marcas nas normas técnicas da ITU.⁷²⁵

Contudo, em determinadas circunstâncias, a utilização de marcas revela-se necessária, como para fazer referência a uma tecnologia padrão ou normalizada, por exemplo, às tecnologias de telefonia móvel GSM e de rede sem fio WiFi, ou mesmo para indicar outra norma técnica. Quando isso for necessário, a referência à marca no texto da norma deve ser feita de modo a não causar confusão. Se o emprego da marca possa confundir o usuário de uma norma, levando-o a pensar que existe uma associação entre uma marca e determinado produto, serviço ou tecnologia, nessa situação o uso da marca deve ser reconsiderado. Nos casos em que o uso de uma marca é tal que acaba por exigir licença, a marca não deve ser utilizada.⁷²⁶

A ISO e a IEC também possuem algumas diretrizes concernentes às marcas inseridas nas normas. Segundo as regras dessas organizações, a correta designação ou descrição de um produto deve ser dada ao invés de um nome comercial ou marca. O uso de nomes comerciais ou marcas de um determinado produto devem, na medida do possível, ser evitado, mesmo que sejam de uso comum. Porém, se for inevitável, a natureza do produto cuja marca faz referência excepcionalmente deve ser indicada.⁷²⁷ Contudo, sempre que possível, deve-se evitar a especificação de equipamento manufaturado por um único produtor.⁷²⁸

Nos casos em que se inclui na norma internacional uma marca que associa determinada tecnologia, distintamente do que ocorre em relação às patentes e aos programas de computador, as organizações não apresentam regras pertinentes ao licenciamento. Assim, o titular de uma marca que seja incorporada em determinada norma técnica não é chamado a se manifestar em relação à licença de uso para fins de aplicação da norma, salvo se a tecnologia relacionada à marca envolver patentes ou programas de computador protegidos.

⁷²⁵ ITU-T Guidelines related to the inclusion of marks in ITU-T Recommendations, 2005.

⁷²⁶ ITU-T Guidelines related to the inclusion of marks in ITU-T Recommendations, 2005.

⁷²⁷ Parágrafo 6.6.3, ISO/IEC Directives, Part 2, 2011. Ver ainda parágrafo 6.3.7.2 e D.1.4, ISO/IEC Directives, Part 2, 2011.

⁷²⁸ Parágrafo 6.3.5.3, ISO/IEC Directives, Part 2, 2011.

No que diz respeito às marcas próprias das organizações internacionais, sua proteção é assegurada conforme o artigo 6^{ter} da Convenção de Paris. Nesse sentido, elas resguardam seus direitos sobre o nome, logos e outras marcas que venham ser criadas.⁷²⁹

Essas políticas de propriedade intelectual instituídas pelas organizações internacionais de normalização revelam a preocupação e os esforços das organizações no sentido de promover a harmonização das normas técnicas em escala mundial e, assim, facilitar o comércio e a transferência internacional de tecnologia. Ao buscar alcançar um equilíbrio entre os diversos interesses envolvidos no processo de normalização, levando em consideração as regras e princípios do comércio internacional, minimizam algumas tensões inerentes à relação entre normalização técnica e propriedade intelectual que afetam negativamente o comércio. Contudo, elas apresentam limitações e não alcançam mitigar todos os problemas envolvidos nesse cenário – muitos dos quais foram ilustrados no terceiro capítulo deste trabalho.

Na prática, falta a essas medidas obrigatoriedade e força coercitiva, o que dificulta sua adoção e observância no plano doméstico. Ainda, as interpretações feitas pelas distintas partes envolvidas, por exemplo, a respeito do princípio da negociação razoável e não discriminatória também representam uma dificuldade para a adoção de tais medidas, pois na maioria das vezes as interpretações são diferenciadas e incompatíveis com as necessidades dos interessados em obter a licença para se adequar às normas técnicas. Essas questões e as ambiguidades relativas às obrigações dos participantes no processo de normalização podem dar lugar a conflitos graves uma vez que as normas sejam adotadas.⁷³⁰

O grande desafio dessas políticas é encontrar um adequado equilíbrio entre os interesses individuais e os coletivos envolvidos. Se a política for demasiadamente favorável aos titulares de tecnologias proprietárias, coloca-se em risco a aplicação geral

⁷²⁹ Ver INTERNATIONAL TELECOMMUNICATIONS UNION. *ITU-T Guidelines related to the inclusion of marks in ITU-T Recommendations*. Genebra: ITU, 2005. Disponível em: <<http://www.itu.int/en/ITU-T/ipr/Pages/default.aspx>>. Acesso em: 13 set. 2011.

⁷³⁰ Cientes de uma necessidade de constante acompanhamento e revisão dessas políticas e dos mecanismos de sua implementação, o Telecommunication Standardization Bureau (TSB) da ITU criou um Grupo ad hoc de Propriedade Intelectual com o mandato de servir como um foro para intercâmbio de visões de especialistas sobre as questões de direitos de propriedade intelectual relacionadas às normas técnicas (Ver ITU IPR, 2011). Neste âmbito, são debatidas e revisadas essas diretrizes aplicáveis ao tema. No caso da ISO, foi instituído um comitê específico (ISO/DEVCO) encarregado da dimensão de desenvolvimento das atividades internacionais de normalização (Ver ISO, 2001)

da norma. Se ela for excessivamente estrita aos titulares de tecnologia, pode desincentivar sua colaboração na criação de normas e elevar os custos do processo de normalização.⁷³¹

Assim, embora essas políticas resolvam em parte os problemas afetos à normalização internacional, ainda remanescem questões em aberto que precisam ser avaliadas e solucionadas, especialmente desde a perspectiva nacional, com o objetivo de facilitar o comércio internacional e promover a concorrência leal, a transferência internacional de tecnologias e, por conseguinte, o desenvolvimento das nações.

Sob a perspectiva do ordenamento jurídico do comércio internacional, elas não eliminam as dificuldades dos países Membros da OMC em conciliar os compromissos assumidos nos acordos comerciais, especialmente no que se refere à normalização técnica. Isso porque se buscarem adotar incondicionalmente normas internacionais que envolvam tecnologias protegidas por direitos de propriedade intelectual podem criar obstáculos desnecessários ao comércio, tanto interno como internacional, e tornar insustentável o desenvolvimento nacional.

Diante desse complexo cenário, como forma para buscar solucionar ou abrandar as tensões inerentes às normas técnicas internacionais que envolvam direitos de propriedade intelectual, os países têm adotado distintas medidas pautadas nas flexibilidades contidas nos acordos da OMC. Uma opção considerada por alguns países refere-se à flexibilização dos direitos de propriedade intelectual quando associados às normas técnicas. Estados Unidos, Japão e União Europeia têm adotado medidas nesse sentido.⁷³² Em alguns casos a alternativa é o afastamento das normas internacionais na ocasião do estabelecimento de suas normas e regulamentos técnicos nacionais. Exemplos disso são difíceis de serem identificados, contudo, a manifesta política adotada pela China permite utilizá-la como tal, conforme se analisa nos próximos capítulos.

⁷³¹ Ver OMPI, SCP/13/2 Prov., 2009, p. 32-33.

⁷³² Sobre o histórico de políticas de propriedade intelectual no âmbito das organizações de normalização nos Estados Unidos, ver WILLINGMYRE, George. *Evolution of the ANSI Patent Policy*. 2008. Disponível em: <<http://www.gtwassociates.com/answers/EvolutionANSIPolicy.html>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Por exemplo, na União Européia, a Comissão estabeleceu em 1992 princípios gerais para lidar com o assunto, endereçados aos organismos de normalização comunitários e aos titulares de direitos de propriedade intelectual, sugerindo que tais regras tivessem como base as práticas dos organismos internacionais de normalização (CEC COM(92) 445 final).

PARTE III

MEDIDAS DE MITIGAÇÃO DE TENSÕES E CONFLITOS: ALTERNATIVAS E SEUS LIMITES

Capítulo 7

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL RELACIONADOS ÀS NORMAS TÉCNICAS

Embora o Acordo TRIPS tenha contribuído, até certo ponto, para a harmonização da proteção dos direitos de propriedade intelectual, ele não constitui uma lei uniforme nessa matéria. Ele apenas estipula um padrão mínimo de proteção que os Membros da OMC estão obrigados a observar. Os Membros podem, mas não estão obrigados, a estabelecer proteção mais ampla que a exigida no Acordo, desde que não contrarie suas disposições.⁷³³

Nesse sentido, os Membros podem determinar a forma apropriada de implementar as disposições do Acordo no âmbito de seus respectivos sistemas e práticas jurídicas. Portanto, os países contam com um grau de liberdade para estabelecer aspectos dos direitos de propriedade intelectual que não são abordados de maneira específica no Acordo, assim como para realizar diferentes interpretações das disposições existentes.⁷³⁴

Diante disso, os Membros da OMC possuem uma margem de manobra permitida para desenhar seus sistemas de propriedade intelectual no marco do Acordo TRIPS, com vistas à consecução de seus objetivos.⁷³⁵ Essa flexibilidade conferida pode ser utilizada na ocasião da implementação interna do Acordo.

A flexibilização dos direitos de propriedade intelectual consiste em uma prática comumente utilizada pelos países Membros da OMC, especialmente em questões sensíveis como saúde pública, área na qual o tema tem sido amplamente debatido. O conceito de “flexibilidade” aplicado às obrigações impostas pelo Acordo TRIPS tem se revelado crucial na análise do Acordo e para o posicionamento dos países em

⁷³³ Artigo 1, Acordo TRIPS. CORREA, Carlos Maria. *Propriedade Intelectual e Saúde Pública* (Tradução por Fabíola Wüst Zibetti). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

⁷³⁴ Artigo 1, Acordo TRIPS; CORREA, 2007.

⁷³⁵ CORREA, 2007.

desenvolvimento.⁷³⁶

Segundo Nuno Pires de CARVALHO, as flexibilidades são aqueles elementos da legislação de propriedade intelectual que possibilitam os países em desenvolvimento aplicar regras compatíveis com o Acordo TRIPS de uma forma que os permite perseguir suas próprias políticas domésticas. Conforme esse autor, o Acordo TRIPS contempla distintos tipos de flexibilidades que podem ser usadas pelos países. São as flexibilidades quanto à forma de implementação das obrigações do Acordo, aos padrões substantivos de proteção, aos mecanismos de aplicação e às áreas não cobertas pelo Acordo.⁷³⁷

Com relação aos países de menor desenvolvimento relativo Membros da OMC, nos termos do preâmbulo do Acordo TRIPS, assegura-se o uso das flexibilidades implícitas e explícitas no Acordo, na implementação interna de leis e regulamentos, de forma a habilitá-los a criar uma base tecnológica sólida e viável.

Particularmente em matéria de saúde pública, o direito dos países de fazer uso, em toda sua plenitude, da flexibilidade implícita nas disposições do Acordo TRIPS, foi reafirmado Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública.⁷³⁸ Por meio dessa Declaração, os Membros da OMC reconhecem que essa flexibilidade significa que “na aplicação das tradicionais regras de interpretação da legislação internacional pública, cada cláusula do Acordo TRIPS deverá ser entendida à luz do objeto e da finalidade do Acordo, na forma expressa sem seus objetivos e princípios”.⁷³⁹

⁷³⁶ Ver CORREA, 2007; ROSENBERG, Bárbara. *Patentes de Medicamentos e Comércio Internacional: Os Parâmetros do TRIPS e do Direito Concorrencial para a Outorga de Licenças Compulsórias*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004; BASSO, Maristela SALOMÃO FILHO, Calixto; POLIDO, Fabrício; CÉSAR, Priscilla. *Direitos de Propriedade Intelectual e Saúde Pública: o acesso universal aos medicamentos anti-retrovirais no Brasil*. São Paulo:IDCID, 2007; GUISE, Monica Steffen. *Comércio Internacional, Patentes e Saúde Pública*. Curitiba: Juruá, 2007.

⁷³⁷ CARVALHO, Nuno Pires de. *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*. London: Kluwer Law International, 2006, pp. 28-29.

⁷³⁸ Ver parágrafos 4 e 5(a) da Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública.

⁷³⁹ Parágrafo 5(a) da Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública. Ver CORREA, 2007, p. 92 e seguintes. Para interpretação dos acordos da OMC, deverão ser observadas os parágrafos 2 e 9, do artigo 3 do ESC. Segundo o artigo 3.2 “o sistema de solução de controvérsia da OMC é elemento essencial para trazer segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de comércio. Os Membros reconhecem que esse sistema é útil para preservar direitos e obrigações dos Membros dentro dos parâmetros dos acordos abrangidos e para esclarecer as disposições vigentes dos referidos acordos em conformidade com as normas correntes de interpretação do direito internacional público. As recomendações e decisões do OSC não poderão promover o aumento ou a diminuição dos direitos e obrigações definidos nos acordos abrangidos”. Nos termos do artigo 3.9 “as disposições do presente Entendimento não prejudicarão o direito dos

Os objetivos e princípios do Acordo TRIPS encontram-se expressos nos artigos 7 e 8, nos seguintes termos:

Artigo 7. Objetivos

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

Artigo 8. Princípios

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

2. Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia.

Conforme observa Carlos CORREA, as diversas posições adotadas pelos países na ocasião das negociações em matéria de propriedade intelectual na Rodada do Uruguai confluíram em uma posição consensuada que se expressa principalmente nos artigos 7 e 8 do Acordo TRIPS. Esses artigos refletem o paradigma de proteção da propriedade intelectual instrumentado pelo Acordo, que deixa uma margem considerável para modelar as legislações nacionais. Eles servem para apoiar uma correta interpretação do Acordo TRIPS, especialmente das disposições que deixam abertas diferentes opções aos países Membros para a implementação interna do mesmo, levando em consideração suas flexibilidades.⁷⁴⁰

CORREA esclarece que os conceitos de “benefício mútuo”, “bem-estar social e

Membros de buscar interpretação autorizada das disposições de um acordo abrangido através das decisões adotadas em conformidade com o Acordo Constitutivo da OMC ou um acordo abrangido que seja um Acordo Comercial Plurilateral”. Ainda, CORREA observa que, conforme a jurisprudência do GATT/OMC, a interpretação dos Acordos da OMC, incluído o Acordo TRIPS, deve ser efetuada com base nos princípios de direito consuetudinário internacional, segundo está codificado nos artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). Aos Painéis e ao Órgão de Apelação não se permite acrescentar direitos e obrigações quando se emite uma decisão sobre uma controvérsia (CORREA, 2007).

⁷⁴⁰ CORREA, Carlos. *Acuerdo TRIPS: Regimen Internacional de la Propiedad Intelectual*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998, pp. 26 e 31.

econômico” e “equilíbrio entre direitos e obrigações” indicam que o reconhecimento e observância dos direitos de propriedade intelectual estão sujeitos a valores sociais mais elevados e que se faz necessário o estabelecimento de um equilíbrio entre produtores e usuários de conhecimento tecnológico. Dentro desse contexto, ainda, a promoção da inovação tecnológica e a transferência e difusão de tecnologia consistem em componentes principais na base da política de propriedade intelectual.⁷⁴¹

Conforme Daniel GERVAIS, no nível político, esse balanço se traduz na necessidade de assegurar aos inovadores os direitos que são necessários para recuperar seus investimentos sem dificultar a concorrência por demasiado período de tempo. Esse autor observa que se a proteção excessiva pode resultar em um monopólio sobre determinado campo de atividade ou indústria, eventualmente reprimindo a competição necessária.⁷⁴²

Para o balanço entre a promoção da inovação e a transferência e difusão tecnológica, no marco do Acordo TRIPS, entre outras formas, pode ser promovidos diversos de tipos de medidas. Dentre outros aspectos, comumente essas medidas dizem respeito a:⁷⁴³

- a) Requisitos e condições para proteção;
- b) Matéria excluída de proteção ou não passível de proteção;
- c) Exaustão de direitos e importações paralelas;⁷⁴⁴
- d) Limitações e exceções aos direitos exclusivos;⁷⁴⁵
- e) Controle de práticas anticompetitivas.⁷⁴⁶

Considerando o propósito que se almeja alcançar por meio do uso de medidas como essas, observando os objetivos consagrados no Acordo TRIPS, os Membros podem usar uma ou mais dessas medidas. Conforme os efeitos esperados, distintas são as medidas adotadas e sua forma de aplicação.

⁷⁴¹ Artigo 7, Acordo TRIPS; CORREA, 1998, pp. 26-28. Ver ainda CARVALHO, Nuno Pires de. *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*. London: Kluwer Law International, 2006, pp. 179-185.

⁷⁴² GERVAIS, Daniel. *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*. London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 65.

⁷⁴³ Ver artigos 9, 15.3, 24.9, 26, 27 e 39, Acordo TRIPS.

⁷⁴⁴ Ver artigo 6, Acordo TRIPS.

⁷⁴⁵ Ver artigos 13, 17, 21, 30, 31 e 37, Acordo TRIPS.

⁷⁴⁶ Ver artigo 31 e 40, Acordo TRIPS.

Nesse sentido, por exemplo, entre as medidas que os países podem adotar com o propósito principal de acesso a produtos protegidos e fomento da concorrência de preços, têm-se as importações paralelas, algumas exceções aos direitos de patentes, a concessão de certo tipo de licenças compulsórias⁷⁴⁷ e a proteção contra a concorrência desleal, de informações apresentadas perante as autoridades em caso de certificações obrigatórias de cumprimento de normas e regulamentos técnicos.⁷⁴⁸

a) Requisitos e condições de proteção

No que se refere aos requisitos e condições de proteção, um exemplo que se destaca é o das informações não divulgadas, ou informações confidenciais. Quanto à proteção das informações confidenciais, o Acordo TRIPS determina a obrigação de sua proteção, em especial das informações submetidas a governos ou a agências governamentais, por exemplo, para fins de registro e autorização de comercialização.⁷⁴⁹

A confidencialidade será protegida desde que a informação (i) seja secreta, (ii) tenha valor comercial por ser secreta e (iii) tenha sido objeto de precauções razoáveis, nas circunstâncias, pela pessoa legalmente em controle da informação, para mantê-la secreta. Dentro desse contexto, considera-se “secreta” a informação que “não seja conhecida em geral nem facilmente acessível a pessoas de círculos que normalmente lidam com o tipo de informação em questão, seja como um todo, seja na configuração e montagem específicas de seus componentes”.⁷⁵⁰

Particularmente nos casos em que os Membros exijam a apresentação de resultados de testes ou outros dados não divulgados, como condição para “aprovar a comercialização de produtos farmacêuticos ou de produtos agrícolas químicos que utilizem novas entidades químicas”, conforme o parágrafo 3 do artigo 39, do Acordo

⁷⁴⁷ Carlos Correa observa que nenhuma disposição do Acordo TRIPS proíbe um membro de conceder uma licença compulsória para a importação de um produto protegido (CORREA, 2007).

⁷⁴⁸ CORREA, 2007.

⁷⁴⁹ Artigo 39, parágrafo 1 a 3, Acordo TRIPS, e Artigo 10 bis da Convenção de Paris (1967).

⁷⁵⁰ Artigo 39, parágrafo 2, Acordo TRIPS. Ver ainda KORS, Jorge. *Los Secretos Industriales y el Know How*. Buenos Aires: La Ley, 2007; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Régimen jurídico de los conocimientos técnicos: know how y secretos comerciales e industriales. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1984. BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. A Proteção dos dados de testes sigilosos submetidos à regulação estatal. *Revista Criação*, ano I, n. II, pp. 213-254, 2009.

TRIPS, os dados serão protegidos “contra seu uso comercial desleal” no caso em que sua elaboração envolver “esforço considerável”.⁷⁵¹ Nesses termos, o dispositivo deixa uma margem de manobra considerável para que os Membros implementem a obrigação de proteção dos dados de prova contra todo uso comercial desleal.

A proteção exigida pelo Acordo dirige-se unicamente às novas entidades químicas, não alcançando a proteção de resultados de testes ou outros dados não divulgados concernentes a outros produtos, tampouco a serviços.

Ainda, ao estipular que a informação confidencial está regulada no marco da disciplina da concorrência desleal, segundo as disposições do artigo 10*bis* da Convenção de Paris⁷⁵², afasta a exigência de se proteger esses dados como “direitos exclusivos”. Nesse sentido, a proteção é outorgada contra todo “uso comercial desleal” da informação protegida, o que significa que se pode proibir todo terceiro de usar os resultados das provas efetuadas por outra empresa como base para uma apresentação independente de pedido de aprovação comercial se os dados respectivos fossem obtidos mediante práticas comerciais desonestas. Segundo CORREA, desse modo, o artigo 39, parágrafo 3, “não cria direitos exclusivos” sobre a informação não divulgada⁷⁵³. Em algumas jurisdições, entretanto, tais como nos Estados Unidos e na União Europeia, confere-se uma proteção aos dados apresentados para registro de medicamentos na forma de concessão de direitos exclusivos por determinado período de tempo.⁷⁵⁴

⁷⁵¹ “[...] Ademais, os Membros adotarão providências para impedir que esses dados sejam divulgados, exceto quando necessário para proteger o público, ou quando tenham sido adotadas medidas para assegurar que os dados sejam protegidos contra o uso comercial desleal” (Artigo 39, parágrafo 3, Acordo TRIPS). Nesse caso, a matéria objeto de proteção refere-se aos dados de prova, que correspondem, por exemplo, ao resultado das provas realizadas pelo fabricante de determinado produto. São dados obtidos por meio da aplicação de protocolos padronizados, não se caracterizando como resultado de uma contribuição criativa. Reconhecendo essa situação, o Acordo TRIPS condiciona esse tipo de proteção ao fato de que deve existir um esforço considerável para elaborar essa informação. Protege-se um investimento (CORREA, 2007).

⁷⁵² Ao assegurar proteção efetiva contra competição desleal, deve ser observado o disposto no Artigo 10 bis da Convenção de Paris (1967) (Artigo 39, parágrafo 1, Acordo TRIPS, e artigo 10bis, Convenção de Paris).

⁷⁵³ Segundo CORREA, a “única proteção que cabe sustentar conferida ao Acordo é a proteção contra práticas comerciais ‘desleais’ no marco das leis contra a concorrência desleal” (CORREA, 2007).

⁷⁵⁴ Nos Estados Unidos, concede-se ao fabricante de medicamentos de marca um período de exclusividade de 5 anos para o uso de tal informação. Na Europa, a partir de uma recente reforma regulatória, este período pode ser estendido por até 11 anos. Contudo, conforme CORREA, este não é o conceito contido no Acordo TRIPS, que não exige a concessão de direitos exclusivos. Segundo esse autor, as autoridades nacionais podem, por exemplo, com o objetivo de aprovar pedidos posteriores, basear-se no registro realizado por um terceiro país que aplica normas sanitárias estritas ou em dados que estão a sua disposição sempre que se demonstre a equivalência (“similaridade”) dos produtos (CORREA, 2007).

Acrescenta-se também que devido à territorialidade do sistema de propriedade intelectual – uma característica que o Acordo TRIPS não alterou – a obrigação de proteger os dados de prova apenas surge no caso de os Membros exigirem a apresentação de tais dados por meio de sua regulamentação nacional. Portanto, se um Membro opta por não exigir aqueles dados, o artigo 39, parágrafo 3, não é aplicável. Somado a isso, se for o caso, a apresentação dos dados deve ser condição necessária para obter a aprovação. Assim, se os dados forem apresentados voluntariamente por um requerente, ou aqueles que excedam os requeridos para a aprovação, não se sujeitam à proteção. A proteção também não se estende aos dados já tornados públicos, tendo em vista que se limita às informações não divulgadas.

Diante disso, considera-se que os Membros da OMC contam com flexibilidades no Acordo TRIPS para adotar seus mecanismos de proteção das informações não divulgadas apresentadas para certificação ou registro.

Na prática, os distintos mecanismos de proteção e a extensão da proteção de dados apresentados para aprovar a comercialização de produtos farmacêuticos ou de produtos agrícolas químicos que utilizem novas entidades químicas, preocupam os países em relação a outros produtos, como alimentos. A esse respeito, em 2008, a Colômbia manifestou suas preocupações comerciais específicas no que concerne ao acesso de alimentos ao mercado da União Europeia e a proteção dos dados de prova, solicitando que a mesma seja tratada como parte da legislação sobre propriedade intelectual e não na regulamentação sanitária sobre novos alimentos.⁷⁵⁵

Cumprir observar que em alguns países o incremento dos mecanismos de proteção das informações confidenciais resultou em uma ampliação das exigências e detalhamento das informações a serem prestadas. Como exemplo disso destaca-se o Regulamento da União Europeia sobre Registro, Avaliação, Autorização e Restrição de Produtos Químicos, conhecido pela sigla REACH (acrônimo inglês de “*Registration, Evaluation and Authorisation of Chemicals*”), adotado na União Europeia. O elevado nível de exigências imposto pelo REACH passou a ser objeto de preocupação de alguns países como Austrália e Canadá. A Austrália embora reconheça a importância de garantir um

⁷⁵⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/W/298. Comunicación de Colombia: Preocupaciones comerciales específicas en relación con el acceso de los alimentos al mercado de la Unión Europea. 4 de noviembre de 2008.

alto nível de proteção da saúde humana e do meio ambiente, indica sua preocupação frente às prescrições em matéria de registro que exigem das empresas a divulgação de fórmulas confidenciais.⁷⁵⁶

b) Matéria excluída de proteção ou não passível de proteção

Em relação à matéria excluída de proteção ou não passível de proteção, os Membros da OMC podem estabelecer limitações ou exceções quanto à matéria protegida pelos direitos de propriedade intelectual.⁷⁵⁷ Para ilustrar, assinala-se aqui para uma questão atinente aos direitos autorais.

No que concerne aos direitos de autor, a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas⁷⁵⁸ em seu artigo 2, parágrafo 4, reserva aos países a faculdade de determinar, nas legislações nacionais, a proteção concedida aos textos oficiais de caráter legislativos, administrativo ou judiciária, assim como as traduções oficiais desses textos. Contudo, não estende expressamente essa faculdade aos textos de normas técnicas, cujo caráter privado não é eliminado pelo fato de ser qualificado como documento de interesse público. Diante disso, em várias situações sua proteção é objeto de discussão, tendo em vista que assume seu caráter vinculante em muitos casos – característica associada aos documentos oficiais.⁷⁵⁹

Ainda, outro exemplo pode ser encontrado do artigo 27 do Acordo TRIPS no qual estão previstas algumas flexibilidades aos Membros no que concerne à matéria

⁷⁵⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/M/49. Nota de la Secretaría: Acta de la reunión celebrada los días 5 y 6 de noviembre de 2009. 22 de diciembre de 2009.

⁷⁵⁷ A respeito dos limites dos direitos de autor, ver GEIGER, Christophe. Copyright and Free Access to Information: For a Fair Balance of Interests in a Globalized World. *European Intellectual Property Review*, n.7, p. 366-373, 2006. GEIGER, Christophe. *Droit d'auteur et droit du public à l'information: Approche de droit comparé*. Paris: Litec, 2004. 442 p.

⁷⁵⁸ Ver Convenção de Berna, em especial o artigo 2bis que trata da possibilidade de limitar a proteção de algumas obras protegidas por direitos de autor, o artigo 3 que versa sobre os critérios de proteção, e o artigo 6 que aborda a possibilidade de restringir a proteção com relação a determinadas obras de nacionais de alguns países que não pertencem a União.

⁷⁵⁹ No âmbito do Acordo TBT, ver artigos 2.9.3, 2.10.2, 2.11 e anexo 3, parágrafo O e P, sobre a disponibilização de cópias das normas e regulamentos técnicos, bem como a respeito de sua publicação ou colocação a disposição de outra forma. Ver POLLAUD-DULIAN, Frédéric. *Le Droit D'Auteur*. Paris: Economica, 2005, p. 133.

patenteável⁷⁶⁰. Esse dispositivo determina que seja patenteável qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial.

Portanto, o Acordo elimina a possibilidade de restrição à patentabilidade quanto ao setor tecnológico, salvo nos casos do artigo 27.3, no qual se admite expressamente que a exclusão da patenteabilidade das seguintes tecnologias: (a) métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de seres humanos ou de animais; (b) plantas e animais, exceto microrganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não biológicos e microbiológicos.⁷⁶¹ Além desses casos, o artigo 27.2 admite que os Membros considerem como não patenteáveis as invenções cuja exploração em seu território seja necessária evitar para “proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente”.⁷⁶²

Nesse sentido, como exemplo tem-se nos Estados Unidos a exclusão da patentabilidade de invenções que envolvam o uso de materiais nucleares especiais ou energia atômica, nos termos do *Atomic Energy Act*:

Chapter 13—Patents And Inventions. [...]

Sec. 151. Inventions Relating To Atomic Weapons, And Filing Of Reports

a. No patent shall hereafter be granted for any invention or discovery which is useful solely in the utilization of special nuclear material or atomic energy in an atomic weapon. Any patent granted for any such invention or discovery is hereby revoked, and just compensation shall be made therefor.

b. No patent hereafter granted shall confer any rights with respect to any invention or discovery to the extent that such invention or discovery is used in the utilization of special nuclear material or atomic energy in atomic weapons. Any rights conferred by any patent heretofore granted for any invention or discovery are hereby revoked to the extent that such invention or discovery is

⁷⁶⁰ Ademais das flexibilidades relativas à matéria patenteável, o Acordo TRIPS prevê a possibilidade de estabelecimento de condição para os requerentes de patente, conforme o artigo 29 do Acordo TRIPS, tais como: “Os Membros podem exigir que o requerente de uma patente forneça informações relativas a seus pedidos correspondentes de patente e às concessões no exterior” (Artigo 29.2, Acordo TRIPS).

⁷⁶¹ “[...] Não obstante, os Membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema sui generis eficaz, seja por uma combinação de ambos. O disposto neste subparágrafo será revisto quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC” (Artigo 27.3, Acordo TRIPS).

⁷⁶² Artigo 27.2, Acordo TRIPS.

*so used, and just compensation shall be made therefor. [...]*⁷⁶³

Com relação aos desenhos industriais, como requisitos para sua proteção eles devem ser novos ou originais, ou seja, que sejam diferentes significativamente de desenhos conhecidos ou combinações de características de desenhos conhecidos. No caso, os Membros podem estabelecer que a proteção não se estenda a desenhos determinados essencialmente por considerações técnicas ou funcionais. Outras exceções à proteção de desenhos industriais podem ser estabelecidas desde que não conflitem injustificavelmente com a exploração normal de desenhos industriais protegidos, nem prejudiquem injustificavelmente o legítimo interesse do titular do desenho protegido, levando em conta o legítimo interesse de terceiros.⁷⁶⁴

Nesse sentido, a legislação da Comunidade Andina apresenta um interessante exemplo que pode ser aplicável às tecnologias normalizadas, conforme se infere da leitura do artigo 116, da Resolução nº 486 da Comunidade Andina:

Artículo 116. No serán registrables: [...]

b) los diseños industriales cuya apariencia estuviere dictada enteramente por consideraciones de orden técnico o por la realización de una función técnica, que no incorpore ningún aporte arbitrario del diseñador; y,

*c) los diseños industriales que consista únicamente en una forma cuya reproducción exacta fuese necesaria para permitir que el producto que incorpora el diseño sea montado mecánicamente o conectado con otro producto del cual forme parte. Esta prohibición no se aplicará tratándose de productos en los cuales el diseño radique en una forma destinada a permitir el montaje o la conexión múltiple de los productos o su conexión dentro de un sistema modular.*⁷⁶⁵

Cumprir observar, ainda, que no âmbito do Acordo TRIPS, não inclui em seu escopo a proteção dos modelos de utilidade.⁷⁶⁶ Portanto, não há exigência de que os países estabeleçam um regime para sua proteção em seu ordenamento jurídico interno. Quanto à Convenção da União de Paris, esta prevê a possibilidade de proteção, mas não exige que os países outorguem modelos de utilidade, seja por patente ou outro regime de

⁷⁶³ UNITED STATES NUCLEAR REGULATORY COMMISSION. Office of the General Counsel. Atomic Energy Act of 1954. Nuclear Regulatory Legislation. 111th Congress; 2nd Session. NUREG-0980, Vol. 1, n. 9, Jan. 2011. Disponível em: <<http://www.nrc.gov/>>. Acesso em: 10 out. 2011.

⁷⁶⁴ Artigo 25 e 26, Acordo TRIPS.

⁷⁶⁵ Artigo 116, Decisión 486, Comunidad Andina (COMUNIDAD ANDINA. *Decisión 486, de 14 de septiembre de 2000*. Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Lima, Perú: CAN, 2000. Disponível em: <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D486.htm>>.).

⁷⁶⁶ CORREA, 1998, p. 42.

proteção. No entanto, no caso de os países preverem tal proteção, eles ficam sujeitos às disposições da Convenção de Paris⁷⁶⁷.

O regime de proteção de modelos de utilidade foi instituído em diversos países, tais como Alemanha, Espanha, Japão, Uruguai, Costa Rica, Argentina e Grupo Andino, além do Brasil.⁷⁶⁸ Ainda que muitos países prevejam este modo de proteção de bens imateriais, alguns dos importantes sistemas de propriedade intelectual não a empregam, tais como os Estados Unidos e a União Europeia.⁷⁶⁹

c) Exaustão de direitos e importações paralelas

As importações paralelas ocorrem quando um produto é importado em um país sem a autorização do titular do direito ou seus licenciários, sempre que os produtos tenham sido introduzidos no mercado estrangeiro de maneira legítima. Este conceito não inclui as importações de produtos falsificados. Como medida, elas podem ser admitidas legalmente com base no princípio do “esgotamento de direitos”, reconhecido no artigo 6 do Acordo TRIPS⁷⁷⁰.

O princípio do esgotamento, que justifica as importações paralelas, funda-se no conceito de que o titular não tem direito de controlar o uso ou a revenda dos bens introduzidos por ele no mercado ou tenham sido comercializados por um licenciário por ele autorizado. Em vários países, a doutrina baseia-se na existência de uma licença

⁷⁶⁷ Art. 1.2 e art. 4, Convenção de Paris.

⁷⁶⁸ Comentários sobre distintos países que adotam o regime de proteção de modelo de utilidade, ver CORREA, 1998, p. 42 e 81 e ss; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, 2004, p. 799 e ss.

⁷⁶⁹ VÁZQUEZ LÉPINETTE assinala que não há nenhuma norma, de direito comunitário europeu nem de direito internacional que regule os modelos de utilidade. Entretanto, há um projeto de regulamentação do modelo de utilidade europeu (por encargo da Comunidade Européia, pelo *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law*, de Munique) (VÁZQUEZ LÉPINETTE, 1996, p. 101).

⁷⁷⁰ Segundo Correa, o princípio foi elaborado extensamente no marco da integração européia com o objeto de evitar a fragmentação de mercados e práticas, por parte dos titulares de direito, de fixação de preços discriminatórios dentro da Comunidade (CORREA, 2007). Sobre o princípio da exaustão e as importações paralelas, ver BASSO, Maristela. *Propriedade Intelectual e importação paralela*. São Paulo: Editora Atlas, 2011; FORGIONI, Paula A. Importações Paralelas no Brasil: a propriedade industrial nos quadrantes dos princípios constitucionais. In: GRAU-KUNTZ, Karin; BARBOSA, Denis Borges. *Ensaio sobre o Direito Imaterial: Estudos dedicados a Newton Silveira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 209-230; BASSO, Maristela. A importação paralela e o princípio da exaustão. Especial referência às marcas. In: GRAU-KUNTZ, Karin; BARBOSA, Denis Borges. *Ensaio sobre o Direito Imaterial: Estudos dedicados a Newton Silveira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 169-208.

implícita segundo a qual o comprador (e todos aqueles que reivindicarem direitos em seu nome) de um produto patenteado é livre para tratar o produto como se não o estivesse patenteado. A venda de um produto protegido, salvo previsão em contrário, autoriza o comprador exercer, em relação a determinado produto, todos os direitos normais de um titular, inclusive o direito de revenda. Nos Estados Unidos o esgotamento é conhecido como a “doutrina da primeira venda”.⁷⁷¹

Em princípio, a doutrina do esgotamento dos direitos de propriedade intelectual estava limitada ao mercado nacional.⁷⁷² Contudo, na União Europeia essa doutrina foi estendida, por decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, a todo o mercado comum, com o objetivo de evitar a fragmentação que a aplicação das proibições à importação em cada jurisdição poderia criar. Enquanto que na União Europeia é adotado o princípio de esgotamento regional, outros países aplicam o mesmo princípio, mas no âmbito internacional. Isso significa que, independentemente do país exportador, o titular de direitos de propriedade intelectual não goza do direito de proibir as importações paralelas do produto que foi posto no mercado de tal país, seja com seu consentimento ou por outro meio legal.⁷⁷³

Segundo Carlos CORREA, o reconhecimento, no Acordo TRIPS, do princípio do esgotamento internacional poderia ser considerado como um resultado lógico do processo de globalização econômica.⁷⁷⁴ Notadamente, com o incremento da normalização técnica

⁷⁷¹ CORREA, 2007. Em 1873, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos “estabeleceu o que hoje se designa de exaustão ou esgotamento. Trata-se de *Mitchell v. Hawley* (1873). Nesse acórdão, o juiz Taney definiu que aquele que compra uma máquina patenteada para utilizá-la ‘nos usos comuns da vida’ torna-se dono dela, e ela deixa de ser protegida pela patente. Se a venda foi efetivada sem condições, o comprador pode utilizar a máquina até que se gaste, ou pode dispor dela como bem entender, como se se tratasse de um bem de qualquer outra natureza (*Mitchell v. Hawley*, 83. U.S. 544 (1873))” (CARVALHO, 2008, pp. 328-329).

⁷⁷² Algumas autores entendem que a aplicação da doutrina do esgotamento unicamente no âmbito nacional tem um efeito protecionista, pois a proibição de importações paralelas elude a concorrência estrangeira. Como o titular é recompensado na primeira venda do produto no país de origem, a proibição das importações paralelas não seria necessária para garantir a observância dos direitos de propriedade intelectual (CORREA, 2007). Ver ainda ALMEIDA, 2010, pp. 501-503.

⁷⁷³ CORREA, 2007.

⁷⁷⁴ No Japão, a doutrina do esgotamento internacional dos direitos de propriedade intelectual foi aplicada pelos tribunais em dois casos importantes: no caso *Jap Auto Products Kabushiki Kaisha & Anor* contra *BBS Kraftfahrzeug Technik A.G.* (1994) (importações paralelas de peças de automóveis adquiridas na Alemanha) e no caso *Aluminium Wheels* (1997). Nos Estados Unidos, uma decisão da Corte Suprema de 9 de março de 1998, confirmou o princípio do esgotamento de direitos em relação à importação de artigos protegidos por direito de autor que se vendiam no “mercado negro” (*Quality King Distributors Inc.* contra *L’Anza Research International Inc.*). Ainda, o Congresso dos Estados Unidos aprovou uma lei que autoriza a importação paralela de medicamentos nos Estados Unidos nos casos em que se reimporte um produto

internacional e a constante redução de obstáculos tarifários e não tarifários de escala mundial, as fronteiras dos mercados “nacionais” tendem a se dissipar.

A partir de uma perspectiva econômica, o princípio do esgotamento internacional pode contribuir para a competitividade das empresas locais, as quais poderão se ver ameaçadas caso sejam obrigadas a comprar exclusivamente de um distribuidor local cujos preços são mais elevados que em outras partes. De maneira similar, serão mais bem atendidos os interesses dos consumidores caso se reconheça o direito de adquirir produtos legítimos de fontes – nacionais ou estrangeiras – cujos preços sejam inferiores. Nesse cenário, as importações paralelas tendem a reduzir os preços e fomentar o estabelecimento local de titulares estrangeiros, que podem assim supervisionar o mercado e adaptar suas estratégias comerciais às condições variáveis.⁷⁷⁵

d) Limitações ou exceções aos direitos exclusivos

O Acordo TRIPS permite que se estabeleçam limitações ou exceções aos direitos exclusivos. Em relação aos direitos de autor e conexos, incluindo-se a proteção dos programas de computador e compilações de dados, as limitações estão contidas no artigo 13.⁷⁷⁶ Os artigos 17 e 30, em termos muito gerais tratam das limitações e exceções aos direitos sobre as marcas⁷⁷⁷ e patentes,⁷⁷⁸ respectivamente.

para os Estados Unidos (Lei estado-unidense “Agriculture, rural development, food and drug administration, and related agencies appropriations Act” de 2001) (CORREA, 2007).

⁷⁷⁵ A aceitação das importações paralelas pode, conseqüentemente, ser considerada como uma das medidas, compatíveis com o disposto no Acordo TRIPS, que os Membros podem autorizar de maneira explícita para proteger a saúde pública. Assim manifestou de maneira expressa a “Declaração relativa ao Acordo TRIPS e a Saúde Pública” (Declaração de Doha), adotada na Conferência Ministerial da Organização Mundial do Comércio (OMC) em novembro de 2001 (Ver artigo 8.1, Acordo TRIPS; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Conferencia Ministerial. WT/MIN(01)/DEC/2. Declaración Relativa al Acuerdo Sobre los ADPIC e La Salud Pública, adoptada el 14 de noviembre de 2001. Doha, 14 de noviembre de 2001.). Ver ainda REICHMAN, Jerome H. *Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection under the TRIPS Component of the WTO Agreement*. In: CORREA, Carlos M.; YUSUF, Abdulqawi A. *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*. 3. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2008, p. 23-63.

⁷⁷⁶ “Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito” (Artigo 13, Acordo TRIPS).

⁷⁷⁷ “Os Membros poderão estabelecer exceções limitadas aos direitos conferidos para uma marca, tal como o uso adequado de termos descritivos, desde que tais exceções levem em conta os legítimos interesses do titular da marca e de terceiros” (Artigo 17, Acordo TRIPS).

Essas disposições deixam uma margem de liberdade importante para que os Membros definam em suas legislações o tipo e o alcance das possíveis exceções aos direitos exclusivos dos titulares de patentes,⁷⁷⁹ marcas e direitos autorais, de forma que não prejudiquem de forma não razoável (injustificadamente), sua exploração normal e os interesses legítimos de seu titular, e de terceiros.

Com base no direito comparado, Carlos CORREA analisa diversos tipos de exceções aos direitos, dentro do alcance do artigo 30, em relação às patentes destacam-se: (i) os atos com fins privados e em escala não comercial, ou com fins não comerciais; (ii) o uso de invenção para fins de pesquisa; (iii) o uso da invenção para fins educativos; (iv) a preparação de medicamentos em função de receitas individuais; (v) a experimentação de invenção para avaliação ou aperfeiçoamento; (vi) uso de uma invenção por uma terceira parte que a utilizou de boa-fé antes da data do pedido da patente; (vii) a experimentação com o objetivo de obter a aprovação regulamentar para a comercialização de um produto após a expiração de uma patente.⁷⁸⁰

Ainda, no que se refere às limitações e exceções aos direitos exclusivos, o artigo 31 do Acordo TRIPS versa sobre os atos que não exigem autorização do titular de patentes, enquanto o artigo 37 trata dos atos que não exigem a autorização do titular do direito sobre topografias de circuitos integrados.⁷⁸¹

⁷⁷⁸ “Os Membros poderão conceder exceções limitadas aos direitos exclusivos conferidos pela patente, desde que elas não conflitem de forma não razoável com sua exploração normal e não prejudiquem de forma não razoável os interesses legítimos de seu titular, levando em conta os interesses legítimos de terceiros” (Artigo 30, Acordo TRIPS).

⁷⁷⁹ Ver CORREA, 2007.

⁷⁸⁰ CORREA, 2007. Ver UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT - UNCTAD; INTERNATIONAL CENTRE FOR TRADE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT - ICTSD. *Resource Book on TRIPS and Development*. New York: Cambridge University Press, 2005, pp. 430-447.

⁷⁸¹ “Artigo 37. Atos que não Exigem a Autorização do Titular do Direito: 1. Sem prejuízo do disposto no Artigo 36, nenhum Membro considerará ilícita a realização de qualquer dos atos a que se refere aquele artigo em relação a um circuito integrado que contenha uma topografia reproduzida de forma ilícita ou a qualquer produto que incorpore um tal circuito integrado, quando a pessoa que tenha efetuado ou ordenado tais atos não sabia e não tinha base razoável para saber, quando da obtenção do circuito integrado ou do produto, que ele continha uma topografia reproduzida de forma ilícita. Os Membros disporão que, após essa pessoa ter sido suficientemente informada de que a topografia fora reproduzida de forma ilícita, ela poderá efetuar qualquer daqueles atos com relação ao estoque disponível ou previamente encomendado, desde que pague ao titular do direito uma quantia equivalente a uma remuneração razoável, equivalente à que seria paga no caso de uma licença livremente negociada daquela topografia. 2. As condições estabelecidas nos subparágrafos (a) a (k) do Artigo 31 aplicar-se-ão, mutatis mutandis, no caso de qualquer licenciamento não voluntário de uma topografia ou de seu uso pelo ou para o Governo sem a autorização do titular do direito” (Artigo 37, Acordo TRIPS). Ver UNCTAD e ICTSD, 2005, pp. 513-516.

Particularmente no que concerne ao artigo 31, o Acordo TRIPS prevê a possibilidade de os Membros estabelecerem outro uso do objeto da patente sem autorização do titular, uma vez que observem os requisitos e condições, conforme segue:

Artigo 31. Outro Uso sem Autorização do Titular

Quando a legislação de um Membro permite outro uso do objeto da patente sem autorização de seu titular, inclusive o uso pelo Governo ou por terceiros autorizados pelo Governo, as seguintes disposições serão respeitadas:

(a) a autorização desse uso será considerada com base no seu mérito individual;

(b) esse uso só poderá ser permitido se o usuário proposto tiver previamente buscado obter autorização do titular, em termos e condições comerciais razoáveis, e que esses esforços não tenham sido bem sucedidos num prazo razoável. Essa condição pode ser dispensada por um Membro em caso de emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência ou em casos de uso público não comercial. No caso de uso público não comercial, quando o Governo ou o contratante sabe ou tem base demonstrável para saber, sem proceder a uma busca, que uma patente vigente é ou será usada pelo ou para o Governo, o titular será prontamente informado;

(c) o alcance e a duração desse uso será restrito ao objetivo para o qual foi autorizado e, no caso de tecnologia de semicondutores, será apenas para uso público não comercial ou para remediar um procedimento determinado como sendo anticompetitivo ou desleal após um processo administrativo ou judicial;

(d) esse uso será não exclusivo;

(e) esse uso não será transferível, exceto conjuntamente com a empresa ou parte da empresa que dele usufrui;

(f) esse uso será autorizado predominantemente para suprir o mercado interno do Membro que o autorizou;

(g) sem prejuízo da proteção adequada dos legítimos interesses das pessoas autorizadas, a autorização desse uso poderá ser terminada se e quando as circunstâncias que o propiciaram deixarem de existir e se for improvável que venham a existir novamente. A autoridade competente terá o poder de rever, mediante pedido fundamentado, se essas circunstâncias persistem;

(h) o titular será adequadamente remunerado nas circunstâncias de cada uso, levando-se em conta o valor econômico da autorização;

(i) a validade legal de qualquer decisão relativa à autorização desse uso estará sujeita a recurso judicial ou a outro recurso independente junto a uma autoridade claramente superior naquele Membro;

(j) qualquer decisão sobre a remuneração concedida com relação a esse uso estará sujeita a recurso judicial ou outro recurso independente junto a uma autoridade claramente superior naquele Membro;

(k) os Membros não estão obrigados a aplicar as condições estabelecidas nos subparágrafos ‘b’ e ‘f’ quando esse uso for permitido para remediar um procedimento determinado como sendo anticompetitivo ou desleal após um processo administrativo ou judicial. A necessidade de corrigir práticas anticompetitivas ou desleais pode ser levada em conta na determinação da remuneração em tais casos. As autoridades competentes terão o poder de recusar a terminação da autorização se e quando as condições que a propiciaram forem tendentes a ocorrer novamente;

(l) quando esse uso é autorizado para permitir a exploração de uma patente (‘a segunda patente’) que não pode ser explorada sem violar outra patente (‘a primeira patente’), as seguintes condições adicionais serão aplicadas:

(i) a invenção identificada na segunda patente envolverá um avanço técnico importante de considerável significado econômico em relação à invenção identificada na primeira patente;

(ii) o titular da primeira patente estará habilitado a receber uma licença cruzada, em termos razoáveis, para usar a invenção identificada na segunda patente; e

(iii) o uso autorizado com relação à primeira patente será não transferível, exceto com a transferência da segunda patente.

Ainda que o Acordo TRIPS não faça referência expressa às licenças compulsórias em seu artigo 31, o conjunto de disposições nele contidos serve de fundamento para embasar as legislações nacionais em matéria de licenciamento compulsório de patentes. Dentro do conceito de “outro uso do objeto da patente sem autorização de seu titular, inclusive o uso pelo Governo ou por terceiros autorizados pelo Governo” enquadram-se as “licenças não voluntárias”, ou “licenças compulsórias”. Essa forma de licenciamento consiste em uma autorização acordada pelo governo que autoriza terceiros, sem o consentimento do titular de direitos, a utilizar uma patente.⁷⁸²

Esse mecanismo também se aplica às topografias de circuitos integrados, nos termos dos artigos 37 do Acordo TRIPS,⁷⁸³ e aos desenhos industriais, embora forma restritiva, segundo o artigo 5B da Convenção de Paris, em observância ao artigo 2 do

⁷⁸² Ver CORREA 2007, pp. 193-202; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, 2004, pp. 420-516.

⁷⁸³ “As condições estabelecidas nos subparágrafos (a) a (k) do Artigo 31 aplicar-se-ão, mutatis mutandis, no caso de qualquer licenciamento não voluntário de uma topografia ou de seu uso pelo ou para o Governo sem a autorização do titular do direito” (Artigo 37.2, Acordo TRIPS).

Acordo TRIPS. As licenças compulsórias também são admissíveis em matéria de direitos de autor, observando as disposições contidas na Convenção de Berna,⁷⁸⁴ aplicáveis aos Membros da OMC, nos termos dos artigos 9 e 10 do Acordo TRIPS. Conforme o artigo 21 do Acordo TRIPS, não se admitem licenças compulsórias de marcas, contudo, admite-se que os Membros determinem condições para a concessão de licenças de uso e cessão de marcas, observando que o titular de uma marca registrada terá o direito de ceder a marca, com ou sem a transferência do negócio ao qual a marca pertença.

Antes da adoção do Acordo TRIPS, a maioria dos países do mundo, inclusive dos países desenvolvidos, possuía diferentes modalidades de licenças compulsórias.⁷⁸⁵ Posteriormente a sua adoção, tais disposições foram mantidas ou mesmo ampliadas. Apesar de seu caráter legítimo, alguns países que estipularam em suas legislações um ou mais tipos de licenças compulsórias tiveram que enfrentar a ameaça de represálias unilaterais ou a suspensão de ajuda por parte de alguns países desenvolvidos.⁷⁸⁶ Exemplo disso foi à controvérsia entre Estados Unidos e África do Sul a respeito da legislação sul-africana. Contudo, nota-se que o uso intensivo dessas licenças ocorre em alguns países desenvolvidos, como é o caso próprio dos Estados Unidos, que possui regras de licenciamento compulsório em diversas áreas, como as de tecnologias de prevenção e controle de poluição do ar, no *Clean Air Act*,⁷⁸⁷ e de tecnologias de energia atômica, no *Atomic Energy Act*.⁷⁸⁸

⁷⁸⁴ Ver artigos 10 e 10bis e Anexo, da Convenção de Berna.

⁷⁸⁵ CORREA, 2007.

⁷⁸⁶ Vejam-se as listas de observação elaboradas anualmente pelos USTR nas quais são enumerados os países suscetíveis de ser objeto de sanções comerciais em virtude da Seção Especial 301 da Lei de Comércio estado-unidense.

⁷⁸⁷ Nos termos do Clean Air Act, o licenciamento compulsório está previsto no §7608, que estabelece o seguinte: “Mandatory licensing. Whenever the Attorney General determines, upon application of the Administrator— (1) that— (A) in the implementation of the requirements of section 7411, 7412, or 7521 of this title, a right under any United States letters patent, which is being used or intended for public or commercial use and not otherwise reasonably available, is necessary to enable any person required to comply with such limitation to so comply, and (B) there are no reasonable alternative methods to accomplish such purpose, and (2) that the unavailability of such right may result in a substantial lessening of competition or tendency to create a monopoly in any line of commerce in any section of the country, the Attorney General may so certify to a district court of the United States, which may issue an order requiring the person who owns such patent to license it on such reasonable terms and conditions as the court, after hearing, may determine. Such certification may be made to the district court for the district in which the person owning the patent resides, does business, or is found”. (UNITED STATES. The Clean Air Act. United States Code, Title 42, Chapter 85. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/chapter-85/subchapter-III>>. Acesso em 10 set. 2011).

⁷⁸⁸ “Chapter 13—Patents And Inventions. [...] Sec. 153. Nonmilitary Utilization:

a. The Commission may, after giving the patent owner an opportunity for a hearing, declare any patent to be affected with the public interest if (1) the invention or discovery covered by the patent is of primary importance in the production or utilization of special nuclear material or atomic energy; and (2) the licensing of such invention or discovery under this section is of primary importance to effectuate the policies and purposes of this Act.

b. Whenever any patent has been declared affected with the public interest, pursuant to subsection 153a.– (1) the Commission is hereby licensed to use the invention or discovery covered by such patent in performing any of its powers under this Act; (2) any person may apply to the Commission for a nonexclusive patent license to use the invention or discovery covered by such patent, and the Commission shall grant such patent license to the extent that it finds that the use of the invention or discovery is of primary importance to the conduct of an activity by such person authorized under this Act.

c. Any person– (1) who has made application to the Commission for a license under section 53, 62, 63, 81, 103, or 104, or a permit or lease under section 67; (2) to whom such license, permit, or lease has been issued by the Commission; (3) who is authorized to conduct such activities as such applicant is conducting or proposed to conduct under a general license issued by the Commission under section 62 or 81; or (4) whose activities or proposed activities are authorized under section 31, may at any time make application to the Commission for a patent license for the use of an invention or discovery useful in the production or utilization of special nuclear material or atomic energy covered by a patent. Each such application shall set forth the nature and purpose of the use which the applicant intends to make of the patent license, the steps taken by the applicant to obtain a patent license from the owner of the patent, and a statement of the effects, as estimated by the applicant, on the authorized activities which will result from failure to obtain such patent license and which will result from the granting of such patent license.

d. Whenever any person has made an application to the Commission for a patent license pursuant to subsection 153c.– (1) the Commission, within 30 days after the filing of such application, shall make available to the owner of the patent all of the information contained in such application, and shall notify the owner of the patent of the time and place at which a hearing will be held by the Commission; (2) the Commission shall hold a hearing within 60 days after the filing of such application at a time and place designated by the Commission; and (3) in the event an applicant applies for two or more patent licenses, the Commission may, in its discretion, order the consolidation of such applications, and if the patents are owned by more than one owner, such owners may be made parties to one hearing.

e. If, after any hearing conducted pursuant to subsection 153d, the Commission finds that– (1) the invention or discovery covered by the patent is of primary importance in the production or utilization of special nuclear material or atomic energy; (2) the licensing of such invention or discovery is of primary importance to the conduct of the activities of the applicant; (3) the activities to which the patent license are proposed to be applied by such applicant are of primary importance to the furtherance of policies and purposes of this Act; and (4) such applicant cannot otherwise obtain a patent license from the owner of the patent on terms which the Commission deems to be reasonable for the intended use of the patent to be made by such applicant, the Commission shall license the applicant to use the invention or discovery covered by the patent for the purposes stated in such application on terms deemed equitable by the Commission and generally not less fair than those granted by the patents or by the Commission to similar licensees for comparable use.

f. The Commission shall not grant any patent license pursuant to subsection 153e. for any other purpose than that stated in the application. Nor shall the Commission grant any patent license to any other applicant for a patent license on the same patent without an application being made by such applicant pursuant to subsection 153c., and without separate notification and hearing as provided in subsection 153d., and without a separate finding as provided in subsection 153e.

g. The owner of the patent affected by a declaration or a finding made by the Commission pursuant to subsection 153b. or 153e. shall be entitled to a reasonable royalty fee from the licensee for any use of an invention or discovery licensed by the section. Such royalty fee may be agreed upon by such owner and the patent licensee, or in the absence of such agreement shall be determined for each patent license by the Commission pursuant to subsection 157c.

h. The provisions of this section shall apply to any patent the application for which shall have been filed before September 1, 1979” (UNITED STATES NUCLEAR REGULATORY COMMISSION. Office of the General Counsel. Atomic Energy Act of 1954. Nuclear Regulatory Legislation. 111th Congress; 2nd Session. NUREG-0980, Vol. 1, n. 9, Jan. 2011. Disponível em: <<http://www.nrc.gov/>>. Acesso em: 10 out. 2011).

De modo geral, o Acordo TRIPS não estabelece uma enumeração limitativa ou sequer exemplificativa a respeito dos motivos que podem embasar a concessão de licenças compulsórias sobre direitos de propriedade intelectual. A única situação em que o Acordo efetivamente restringe a liberdade para determinar os motivos de concessão de licenças compulsórias está relacionada com a “tecnologia de semicondutores”, que somente pode estar sujeita às licenças para uso público não comercial e para remediar práticas contrárias à concorrência.

Em relação às patentes, no artigo 5A, da Convenção de Paris existe menção expressa a respeito das licenças compulsórias e de seus motivos. No entanto, tal menção também é escassamente delimitada, pois se refere apenas a “abusos que poderiam resultar do exercício do direito exclusivo conferido pela patente”.⁷⁸⁹ No Acordo TRIPS, ainda que não haja previsão expressa, existem indicativos no artigo 31, a casos de recusa a negociar em termos e condições comerciais razoáveis, emergência nacional ou de extrema urgência, de licenças para uso público não comercial, para corrigir práticas anticompetitivas e de dependência de patentes.⁷⁹⁰

A doutrina também indica um rol semelhante de casos em que seria possível o licenciamento compulsório conforme segue: negativa a negociar;⁷⁹¹ interesse público; emergência; uso governamental; ausência ou insuficiência de exploração⁷⁹² e práticas anticompetitivas.⁷⁹³

A negativa a negociar ocorre quando o titular de uma patente nega-se a conceder uma licença voluntária que foi solicitada em termos comerciais razoáveis. A negativa de negociar em si não constitui uma medida anticompetitiva. Porém, a cobrança de royalties discriminatórios pode se configurar uma prática anticompetitiva, caracterizando-se, portanto, em uma negativa de negociar em termos não discriminatórios.⁷⁹⁴ Nos casos em que os direitos de propriedade intelectual são essenciais ao cumprimento das normas técnicas internacionais, a liberdade de indústria e ou de comércio é fortemente afetada,

⁷⁸⁹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, 2004, pp. 429-430.

⁷⁹⁰ Ver CABANELLAS DE LAS CUEVAS, 2004, pp. 493-501.

⁷⁹¹ Ver CORREA, 2007; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, 2004, pp. 430-440.

⁷⁹² Ver CORREA, 2007; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, 2004, pp. 440-467.

⁷⁹³ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, 2004, pp. 467-486.

⁷⁹⁴ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, 2004, pp. 435.

tendo em vista, por exemplo, que a disponibilidade de um produto ou o desenvolvimento de uma atividade comercial fica comprometida. Situações como essas poderiam ainda se caracterizar como típico de interesse público, visando assegurar a liberdade de iniciativa no mercado – princípio preconizado constitucionalmente em muitos países.

As situações de emergência são aquelas em que se colocam as necessidades urgentes para a saúde pública a consequência de uma catástrofe natural, uma guerra ou uma epidemia.⁷⁹⁵

Quanto ao uso governamental, o licenciamento não voluntário pode ser utilizado, por exemplo, para uso em atividades da administração pública de cunho assistencial, como a assistência sanitária aos pobres.⁷⁹⁶ Notadamente em relação às licenças compulsórias concedidas aos contratantes governamentais, a legislação nacional pode suspender o direito de um titular de patente de requerer um mandato que impeça o governo ou um contratante governamental de fazer uso de sua patente, reconhecendo a ele unicamente o direito de reclamar compensação nos termos do artigo 31(h). Essa prática é muito usada pelos Estados Unidos, onde o governo pode utilizar patentes sem licença e o titular da patente pode apenas reclamar a compensação ao amparo do United States Code, Capítulo 28, §1498 (28 USC 1498).⁷⁹⁷

Por outro aspecto, a licença compulsória por ausência ou insuficiência de exploração serve nas situações em que o titular da patente não alcança suprir as demandas do mercado, como, por exemplo, no caso de uma invenção necessária para a atenção sanitária ou nutrição. O parágrafo 1 do artigo 27 do Acordo TRIPS foi interpretado no sentido de excluir as obrigações que exigem a exploração industrial da invenção. No entanto, artigo 5A da Convenção de Paris permite a concessão de licenças compulsórias nos casos de falta de exploração. O preâmbulo do Acordo, assim como os artigos 7 e 8 deixam claro que um dos objetivos do Acordo é fomentar a transferência de tecnologia, que pode, em alguns casos, ser garantida mediante licenças compulsórias concedidas por

⁷⁹⁵ Por exemplo, a situação de alguns países africanos no que diz respeito à AIDS pode ser considerada uma emergência de saúde pública.

⁷⁹⁶ Este tipo de licenças é concedido, em algumas jurisdições, com base no conceito de domínio eminente atribuído ao Estado.

⁷⁹⁷ CORREA, 2007.

falta de exploração⁷⁹⁸.

Em todos os casos de licenças compulsórias será preciso determinar o nível de compensação em conceito de valores que devem ser pagos ao se emitir uma licença compulsória. Na prática, as licenças para remediar práticas anticompetitivas sujeitam-se a um tratamento especial com relação à remuneração que perceberá o titular da patente.⁷⁹⁹ Nos Estados Unidos um número importante de licenças compulsórias com o objeto de remediar práticas anticompetitivas foi outorgado isento de remuneração.

O processo para a concessão de uma licença compulsória, na prática, pode tardar anos, de modo que não constitui uma solução “rápida” frente, por exemplo, a necessidade de uma empresa de adquiri-la para fins de poder cumprir as exigências de uma norma técnica que envolve tecnologias patenteadas.

Não obstante, outra questão seria se o concessionário da licença compulsória estaria autorizado a exportar. O Acordo TRIPS estipula que uma licença compulsória deve ser destinada “principalmente” a abastecer o mercado interno, segundo o inciso ‘f’ do artigo 31. Conforme Correa, as exportações seriam possíveis, ainda que provavelmente não devesse se constituir a atividade principal do concessionário no que se refere ao produto licenciado de forma não voluntária⁸⁰⁰.

Além das licenças compulsórias, há outros mecanismos de licenciamento que podem ser adotados frente à situação das tecnologias relacionadas às normas técnicas, como as licenças automáticas, as licenças de pleno direito voluntárias e as licenças voluntárias condicionadas.

Segundo Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, as licenças automáticas, ou “licenças de pleno direito obrigatórias”, figuram na lei e nascem de forma automática, sem um ato específico de autoridade governamental, judicial ou administrativa. Elas não decorrem, portanto, de um ato específico, individualizado, como nas licenças compulsórias, mas de uma disposição legal que pode contemplar um número indeterminado de licenciários que reúnam as condições estabelecidas na lei que dão

⁷⁹⁸ CORREA, 2007.

⁷⁹⁹ CORREA, 2007.

⁸⁰⁰ CORREA, 2007.

origem à licença. Em alguns casos, contudo, pode uma licença automática originar-se de um ato de autoridade governamental. Esse tipo de licença geralmente é estabelecido em leis de repressão às práticas restritivas da concorrência⁸⁰¹. No âmbito do Acordo TRIPS não há disposição específica que trate desse tipo de licença, caso em que sua adoção na legislação nacional deveria observar as particularidades do artigo 31 ou do artigo 40, o qual será analisado posteriormente.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS caracteriza a licença de pleno direito voluntária como um tipo de licença de pleno direito, porém que só se efetiva mediante um ato voluntário prévio do titular do direito de propriedade intelectual, que se sujeita a tal regime. Uma vez estabelecida à declaração da intenção de se submeter ao regime de licenças de pleno direito, as partes interessadas aderem à relação jurídica. A principal distinção entre uma licença voluntária e uma licença de pleno direito voluntária está em que a segunda não resulta na negociação bilateral fundada no princípio da liberdade contratual – no sentido de autonomia das partes para fixar total ou parcialmente o conteúdo de cada contrato –, mas sim resultado de um procedimento prévio, cujo resultado contratual pode ter sido fixado por lei ou por outro meio. No caso das licenças de pleno direito, a oferta é dirigida ao público em geral – não a uma pessoa determinada – e tem efeitos plenamente vinculantes para as partes em virtude do regime específico⁸⁰². Um exemplo característico de licença de pleno direito voluntário pode ser encontrado no Brasil⁸⁰³ e na Espanha,⁸⁰⁴ nos casos em que o titular coloca sua patente e oferta de licença junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial, porém essas não se referem a medidas relacionadas à normalização técnica.

Outro exemplo é o do Instituto Nacional de Normalização Americana (ANSI, sigla em inglês), que representa aproximadamente 200 organismos de normalização nos Estados Unidos. Esse instituto estabeleceu uma política nacional de propriedade intelectual em matéria de normalização técnica. Em termos gerais, a política determina procedimentos para incentivar a divulgação e o comprometimento de licenciar o mais

⁸⁰¹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, 2004, pp. 423-424.

⁸⁰² CABANELLAS DE LAS CUEVAS, 2004, pp. 424-426.

⁸⁰³ Ver Lei de Propriedade Industrial Brasileira. BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. *Regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial*. Com alterações estabelecidas pela Lei nº 10.196, de 14 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 10 nov. 2007.

⁸⁰⁴ Ver artigo 81 da Lei Espanhola de Patentes. Comentários a esse respeito podem ser consultados em CABANELLAS DE LAS CUEVAS, 2004, pp. 425-426.

breve possível por parte dos titulares de direitos. Embora não sejam estabelecidos prazos para isso, prevê-se que o compromisso deve ser obtido antes da adoção da norma, caso contrário não devem ser incluídas tecnologias protegidas nela. Estipula-se também que o organismo de normalização não se responsabilizará pela identificação de todas patentes (e pedidos de patentes), sua validade jurídica e ou extensão, em relação às quais uma licença possa ser requerida para se cumprir com uma norma técnica.⁸⁰⁵

Essas medidas quando não observadas podem ensejar o licenciamento compulsório ou suspensão de direitos. Com amparo da legislação antimonopólio, nos Estados Unidos esta prática tem se revelado cada vez mais comum. Exemplos disso são o casos da Dell, em 1996, e da Qualcomm,⁸⁰⁶ em 2007.

No caso da Dell, a empresa que participou do desenvolvimento de uma norma técnica deixou de informar que sua tecnologia era essencial para a mesma e, após a norma ter sido adotada, passou a exigir elevados valores em *royalties* daqueles que precisavam aceder à tecnologia para cumprir com ela. Diante disso, a empresa foi acusada de restringir a concorrência na indústria de computadores. Esta disputa foi levada ao órgão de defesa da concorrência dos Estados Unidos, a Comissão Federal do Comércio (FTC, em inglês). Resultou que, em 1996, a Dell foi impedida de exigir seus direitos de patente sobre a tecnologia para fins de cumprimento da norma técnica, tendo sido declarada a suspensão de seus direitos – os direitos foram declarados *unenforceable*.⁸⁰⁷

A suspensão de direitos trata-se de uma medida que extrapola o que comumente se entende como licenciamento compulsório em muitos países, tendo em vista que não se trata de uma autorização a terceiro, com base no seu mérito individual, mas de uma suspensão do direito – semelhante a uma licença automática – como forma de

⁸⁰⁵ Ver AMERICAN NATIONAL STANDARDS INSTITUTE. Guidelines for Implementation of the ANSI Patent Policy: An Aid to More Efficient and Effective Standards Development In Fields That May Involve Patented Technology. EUA: ANSI, 2011. Disponível em: <<http://publicaa.ansi.org/sites/apdl/Documents/Standards%20Activities/American%20National%20Standards/Procedures,%20Guides,%20and%20Forms/Guidelines%20for%20Implementation%20of%20ANSI%20Patent%20Policy%202011.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2011.

⁸⁰⁶ LEMLEY, 2002. A esse respeito, ver a decisão da ‘United States Court of Appeals for the Federal Circuit’, de 01 de dezembro de 2008, no caso ‘Qualcomm Incorporated v. Broadcom Corporation’ (2007-1545, 2008-1162).

⁸⁰⁷ Dell Computer Corp., FTC No. C-3658, 1996 FTC LEXIS 291 (Decision and Order) (May 20, 1996). Ver ainda WILLINGMYRE, George T. Approaches to influence the IPR policies and practices in US and Global standards setting. June 14, 2002.

penalização pela conduta anticompetitiva que, por efeito, beneficia todos os interessados no uso da tecnologia patenteada, sem previsão de pagamento de uma retribuição financeira para tal, conforme prevista no artigo 31(h), do Acordo TRIPS.

Na Índia, as medidas adotadas assumem outras feições. As medidas sobre direitos de propriedade intelectual relacionadas às normas técnicas do setor telecomunicações chegaram a ser debatidas na OMC, no âmbito do Comitê TBT, em reunião celebrada em março de 2011. Em março de 2010, o Departamento de Telecomunicações do Ministério de Tecnologias da Informação e das Comunicações Indiano publicou novas normas técnicas relativas à autorização para equipamentos de telecomunicações. Em julho do mesmo ano, publicou um modelo de “contrato de segurança e continuidade das atividades”, que forma parte dos contratos comerciais de caráter privado entre os provedores de serviços de telecomunicações e os vendedores de todos os equipamentos, produtos e serviços relacionados, no qual se estipulou, dentre outros aspectos: (i) a obrigação de que os vendedores depositarem seu código fonte em uma conta de garantia bloqueada à qual teriam acesso os funcionários do Departamento de Telecomunicações; (ii) a transferência obrigatória de tecnologia às empresas da Índia; (iii) o requisito de designar a engenheiros da Índia ao invés de engenheiros estrangeiros para a manutenção das redes; (e) a exigência de cumprimento de normas de segurança específicas e (iv) a observância de prescrições de provas e certificação.⁸⁰⁸

Como fundamento para suas exigências, o governo indiano alega em reunião do Comitê TBT em novembro de 2010 que sua medida tem como objetivo a segurança nacional, no marco do artículo XXI do GATT, o que afasta algumas obrigações frente ao Acordo TBT⁸⁰⁹ e ao Acordo TRIPS.⁸¹⁰

⁸⁰⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/M/53. Nota de la Secretaría: Acta de la reunión celebrada los días 24 y 25 de marzo de 2011. Restricted. 26 de mayo de 2011.

⁸⁰⁹ G/TBT/M/53, 2011.

⁸¹⁰ Segundo o artigo 73 do Acordo TRIPS, que trata das exceções de segurança: “Nada neste Acordo será interpretado: (a) como exigência de que um Membro forneça qualquer informação, cuja divulgação ele considere contrária a seus interesses essenciais de segurança; ou (b) como impeditivo de que um Membro adote qualquer ação que considere necessária para a proteção de seus interesses essenciais de segurança: (i) relativos a materiais físicos ou àqueles dos quais são derivados; (ii) relativos ao tráfico de armas, munição e material bélico e ao tráfico de outros bens e materiais efetuado, direta ou indiretamente, com o propósito de suprir estabelecimentos militares; (iii) adotada em tempo de guerra ou de outra emergência em relações internacionais; ou (c) como impeditivo de um Membro adotar qualquer ação de acordo com a Carta das Nações Unidas para a manutenção da paz e segurança internacionais” (Artigo 73, Acordo TRIPS).

O governo dos Estados Unidos manifestou a preocupação de sua indústria em relação à medida indiana, dentre elas: o requisito de que as empresas depositem seus códigos fontes em conta de garantia bloqueada, a transferência obrigatória de tecnologia às empresas de telecomunicações locais e as prescrições onerosas e irrelevantes em matéria de provas e certificação. A respeito dessas exigências, o Japão também expressou suas preocupações, alegando que são contrárias às regras da OMC para a proteção dos direitos de propriedade intelectual e dificultam o acesso ao mercado da Índia para as empresas estrangeiras.⁸¹¹

Com relação às preocupações relacionadas com a transferência de tecnologia, a Índia destaca que se trata de “um elemento integral dos acordos internacionais e uma condição do desenvolvimento tecnológico dos países em desenvolvimento e dos países de menor desenvolvimento relativo.” Recorda também que a importância da transferência de tecnologia no contexto do comércio foi reconhecida tanto na Declaração Ministerial de Hong Kong como na Declaração Ministerial de Doha. Nesse sentido, reforça sua relevância para o desenvolvimento tecnológico do país, sendo um parâmetro central da medida em questão⁸¹².

Nos termos do Acordo TRIPS e do Acordo TBT, encontra-se expressamente reconhecida a importância da propriedade intelectual e da normalização técnica para a transferência de tecnologia. A transferência de tecnologia consiste, portanto, em um objetivo central de ambos os instrumentos, os quais se complementam e quando associados, podem potencializar seus efeitos em prol da efetiva e adequada transferência de tecnologia.

⁸¹¹ G/TBT/M/53. A União Europeia também apresenta críticas contrárias à medida tomada pela Índia, colocando-se à disposição para tratar do assunto por meio de conversas e trocas de experiências sobre tecnologias de informação e comunicações com as autoridades competentes no marco de um diálogo bilateral. De outra parte, a China manifestou seu apoio ao objetivo de segurança das telecomunicações da Índia, porém, além de outras questões, solicitou que se confira a todos os vendedores um tratamento equitativo, em conformidade com o princípio da não discriminação. De fato, situação distinta ocorre na China. Ao invés de adotar normas técnicas baseadas em tecnologias estrangeiras e exigir a transferência de tecnologia proveniente do exterior, o país passou a adotar normas técnicas a partir de tecnologia nacional chinesa. Diante disso, outros países passaram a reivindicar da China a transferência de tecnologia por parte de suas empresas. Dentro desse contexto, a União Europeia tem solicitado ao governo chinês que fomente as negociações diretas e sem travas entre as empresas chinesas e estrangeiras de tecnologia de informação e comunicações e de produtos eletrônicos de consumo em matéria de licenças de patentes que abarquem produtos e serviços. (Ver G/TBT/M/53; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/W/256. Comunicación de las Comunidades Europeas: mecanismo de examen de transición de China. 12 de octubre de 2005).

⁸¹² G/TBT/M/53.

Dentro desse contexto, outras medidas também podem ser usadas, dentre elas as de controle de práticas anticompetitivas em contratos de transferência de tecnologia.

e) Controle de práticas anticompetitivas

Com o objetivo de assegurar o funcionamento eficiente do mercado, as políticas de defesa da concorrência em matéria de propriedade intelectual são muito utilizadas em países desenvolvidos, como os países Membros da União Europeia, os Estados Unidos e Japão.⁸¹³ Conforme se analisou no terceiro capítulo, o exercício abusivo dos direitos de propriedade intelectual, especialmente na ocasião da aplicação das normas técnicas, pode dar ensejo a comportamentos anticoncorrenciais prejudiciais ao comércio.⁸¹⁴

No âmbito da OMC, em matéria de propriedade intelectual, o Acordo TRIPS incorporou disposições que permitem aos Membros adotar medidas de controle de práticas anticompetitivas em seus artigos 8.2, 31 e 40. Além deles, há disposições a Convenção de Paris, em seus artigos 5A(2) e 10bis, e a Convenção de Berna, em seu artigo 17, contemplam regras atinentes ao assunto.⁸¹⁵

Ao concordar que algumas práticas ou condições de licenciamento relativas a

⁸¹³ Ver HOVENKAMP, Herbert; JANIS, Mark D.; LEMLEY, Mark A. *IP and Antitrust: an analysis of Antitrust Principles applied to Intellectual Property Law*. New York, Aspen Publishers, 2009. CHEN, Yusong. Ensuring the benefits of intellectual property rights to development: a competition policy perspective. In: LI, Xuan; CORREA, Carlos M. *Intellectual Property Enforcement: International Perspectives*. Cheltenham, UK/ Northampton, MA, US: Edward Elgar, 2009, p. 189-206. HOLMES, William C. *Intellectual Property and Antitrust Law*. New York: Thompson, 2008; FEDERAL TRADE COMMISSION. *To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy*. A Report by the Federal Trade Commission. US: FTC, October 2003; UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*. US: DOJ-FTC, Abril de 1995.

⁸¹⁴ A respeito da doutrina da concorrência na propriedade intelectual, ver BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, tomo I, pp. 445-570 e 927-1074. Ver ainda SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Propriedade industrial e defesa da concorrência. In: *Revista da ABPI*, São Paulo, v.2, n.8, p.10-2, ago. 1993. Sobre o antitruste no Brasil ver COELHO, Fabio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: comentários a Lei n. 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995.

⁸¹⁵ No âmbito da OMPI, questões relativas ao desenvolvimento têm sido discutidas nos últimos anos com o objetivo de promover a dimensão do desenvolvimento nas atividades da Organização. Em 2007, o Comitê sobre Desenvolvimento e Propriedade Intelectual (CDIP, em inglês) adotou 45 recomendações, com a finalidade de implementar uma Agenda de Desenvolvimento. Pontos atinentes as políticas de defesa da concorrência foram expressamente incluídas nessa agenda nas recomendações 7, 22, 23 e 32 (Ver OMPI [site]). Sobre o histórico das negociações dos dispositivos do Acordo TRIP, ver GERVAIS, Daniel. *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*. London: Sweet & Maxwell, 1998; UNCTAD e ICTSD, 2005.

direitos de propriedade intelectual que restringem a concorrência podem afetar de forma adversa o comércio e impedir a transferência e disseminação de tecnologia, os Membros da OMC acordam que em certos casos podem ser necessárias medidas apropriadas para evitar (i) o abuso desses direitos por seus titulares, (ii) as práticas que afetem adversamente o comércio e (iii) as práticas que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia.⁸¹⁶

Dentro desse contexto, no artigo 40 do Acordo TRIPS ficou expressamente prevista a possibilidade de adoção de medidas para evitar ou controlar casos de abusos e práticas de concorrência desleal em contratos de licenças de tecnologia.⁸¹⁷

Na América Latina diversos países adotaram regras que regulam as cláusulas restritivas em contratos de licença e transferência de tecnologia estrangeira. A regulação dessas cláusulas, juntamente com as de preço da tecnologia, e de jurisdição e leis aplicáveis aos contratos, consiste em uma preocupação dos países em desenvolvimento há décadas.

Carlos CORREA indica diversos tipos de cláusulas restritivas reguladas no Brasil México e Comunidade Andina, dentre as quais se destacam as seguintes: compras casadas de insumos, bem de capital e outros; obrigações de transferir os melhoramentos ao fornecedor (cláusulas *grant-back*); fixação ou controle de preços de venda e revenda; restrições sobre o uso de pessoal, a pesquisa e desenvolvimento da receptora de tecnologia, a administração da empresa receptora da tecnologia, a obtenção de tecnologia de concorrentes, o volume e estrutura da produção, ao uso de marca do fornecedor, a distribuição e venda, a exportação; impedimento de questionar a validade de direitos de propriedade intelectual licenciados pelo fornecedor; restrições posteriores à expiração dos direitos de propriedade intelectual e ao fim do contrato; obrigações de usar marcas do fornecedor e restrições à propaganda.⁸¹⁸

⁸¹⁶ Ver artigos 8.2 e 40, Acordo TRIPS.

⁸¹⁷ Artigo 40, Acordo TRIPS. Uma análise detalhada a respeito deste artigo pode ser encontrada em UNCTAD, ICTSD, 2005, pp. 539-573. COTTER, Thomas F. *Essential Facilities Doctrine*. Legal Studies Research Paper Series. Research Paper n°. 08-18. University of Minnesota Law School. 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1125368>>.

⁸¹⁸ CORREA, Carlos María. La regulación de las cláusulas restrictivas en los contratos de transferencia de tecnología en el derecho latino-americano. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n. 80-81, Buenos Aires, junho de 1981, pp. 183-258. Ver ainda CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo.

Para adaptar a relação contratual a seus interesses, os agentes econômicos costumam estabelecer cláusulas nos contratos de licença de propriedade intelectual que criam restrições em relação ao exercício da atividade econômica sobre a qual se baseia a tecnologia, objeto do licenciamento.⁸¹⁹ Eles resultam em uma restrição à liberdade de atuação do consumidor da tecnologia no mercado do produto ou serviço.

A regulação dessas cláusulas pela legislação constitui uma limitação da autonomia da vontade, uma vez que restringe a liberdade de contratar. Observa-se que o fato de o controle ser exercido sobre as cláusulas contratuais e não sobre práticas restritivas marca uma diferença importante em relação a grande parte da legislação antitruste dos países desenvolvidos.⁸²⁰

Particularmente no que tange aos direitos de propriedade intelectual relacionado às normas técnicas, identifica-se um exemplo que pode ser destacado no Japão. Reconhecendo que algumas práticas ou condições de licenciamento relativas a direitos de propriedade intelectual que restringem a concorrência podem afetar adversamente o comércio e impedir a transferência e disseminação de tecnologia, o Acordo autoriza que os Membros especifiquem em suas legislações condições ou práticas de licenciamento que possam, em determinados casos, constituir um abuso dos direitos de propriedade intelectual que tenha efeitos adversos sobre a concorrência no mercado relevante⁸²¹. Dentro desse contexto, um Membro pode adotar medidas apropriadas para evitar ou controlar tais práticas, que podem incluir, por exemplo, condições de cessão exclusiva, condições que impeçam impugnações da validade e pacotes de licenças coercitivos, à luz das leis e regulamentos pertinentes desse Membro⁸²².

Contrato de licencia y de transferencia de tecnología en el derecho privado. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1994; FORGIONI, 2007; MIGUEL ASENSIO, Pedro A. de. *Contratos Internacionales sobre Propiedad Industrial*. 2 ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2000; ROFFE, Pedro. Control of Anti-Competitive Practices in Contractual Licenses under TRIPS Agreement. In: CORREA, Carlo M.; YUSUF, Abduqawi A. (Eds.). *Intellectual Property and International Trade: the TRIPS Agreement*. 5 ed. The Hague: Kluwer Law International, 2008, pp. 293-329.

⁸¹⁹ Sobre restrições verticais, ver FORGIONI, Paula Andrea. *Direito concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 49-56.

⁸²⁰ CORREA, 1981, pp. 190-191.

⁸²¹ Artigo 40, parágrafos 1 e 2, Acordo TRIPS.

⁸²² Artigo 40.2, Acordo TRIPS. Nos termos do Acordo TRIPS, “Cada Membro aceitará participar de consultas quando solicitado por qualquer outro Membro que tenha motivo para acreditar que um titular de direitos de propriedade intelectual, que seja nacional ou domiciliado no Membro ao qual o pedido de

No Japão, as Diretrizes sobre Normalização e Acordos de Comunhão de Patentes que são aplicadas pela Comissão de Comércio Leal, com base na Lei Antimonopólio, estipulam que os titulares de direito de patentes incorporadas nas normas adotadas pelos organismos governamentais não deverão utilizar suas patentes para excluir ou controlar outras empresas, incluindo excluir e ou controlar as atividades comerciais dos usuários das patentes para fins de conformidade com as normas. Em particular, os titulares de patentes essenciais à aplicação de normas devem conferir acesso a suas tecnologias em termos e condições razoáveis e não discriminatórias.⁸²³

Além desses dispositivos que alcançam as práticas anticompetitivas ou desleais relacionadas à propriedade intelectual no âmbito da normalização técnica, o Acordo TBT contém disposições que podem incidir nos casos em que as organizações de normalização agirem de forma discriminatória ou colusiva. MATSUSHITA, SHOENBAUM e MAVROIDIS apontam, por exemplo, que o artigo 8.1 estabelece que os “Membros não tomarão medidas que tenham o efeito direto ou indireto de obrigar ou encorajar tais instituições a agir de forma incompatível com as disposições dos Artigos 5 e 6.” Em outras palavras, os autores argumentam que os Membros não devem encorajar os organismos privados de normalização atuem de forma a discriminar os produtos estrangeiros em prol dos nacionais. Segundo eles, esse tipo de conduta pode violar leis de defesa da concorrência.⁸²⁴

No texto do Acordo GATS também constam dois artigos que versam sobre antitruste no comércio de serviços e que podem, eventualmente, envolver a aquisição, uso

consultas tenha sido dirigido, esteja adotando práticas relativas à matéria da presente Seção, em violação às leis e regulamentos do Membro que solicitou as consultas e que deseja assegurar o cumprimento dessa legislação, sem prejuízo de qualquer ação legal e da plena liberdade de uma decisão final por um ou outro Membro. O Membro ao qual tenha sido dirigida a solicitação dispensará consideração plena e receptiva às consultas com o Membro solicitante, propiciará adequada oportunidade para sua realização e cooperará mediante o fornecimento de informações não confidenciais, publicamente disponíveis, que sejam de relevância para o assunto em questão, e de outras informações de que disponha o Membro, sujeito à sua legislação interna e à conclusão de acordos mutuamente satisfatórios relativos à salvaguarda do seu caráter confidencial pelo Membro solicitante” (Artigo 40.3, Acordo TRIPS). Ainda “Um Membro, cujos nacionais ou pessoas nele domiciliadas estejam sujeitas a ações judiciais em outro Membro, relativas à alegada violação de leis e regulamentos desse outro Membro em matéria objeto desta Seção, terá oportunidade, caso assim o solicite, para efetuar consulta” (Artigo 40.4, Acordo TRIPS).

⁸²³ ARMILLOTTA, Monica. Japanese Guidelines on Standardization and Patent Pool Arrangements: Practical and Legal Considerations under the Current Antimonopoly Act - A Global Perspective. IIP Bulletin 2009. Disponível em: http://www.iip.or.jp/e/e_summary/pdf/detail2008/e20_08.pdf. Ver ainda G/TBT/W/251/Add.1.

⁸²⁴ MATSUSHITA, SHOENBAUM e MAVROIDIS, 2006, pp. 858-860.

e exploração de direitos de propriedade intelectual. Os artigos 8 e 9 tratam, respectivamente, dos monopólios e prestadores exclusivos de serviços e das práticas comerciais. Esses casos afetam principalmente os segmentos de serviços que são objeto de normalização. O Acordo sobre Serviços de Telecomunicações expressamente aponta para os riscos de abuso no uso de informações obtidas de competidores e dos riscos de retenção indevida de informações essenciais. Essas situações acabam tendo implicações principalmente no que se refere à proteção de informações confidenciais, mas também podem gerar problemas em patentes e direitos de autor.⁸²⁵

No âmbito da OMC, as posições frente às questões que afetam a interação entre propriedade intelectual e políticas de concorrência ainda são muito controvertidas entre os Membros da Organização. Diante disso, em 2004, o Conselho Geral da OMC decidiu que o tema não formaria mais parte do Programa de trabalho da Rodada Doha. Portanto, o assunto foi excluído dos trabalhos de base para as negociações da Rodada Doha.⁸²⁶

Observa-se que tais medidas aplicadas nacional ou regionalmente, apesar de solucionar algumas questões, não têm, contudo, alcance internacional. Ainda, a variedade de formas utilizadas para tratar o assunto tem proporcionado a adoção de políticas e práticas diferenciadas e, por vezes, incompatíveis entre si e com as normas e princípios do comércio internacional. Nesse contexto, a incerteza jurídica que permeia a adoção e aplicação de normas técnicas internacionais tem proporcionado impactos negativos de grande relevo ao comércio internacional, à transferência de tecnologia e ao desenvolvimento.

⁸²⁵ Ver UNCTAD, ICTSD, 2005, pp. 565-566.

⁸²⁶ Comentários sobre o tema em CHEN, 2009, p. 198. Ver ABBOTT, Frederick M. Are the Competition Rules in the WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Adequate? In: PETERSMANN, Ernst-Ulrich; HARRISON, James. *Reforming the World Trading System: Legitimacy, Efficiency, and Democratic Governance*. New York: Oxford University Press, 2005, pp. 317-334.

Capítulo 8

AFASTAMENTO DAS NORMAS TÉCNICAS INTERNACIONAIS RELACIONADAS A TECNOLOGIAS PROTEGIDAS POR DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Considerando que os países diferem em termos de nível de desenvolvimento, cultura, tecnologia, preferências e condições ambientais, é natural que os padrões técnicos sejam distintos de país para país. Entretanto, a divergência entre as nações no que concerne às normas técnicas nacionais pode ter um impacto negativo sobre o comércio internacional. Mesmo que as normas tenham sido projetadas para ajudar certos mercados a operar com mais eficiência, elas impõem custos desproporcionados aos produtores estrangeiros. Na medida em que as normas nacionais chegarem a incrementar os custos para as empresas estrangeiras, relativamente mais do que para as empresas nacionais, há uma redução da capacidade de um produtor ter acesso a um mercado estrangeiro.⁸²⁷

Nesse sentido, sob a perspectiva do comércio internacional, a harmonização das normas técnicas em escala global pode beneficiar a todos, uma vez que as diferenças para adequar os produtos para os distintos mercados são minimizadas. Contudo, há um custo para incorporação das normas internacionais, que pode afetar tanto países em desenvolvimento como países desenvolvidos. Dentre outros fatores, esses custos muitas vezes levam os países a optar pela não adoção dessas normas.

Segundo o Relatório sobre o Comércio Mundial publicado pela Organização Mundial do Comércio (OMC) em 2005, a adesão às normas internacionais por alguns países é muito reduzida. No caso dos Estados Unidos, por exemplo, esse relatório aponta que até dezembro de 2002, o país tinha adotado 839 normas internacionais, enquanto a

⁸²⁷ WORLD TRADE ORGANIZATION. *World Trade Report 2005: Exploring the links between trade, standards and the WTO*. Geneva: WTO, 2005, pp. 51-52.

adesão da China superava 8.930 normas.⁸²⁸ Essa situação revela que ainda há grande disparidade no cenário internacional em termos de harmonização das normas técnicas. Ela indica também que a situação chinesa coloca o país em lugar de destaque neste âmbito.

No caso chinês, entretanto, tem ocorrido mudanças ao longo da última década. Ao avaliar os custos para manter a forte adesão às normas técnicas internacionais, o país observou que estava despendendo montantes elevados para o pagamento de *royalties* ao exterior, especialmente para arcar com as despesas de aquisição de tecnologias estrangeiras protegidas por direitos de propriedade intelectual imbuídas nas normas. Considerando os elevados custos e as dificuldades para a efetiva transferência das tecnologias essenciais para o cumprimento com as exigências técnicas impostas pelas normas, a China estabeleceu uma política de normalização, dando preferência à adoção de normas baseadas em tecnologias nacionais.⁸²⁹

Esse movimento é um reflexo das tensões inerentes à relação entre propriedade intelectual e normalização técnica, as quais alimentam um conflito sob a perspectiva do ordenamento jurídico do comércio internacional, conforme a análise desenvolvida nos capítulos antecedentes. Este conflito corresponde à dificuldade que os países têm na ocasião da implementação das obrigações assumidas no âmbito da OMC, especialmente no que diz respeito às regras concernentes à normalização técnica e à propriedade intelectual.

Se por um lado, os Membros da OMC têm a obrigação de observar as normas técnicas internacionais na ocasião da adoção de suas normas domésticas, por outro, devem assegurar uma ampla e efetiva proteção dos direitos de propriedade intelectual. Nos casos em que as normas técnicas internacionais encontram-se revestidas de direitos proprietários, para os países cumprirem com suas especificações técnicas, eles dependem da autorização dos titulares desses direitos privados. Essa situação gera um conflito, pois se os titulares não estiverem dispostos a conceder licenças em preços e condições razoáveis e não discriminatórios, ou ainda se recusarem a conferir a autorização, os países

⁸²⁸ WTO, 2005, pp. 123-127.

⁸²⁹ DELOITTE. Changing China: Will China's technology Standards reshape your industry? Deloitte Touche Tohmatsu, 2004. Disponível em: <http://www.deloitte.com/view/en_AR/ar/industries/tmt/8db1a6c82b10e110VgnVCM100000ba42f00aRC RD.htm>. Acesso em: 12 jan. 2010.

terão dificuldades, quando não ficarem impossibilitados de cumprir com as normas técnicas internacionais.

Como alternativa para mitigar esse conflito, uma opção anteriormente examinada consiste em utilizar as flexibilidades contidas no Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS), por meio da imposição de exceções e limites à proteção e ao exercício dos direitos de propriedade intelectual no plano doméstico. Além dessa, outra opção que recebe destaque neste capítulo refere-se à possibilidade de afastamento das normas técnicas internacionais. Essa alternativa pode ser encontrada como uma situação excepcional no Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT) e no Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS). No caso do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS), essa exceção não está claramente regulada.⁸³⁰

Com base nessa hipótese, o presente capítulo estruturado em três seções dedica-se ao exame dessa alternativa. Na primeira seção, essa avaliação é realizada sob a perspectiva do Acordo TBT. Na sequência, examina-se tal alternativa com base no Acordo SPS. Por fim, é analisada a posição da China em relação ao afastamento das normas técnicas internacionais.

8.1 ALTERNATIVAS NO ACORDO SOBRE BARREIRAS TÉCNICAS AO COMÉRCIO

Com fundamento na ideia de harmonização internacional, o Acordo TBT determina que, nas situações em que sejam necessários normas e regulamentos técnicos e existam normas internacionais pertinentes ou sua formulação definitiva for iminente, as organizações de normalização utilizem essas normas ou seus elementos pertinentes como base de seus regulamentos técnicos. No entanto, essa regra admite exceções. Em casos que as normas internacionais ou seus elementos pertinentes sejam inadequadas ou

⁸³⁰ Ver artigo 6.4 e 6.5, GATS.

ineficazes para a realização dos objetivos legítimos perseguidos, as organizações podem deixar de utilizá-las.⁸³¹

Portanto, o afastamento das normas técnicas internacionais pode ocorrer quando fatores geográficos ou climáticos ou, ainda, problemas tecnológicos fundamentais as tornem um meio inadequado ou ineficaz. Esses são exemplos de alguns objetivos legítimos a serem perseguidos que justificam o desvio das normas internacionais. Não há uma lista exaustiva do que correspondem “objetivos legítimos,” de modo que pode abarcar outras situações além dos exemplos indicados. Nesse sentido manifestou-se o Órgão de Apelação da OMC no caso “Comunidades Europeias – Denominação Comercial de Sardinhas” (DS231), conforme excerto do relatório transcrito abaixo:

286. [...] De la interpretación del Grupo Especial surgen dos consecuencias. En primer lugar, la expresión “objetivos legítimos”, del párrafo 4 del artículo 2, como estableció el Grupo Especial en su conclusión, debe abarcar los objetivos mencionados expresamente en el párrafo 2 del mismo artículo, a saber: **“los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente”**. En segundo lugar, teniendo en cuenta el empleo de la expresión “entre otros” en el párrafo 2 del artículo 2, los objetivos que abarca la expresión “objetivos legítimos” del párrafo 4 del mismo artículo **se extienden más allá de la lista de los específicamente mencionados en el párrafo 2**. Por otra parte, compartimos la opinión del Grupo Especial de que la segunda parte del párrafo 4 del artículo 2 implica que se debe examinar y determinar la legitimidad de los objetivos de la medida.⁸³²

Importa observar, ainda, que a opção de não utilizar as normas técnicas internacionais como base para as normas nacionais deve se justificar pelo fato de que aquelas se revelam meios ineficazes e inapropriados para perseguir os objetivos

⁸³¹ Artigo 2.4, Acordo TBT; Parágrafo F, Anexo 3, Acordo TBT. Conforme assinala Tatiana Prazeres, a “vagueza” dos termos-chave “inadequado ou ineficaz” dessa disposição do Acordo TBT a cerca “de insegurança em razão do entendimento variado que se possa ter de cada um destes termos diante de casos concretos” (PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Comércio Internacional e Protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2003, p. 123), como foi o caso DS231 “European Communities — Trade Description of Sardines”. Ver ainda MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENBAUM, Thomas J.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 489-493; WOLFRUM, Rüdiger; STOLL, Peter-Tobias; SEIBERT-FOHR, Anja (Eds.). *WTO-Technical Barriers and SPS Measures*. Netherlands: Koninklijke Brill NV, 2007, pp. 166. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. WT/DS231/AB/R. Informe del Órgano de Apelación: Comunidades Europeas – Denominación Comercial de Sardinhas. 26 de septiembre de 2002.

⁸³² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. WT/DS231/AB/R. Informe del Órgano de Apelación: Comunidades Europeas – Denominación Comercial de Sardinhas. 26 de septiembre de 2002.

legítimos.⁸³³ A falta de uma clara definição do que significa “um meio ineficaz e inapropriado” levou o Órgão de Apelação da OMC a interpretar essa expressão, também no caso DS231. Em seu relatório, a interpretação do Órgão foi a seguinte:

285. La interpretación de la segunda parte del párrafo 4 del artículo 2 plantea dos problemas: en primer lugar, el significado de la expresión “un medio ineficaz o inapropiado”; en segundo lugar, el significado de la expresión “objetivos legítimos”. En cuanto a lo primero, ya hemos señalado antes el criterio del Grupo Especial de que la expresión “**un medio ineficaz o inapropiado**” se refiere a dos cuestiones -la relativa a la eficacia de la medida y la cuestión de si es o no apropiada- y que estas dos cuestiones, aunque se relacionan estrechamente, son de naturaleza diferente. El Grupo Especial señaló que el término inglés "ineffective" (“ineficaz”) se refiere a “something which is not having the function of accomplishing” (“algo que no cumple la función necesaria”), “is not having a result” (“no obtiene un resultado”), o “is not brought to bear” (“no se aplica en la práctica”), mientras que el término inglés "inappropriate" (“inapropiado”) se refiere a algo que no es “specially suitable” (“especialmente idóneo”), “proper” (“adecuado”) o “fitting” (“conveniente”). El Grupo Especial dijo también lo siguiente:

En consecuencia, en el contexto del párrafo 4 del artículo 2 **un medio ineficaz significa un medio que no cumple la función necesaria para alcanzar el objetivo legítimo perseguido, mientras que un medio es inapropiado cuando no es especialmente idóneo para el logro de ese objetivo. ...** La cuestión de la eficacia se refiere a los resultados de los medios utilizados, mientras que el carácter de apropiado atañe más bien a la naturaleza de esos medios. [...]

Estamos de acuerdo con la interpretación del Grupo Especial. [...].⁸³⁴

Portanto, se um meio não cumpre a função necessária e não é especialmente idôneo para alcançar o objetivo legítimo perseguido, podem os Membros deixar de observar as normas internacionais e optar por alternativas tecnológicas para embasar suas normas técnicas.

Dentro desse contexto inserem-se os problemas tecnológicos fundamentais como objetivos legítimos a serem perseguidos. Levando em consideração a problemática que se encerra nas normas técnicas que incorporam direitos de propriedade intelectual, caso as normas técnicas internacionais encontrem-se nessa situação e os titulares de direitos se recusarem a conceder licenças razoáveis e não discriminatórias ou, ainda, se recusarem a

⁸³³ Ver ainda MATSUSHITA, SCHOENBAUM e MAVROIDIS, 2006, pp. 493-496.

⁸³⁴ WT/DS231/AB/R.

licenciar suas tecnologias a todos os potenciais usuários, conforme o caso, elas podem se revelar um meio inapropriado e ineficaz para superar as dificuldades tecnológicas fundamentais. Conforme a situação, esse argumento pode servir de justificativa para afastamento das normas técnicas internacionais, pois incorporá-las em uma norma nacional pode criar barreiras não somente ao comércio internacional, mas também ao comércio doméstico de bens.

Em relação aos países em desenvolvimento Membros, o Acordo TBT reconhece que, em decorrência de suas condições socioeconômicas e tecnológicas particulares, eles podem adotar regulamentos e normas destinados a preservar a tecnologia autóctone e métodos e processos da produção compatíveis com suas necessidades de desenvolvimento, ainda que existam normas, guias e recomendações internacionais. Nesse sentido, podem evitar as normas internacionais que não sejam adequadas a suas necessidades de desenvolvimento tecnológicas, financeiras e comerciais.⁸³⁵

Os problemas tecnológicos fundamentais, que afetam inclusive países desenvolvidos, geralmente têm um impacto muito elevado nos países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo. Em muitas circunstâncias são resultado da dificuldade de transferência e absorção de tecnologias estrangeiras que são essenciais para a elaboração, a adoção e a aplicação de uma norma. Dentro desse cenário, estima-se que, por si só, o envolvimento de direitos de propriedade intelectual nas normas técnicas internacionais não justifica o afastamento, mas sim a dificuldade de obter o acesso e a efetiva transferência das tecnologias protegidas que lhes são essenciais.

Cumprе ressaltar, que o preâmbulo do Acordo reconhece expressamente a contribuição das normas técnicas internacionais para a transferência de tecnologia dos países em desenvolvimento para os países desenvolvidos. Esse entendimento demonstra que as normas são veículos para que se opere essa transferência.⁸³⁶ Contudo, trata-se de

⁸³⁵ Artigo 2.4, Acordo TBT. A respeito do tratamento especial e diferenciado conferido aos países em desenvolvimento Membros, ver artigo 12, Acordo TBT; THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2003, p. 173-174; PRAZERES, 2003, pp. 130-131. Ver ainda AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Comércio Internacional e a Proteção do Meio Ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 199; MATSUSHITA, SCHOENBAUM, MAVROIDIS, 2006, p. 501; WOLFRUM, STOLL e SEIBERT-FOHR, 2007, p. 177.

⁸³⁶ Ver WOLFRUM, Rüdiger; STOLL, Peter-Tobias; SEIBERT-FOHR, Anja (Eds.). *WTO-Technical Barriers and SPS Measures*. Netherlands: Koninklijke Brill NV, 2007, pp. 175-176.

uma operação que envolve custos, os quais os países nem sempre condições ou estão dispostos a arcar. Tais custos envolvem não apenas o valor pecuniário, mas também as condições sob as quais essa transação efetivamente ocorre.

Na prática, muitos detentores das tecnologias estão dispostos tão somente a exportar seus produtos, porém, sem que opere a efetiva transferência das tecnologias incorporadas nas normas, conforme se observou nos capítulos anteriores. No caso da política adotada pela Índia, em 2011, no setor telecomunicações, ficou evidente essa situação nas manifestações do governo dos Estados Unidos, contrárias às medidas indianas, dentre elas as exigências estabelecidas na política de que as empresas depositem seus códigos-fontes em conta de garantia bloqueada e realizem a transferência obrigatória de tecnologia às empresas de telecomunicações locais, como condição para a autorização de comercialização de equipamentos de telecomunicações.⁸³⁷ Os norte-americanos demonstraram uma postura relutante à transferência obrigatória da tecnologia – um dos objetivos fundamentais da política indiana, juntamente com a segurança nacional.⁸³⁸

Nesse sentido, com a adoção de uma norma internacional que incorpora tecnologia protegida por direitos de propriedade intelectual, a sua transferência é condição fundamental para os países aplicarem-na no âmbito doméstico. Se a transferência não ocorre efetivamente, há uma tendência de os países industrializados optarem pela adoção de normas baseadas em tecnologias nacionais, sob o argumento dos problemas tecnológicos fundamentais que ensejam a aquisição de tecnologias estrangeiras sem condições razoáveis e não discriminatórias.

Por conseguinte, uma vez que um país opte pelo afastamento das normas internacionais, importa assegurar que suas normas ou regulamentos técnicos não sejam elaborados, adotados ou aplicados com a finalidade ou o efeito de criar obstáculos técnicos ao comércio internacional. Diante disso, não devem ser mais restritivos ao comércio do que o necessário para realizar seu objetivo legítimo, tendo em conta os

⁸³⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/M/53. Nota de la Secretaría: Acta de la reunión celebrada los días 24 y 25 de marzo de 2011. Restricted. 26 de mayo de 2011.

⁸³⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/M/53. Nota de la Secretaría: Acta de la reunión celebrada los días 24 y 25 de marzo de 2011. Restricted. 26 de mayo de 2011.

riscos que a não realização criaria.⁸³⁹ Nesse sentido, se a opção pelo afastamento de uma norma internacional tiver como propósito incorporar tecnologias domésticas nas normas nacionais, importa levar em consideração se, por efeito, tal medida pode se desviar dos objetivos legítimos e ou criar obstáculos desnecessários ao comércio internacional.

Cumprido ressaltar que a busca de um objetivo legítimo não é suficiente para cercar uma norma ou regulamento técnico da presunção de que não cria barreiras desnecessárias ao comércio internacional – presunção que é automaticamente conferida às normas técnicas internacionais. Segundo Tatiana PRAZERES, essa regra “parece criar uma situação favorável aos países que logram atuar ativamente nas instituições internacionais normalizadoras e que, assim, conseguem fazer com que as normas internacionais contemplem seus interesses”.⁸⁴⁰

Essas considerações feitas pela autora ocorrem, de fato. Motivo pelo qual o Acordo incentiva a participação de todos os Membros nos foros de normalização internacionais. Participar do processo é a forma pela qual os países podem ter seus interesses contemplados nas normas técnicas internacionais. Nessa linha, o Acordo TBT deixa claro que a organização internacional é uma “instituição ou sistema aberto à participação das instituições pertinentes de pelo menos todos os Membros”.⁸⁴¹ Portanto, para os países terem seus interesses reconhecidos, sua participação ativa nessas organizações se faz necessária.

Reconhecendo as diferenças entre as condições dos Membros a esse respeito, o Acordo TBT prevê que eles participem integralmente, dentro do limite de seus recursos, da preparação pelas organizações de normalização internacionais apropriadas, de normas internacionais que versem sobre as matérias sobre as quais tenham adotado ou planejem

⁸³⁹ Artigo 2.2, Acordo TBT; Parágrafo E, Anexo 3, Acordo TBT. Ademais, devem ser observadas as exigências do Acordo TBT quanto ao processo de elaboração e adoção das normas. Os projetos de normas deverão ser encaminhados para comentários, conforme procedimentos previstos nos parágrafos ‘L’ a ‘N’, dentre outros, do Anexo 3, Acordo TBT. Ainda, sempre que apropriado, devem baseá-los em prescrições técnicas relativas a produtos antes em termos de desempenho do que em termos de desenho ou características descritivas (Artigo 2.8, Acordo TBT; Parágrafo I, Anexo 3, Acordo TBT).

⁸⁴⁰ PRAZERES, 2003, p. 125. Observa-se também que os regulamentos técnicos não se manterão se as circunstâncias ou objetivos que deram origem à sua adoção deixaram de existir ou se modificaram de modo a poderem ser atendidos de uma maneira menos restritiva ao comércio (Artigo 2.3, Acordo TBT).

⁸⁴¹ Parágrafo 4, Anexo I, Acordo TBT.

adotar normas ou regulamentos técnicos.⁸⁴² Na prática, todavia, muitos países em desenvolvimento têm dificuldades financeiras e técnicas para participar desse processo. Para ilustrar essa situação basta observar os dados de 2001 apontando que 90% dos comitês técnicos estabelecidos pela ISO e IEC eram liderados por países desenvolvidos.⁸⁴³

Diante dessa análise, observa-se que, assim como o Acordo TRIPS possui flexibilidades no que concerne à implementação de suas obrigações, o Acordo TBT também apresenta uma margem de liberdade para o cumprimento dos compromissos nele assumidos, o que possibilita excepcionalmente o afastamento da obrigação de observância das normas técnicas internacionais. No âmbito do Acordo TBT ocorre também situação semelhante, conforme se avalia na sequência.

8.2 ALTERNATIVAS NO ACORDO SOBRE APLICAÇÃO DE MEDIDAS SANITÁRIAS E FITOSSANITÁRIAS

No que se refere às normas sanitárias e fitossanitárias, o Acordo SPS reconhece o direito dos Membros de adotá-las com o objetivo de proteção da vida ou saúde humana, animal ou vegetal, contudo, não devem ser aplicadas de forma a constituir restrição velada ao comércio internacional.⁸⁴⁴ Dentro desse contexto, o Acordo determina que os Membros utilizem como base as normas, guias e recomendações internacionais, nos casos em que existirem. O propósito basilar dessa regra consiste em buscar a harmonização das

⁸⁴² Particularmente em relação às instituições de normalização existentes no território de um Membro, o Código de Boa Conduta determina que a participação numa atividade de normalização internacional se fará, sempre que possível, por meio de uma delegação que represente todas as instituições de normalização existentes no território do Membro que tenham adotado ou planejem adotar normas sobre as matérias a que se relaciona a atividade de normalização internacional. Artigo 2.6, Acordo TBT; Parágrafo 'G', Anexo 3, Acordo TBT.

⁸⁴³ Ver INTERNATIONAL TRADE CENTRE; COMMONWEALTH SECRETARIAT. *Influencing and Meeting International Standards: Challenges for developing countries. Volume One - Background information, findings from case studies and technical assistance needs.* Geneva: International Trade Centre, 2003.

⁸⁴⁴ Artigo 2.1 e 2.3, Acordo SPS. Ver LIMA, Rodrigo Carvalho de Abreu. *Medidas Sanitárias e Fitosanárias na OMC: neoprotecionismo ou defesa de objetos legítimos.* São Paulo: Aduaneiras, 2005, pp. 120-122.

medidas sanitárias e fitossanitárias da forma mais ampla possível.⁸⁴⁵

As normas que estejam em conformidade com normas internacionais revestem-se da presunção de que são necessárias à proteção da vida ou da saúde humana, animal e vegetal, e que são compatíveis com o Acordo SPS e do GATT.⁸⁴⁶

Assim, quando uma medida doméstica for requerida e existirem normas internacionais, o recurso a elas, a princípio, é compulsório.⁸⁴⁷ Contudo, essa regra comporta exceções. Os Membros podem se afastar delas e introduzir ou manter medidas que resultem em nível mais elevado de proteção sanitária ou fitossanitária caso uma das duas situações seguintes for evidenciada: (i) se houver uma justificação científica ou (ii) como consequência do nível de proteção sanitária ou fitossanitária que um Membro determine ser apropriado.⁸⁴⁸

No caso em que consistir em uma (ii) consequência do nível de proteção sanitária ou fitossanitária que um Membro determine ser apropriado, devem ser respeitadas as regras de avaliação de risco e determinação do nível adequado de proteção sanitária e fitossanitária, nos termos do artigo 5 do Acordo SPS.⁸⁴⁹ Essa exigência não ocorre no caso em que houver (i) justificação científica.

Há justificação científica se, com base em um exame e avaliação da informação científica disponível, conforme as disposições pertinentes do Acordo, um Membro determinar que as normas internacionais pertinentes não são suficientes para alcançar nível apropriado de proteção sanitária ou fitossanitária.⁸⁵⁰ Essa determinação do nível adequado de proteção sanitária e fitossanitária deve considerar o objetivo de reduzir ao

⁸⁴⁵ Artigo 3.1, Acordo SPS.

⁸⁴⁶ Artigo 3.2 e 3.3, Acordo SPS.

⁸⁴⁷ MATSUSHITA, SCHOENBAUM e MAVROIDIS, 2006, p. 503.

⁸⁴⁸ Artigo 3.3, Acordo SPS; Em ambas as situações devem ser asseguradas a consistência da medida doméstica com as demais regras do Acordo (MATSUSHITA, SCHOENBAUM e MAVROIDIS, 2006, p. 507).

⁸⁴⁹ “Os Membros assegurarão que suas medidas sanitárias e fitossanitárias são baseadas em uma avaliação adequada às circunstâncias dos riscos à vida ou à saúde humana, animal ou vegetal, tomando em consideração as técnicas para avaliação de risco, elaboradas pelas organizações internacionais competentes” (Artigo 5.1, Acordo SPS). Ver artigo 5.2 a 5.6, Acordo SPS. Ver ainda ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. WT/DS18/AB/R. Informe del Órgano de Apelación. Australia - medidas que afectan a la importación de salmón. 20 de outubro de 1998. Genebra: WTO, 1998.

⁸⁵⁰ Artigo 3.3, Acordo SPS. Ver ainda artigo 5, Acordo SPS.

mínimo os efeitos negativos ao comércio.⁸⁵¹

Ao estabelecer ou manter medidas sanitárias e fitossanitárias, incumbe aos Membros garantir que tais medidas não sejam mais restritivas ao comércio do que o necessário com o objetivo de alcançar seu nível adequado de proteção, levando-se em conta a exequibilidade técnica e econômica.⁸⁵² Diante dessa disposição, observa-se que os aspectos técnicos e econômicos são critérios que apoiam a justificativa de afastamento das normas técnicas internacionais. Portanto, as dificuldades que afetam a adoção dessas normas em decorrência de incorporação de direitos de propriedade intelectual podem, conforme o caso, servir para apoiar a justificação exigida nos termos do Acordo SPS, especialmente quando as tecnologias protegidas não estejam disponíveis em condições razoáveis e não discriminatórias.

No caso em que a opção pela adoção de uma norma sanitária ou fitossanitária deixe de se basear em normas internacionais, os Membros devem garantir que ela seja aplicada apenas na medida do necessário para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal, com base em princípios científicos, e não seja mantida sem evidência científica suficiente. Se a evidência científica for insuficiente, o Membro pode provisoriamente adotar as medidas com base em informações pertinentes que estejam disponíveis, dentre as quais se inclui a informação oriunda de organizações internacionais relevantes, assim como de medidas sanitárias ou fitossanitárias aplicadas por outros Membros. Nessas circunstâncias, as informações adicionais necessárias para uma avaliação mais objetiva de riscos devem ser buscadas e as consequências da medida devem ser revisadas em um prazo razoável.⁸⁵³

Ainda, importa que sejam consideradas as necessidades especiais dos países em desenvolvimento Membros e em especial dos países de menor desenvolvimento relativo

⁸⁵¹ Artigo 5.4, Acordo SPS. Ainda, os Membros devem garantir que suas medidas sanitárias ou fitossanitárias estejam adaptadas às características sanitárias ou fitossanitárias da área - seja todo o território de um país parte, do território de um país ou todas as partes do território de vários países - da qual o produto é originário e para a qual o produto é destinado (Artigo 6.1, primeira parte, Acordo SPS). “Ao avaliar as características sanitárias ou fitossanitárias de uma região, os Membros considerarão, *inter alia*, o nível de incidência de pragas ou doenças específicas, a existência de programas de controle ou erradicação e critérios ou diretrizes apropriados que possam ser elaborados pelas organizações internacionais competentes” (Artigo 6.1, segunda parte, Acordo SPS).

⁸⁵² Artigo 5.6, Acordo SPS.

⁸⁵³ Artigo 2.2, e artigo 7.5, Acordo SPS.

Membros, na ocasião da adoção e aplicação dessas normas.⁸⁵⁴

Para promover a elaboração e revisão periódica de normas com respeito a todos os aspectos das medidas sanitárias e fitossanitárias nas organizações internacionais competentes, os Membros se comprometem com uma participação plena, dentro dos limites de seus recursos. Em especial, recomenda-se a participação dos países na Comissão do *Codex Alimentarius*, do Escritório Internacional de Epizootias e em organizações internacionais e regionais que operem no contexto da Convenção Internacional sobre Proteção Vegetal, internacionais competentes e em seus órgãos subsidiários.⁸⁵⁵

Diante do exposto nessa seção confirma-se a possibilidade de afastamento das normas internacionais sanitárias e fitossanitárias. Não obstante, essa alternativa pode ser usada pelos países com o objetivo de alcançar seu nível adequado de proteção, considerando a exequibilidade técnica e econômica, que pode ser impactada pelo envolvimento de direitos de propriedade intelectual.

8.3 POSIÇÃO DA CHINA EM RELAÇÃO AO AFASTAMENTO DAS NORMAS TÉCNICAS INTERNACIONAIS

Desde que ingressou na OMC, em 2001, a China tem realizado diversas transformações em suas políticas domésticas, com o intento de alinhar suas políticas domésticas às regras internacionais do comércio. Nesse sentido, uma das iniciativas chinesas foi a revisão das políticas de propriedade intelectual e de normalização técnica. Com relação a esse aspecto, o país embarcou na tarefa de revisar todos seus 21 mil regulamentos e normas técnicas nacionais, para determinar sua relevância contínua e

⁸⁵⁴ Artigo 10.1, Acordo SPS.

⁸⁵⁵ Artigo 3.4, Acordo SPS. Os Membros devem estimular e facilitar a participação ativa de países em desenvolvimento Membros nas organizações internacionais competentes (Artigo 10.4, Acordo SPS).

consistência com as normas internacionais.⁸⁵⁶

Como resultado desse trabalho de revisão, a China identificou sua ampla adesão às normas internacionais e grande dependência de tecnologias estrangeiras nelas incorporadas. Esse diagnóstico levou ao entendimento por parte de alguns atores chineses de que o país atingiu um nível de dependência inaceitável, especialmente quando os produtores chineses se viram obrigados a pagar montantes elevados de *royalties* para obter os direitos de usar as tecnologias essenciais ao cumprimento das normas nacionais. A preocupação tornou-se ainda maior quando se percebeu o controle estrangeiro da propriedade intelectual concernente às tecnologias de segurança da informação no plano doméstico.⁸⁵⁷

Frente a esse cenário, a China – que é caracterizada como um dos maiores mercados de consumo de tecnologias sujeitas à normalização e um dos maiores adeptos às normas técnicas internacionais – adotou uma nova postura em relação à normalização técnica e à propriedade intelectual. Com ênfase no desenvolvimento tecnológico nacional, o país identificou na normalização técnica uma importante ferramenta para promover a inovação e a competitividade. A partir de então, a política seguida pelos chineses passou a ser a adoção de normas técnicas baseadas em tecnologias nacionais, como um esforço para capturar o valor dos investimentos nacionais em pesquisa e desenvolvimento, ao tempo em que busca reduzir sua dependência tecnológica.⁸⁵⁸

⁸⁵⁶ UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. *2011 Report to Congress On China's WTO Compliance*. USTR, December 2011. Disponível em: <http://www.ustr.gov/webfm_send/3189>. Acesso em: 20 dec. 2011.

⁸⁵⁷ KENNEDY, Scott; SUTTMEIER, Richard P. SU, Jun. *China's Evolving Role in the Global Knowledge Economy*. National Bureau of Asian Research (NBR) Special Report 15. Seattle, Washington: The National Bureau of Asian Research, 2008, p. 6. Disponível em: <<http://www.nbr.org/publications/element.aspx?id=244>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

⁸⁵⁸ KENNEDY, SUTTMEIER e SU, 2008. Em efeito, os Estados Unidos preocupados com essa mudança de postura, passou a contestar as medidas adotadas pela China. Em contrapartida, observa-se que a China buscando defender sua posição nesse tema, levou-o para a pauta de debates no âmbito da Organização Mundial do Comércio, onde as negociações não deram seguimento. Sobre o assunto, ver: UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. *2011 Report to Congress On China's WTO Compliance*. December 2011. Disponível em: <http://www.ustr.gov/webfm_send/3189>. Acesso em: 20 dec. 2011. Ver ainda UNITED STATES INTERNATIONAL TRADE COMMISSION. *China: Effects of Intellectual Property Infringement and Indigenous Innovation Policies on the U.S. Economy*. USITC Publication 4226. Investigation nº 332-519. Washington, DC: USITC, May 2011. Disponível em: <www.usitc.gov/publications/332/pub4226.pdf>. Acesso em 10 jul. 2011. AMERICAN NATIONAL STANDARDS INSTITUTE. Patent Group. *Intellectual Property Rights Policies in Standards Development Organizations and the Impact on Trade Issues with the People's Republic of China*. June 10, 2004. Disponível em: <

O pacote chinês de novas medidas estabelecido um Plano de Desenvolvimento Nacional Ciência e Tecnologia de Médio de Longo Prazo (2006-2020), ao qual se associaram uma série de políticas em segurança nacional, normalização técnica, propriedade intelectual, pesquisa e desenvolvimento, inovação, práticas de compras governamentais e defesa da concorrência, destinadas a estabelecer a China como um líder científico e tecnológico para o ano 2020.⁸⁵⁹ Desse plano resultou uma estrutura de incentivos para as empresas chinesas, universidades e institutos de pesquisa, cujos efeitos já estão sendo sentidos com o elevado incremento do número de patentes e pedidos de patentes, além da proteção de outros direitos de propriedade intelectual, em todo o mundo.⁸⁶⁰ Outro efeito percebido foi ampliação da ativa participação dos chineses nos diversos foros internacionais de normalização. Um envolvimento sem precedentes para os países em desenvolvimento.⁸⁶¹

A partir disso, a China deu início ao desenvolvimento e adoção de normas técnicas nacionais nos vários setores, para diversos produtos e serviços, dentre os quais televisores digitais, frequência de rádio, automóveis, equipamentos de telecomunicações, criptografia de *software*, baterias de telefone celular, protocolos de Internet, redes locais sem fio, a tecnologias de identificação, áudio e vídeo, codificação e fertilizantes. Esses esforços são particularmente visíveis no setor de telecomunicações, no qual a China possui um dos mais extensos mercados de consumo de produtos e serviços e onde se concentra o maior número de tecnologias sujeitas à normalização.⁸⁶²

Esse movimento chinês despertou a preocupação de países como os Estados Unidos, especialmente em decorrência da política de estabelecimento de normas técnicas baseadas em tecnologias nacionais, e não nos padrões internacionalmente reconhecidos.

IPR_20080212-009a%20ANSI%20China%20IPR%20PaperFinal%20(20040610).pdf>. Acesso em: 17 jan. 2010. UNITED STATES HOUSE OF REPRESENTATIVES. *China, Europe, and the use of standards as trade barriers: How should The U.S. respond?* Hearing Subcommittee on Environment, Technology, and Standards, Committee on Science: One Hundred Ninth Congress. First session. May 11, 2005. Serial n. 109-13. Disponível em: <http://commdocs.house.gov/committees/science/hsy20998.000/hsy20998_0.htm>. Acesso em 10 jan. 2010.

⁸⁵⁹ KENNEDY, SUTTMEIER e SU, 2008, p.8.

⁸⁶⁰ SPRINGUT, SCHLAIKJER e CHEN, 2011. Ver WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *World Intellectual Property Indicators 2011*. Genebra WIPO: 2011. Disponível em: <<http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/patents/>>. Acesso em 10 out. 2011.

⁸⁶¹ KENNEDY, SUTTMEIER e SU, 2008. SPRINGUT, SCHLAIKJER e CHEN, 2011.

⁸⁶² DELOITTE, 2004. SPRINGUT, SCHLAIKJER e CHEN, 2011. USTR, 2011.

Essa postura foi percebida pelos norte-americanos como um meio de proteção das empresas nacionais e de criação de barreiras à entrada no mercado doméstico.⁸⁶³

Um exemplo particularmente perturbador para os Estados Unidos surgiu em 2003, quando a China publicou duas normas técnicas mandatórias para a criptografia de redes locais sem fio (Wlans), aplicáveis a equipamentos nacionais e importados contendo tecnologias Wlan (também conhecido como Wi-Fi). Essas normas incorporaram uma técnica de criptografia para segurança das comunicações chamada “Wlan Autenticação e Infraestrutura Privada” (WAPI), cujo componente difere significativamente do padrão internacionalmente reconhecido e adotado pelas empresas norte-americanas para a produção global. Para a aplicação da norma, a China forneceu os algoritmos de criptografia necessários para apenas onze empresas chinesas. As empresas norte-americanas e outros fabricantes estrangeiros teriam que trabalhar com e através dessas empresas, algumas das quais suas concorrentes, e lhes proporcionar as especificações técnicas do produto, como condição para ingressar no mercado chinês.⁸⁶⁴

Essa situação fez da WAPI uma das questões prioritárias dos Estados Unidos, os quais preocupados com a adequação dessas políticas chinesas às regras da OMC manifestaram-se repetidamente contrários a tais medidas. O setor de telecomunicações norte-americano também estava preocupado com o aumento da interferência de órgãos reguladores chineses, tanto no que diz respeito à seleção de padrões de telecomunicações 3G como na negociação de contratos entre provedores de telecomunicações estrangeiras de serviços e suas contrapartes chinesas. Em 2004, os países entraram em um acordo e a China concordou em retardar por tempo indeterminado a aplicação das normas WAPI e anunciou que iria apoiar a neutralidade tecnológica no que diz respeito à adoção de normas de telecomunicações. Ademais, manifestou que os prestadores de serviços de telecomunicações na China seriam autorizados a fazer suas próprias escolhas sobre qual padrão adotar, dependendo de suas necessidades individuais. Declarou, ainda, que os reguladores chineses não estariam envolvidos na negociação dos contratos de

⁸⁶³ USTR, 2011. UNITED STATES HOUSE OF REPRESENTATIVES. *China, Europe, and the use of standards as trade barriers: How should The U.S. respond?* Hearing Subcommittee on Environment, Technology, and Standards, Committee on Science: One Hundred Ninth Congress. First session. May 11, 2005. Serial n. 109-13. Disponível em: <http://commdocs.house.gov/committees/science/hsy20998.000/hsy20998_0.htm>. Acesso em 10 jan. 2010.

⁸⁶⁴ USTR, 2011.

licenciamento de direitos de propriedade intelectual.⁸⁶⁵

Posteriormente, o governo chinês apresentou seu padrão WAPI, com caráter voluntário, à consideração da Organização Internacional de Normalização (ISO, em inglês), onde os méritos técnicos do padrão foram considerados em 2005, porém sua adoção como norma internacional foi rejeitada em março 2006. No entanto, a China avançou com seus planos para a utilização da norma WAPI em celulares.

Durante esse período, notadamente ao final de 2004, a China quem manifestou suas preocupações a respeito das questões envolvendo propriedade intelectual na normalização técnica junto à OMC. Em 2005, apresentou uma comunicação formal a esse respeito ao Comitê sobre Barreiras Técnicas (TBT), na qual assinalou para a falta de regras claras sobre o tema e a importância de tratar deste assunto no âmbito da OMC, particularmente junto ao Comitê TBT, considerando, sobretudo, a perspectiva do desenvolvimento. Essa manifestação foi reiterada nos anos que se seguiram. Segundo os chineses, as questões relativas aos direitos de propriedade intelectual na elaboração e adoção de normas técnicas internacionais podem se constituir em um obstáculo para sua aplicação pelos países, prejudicando, assim, o comércio internacional e o desenvolvimento. Por efeito, entendem que essa situação pode ter uma repercussão negativa na aplicação do Acordo TBT, especialmente no que diz respeito à aplicação de normas internacionais.⁸⁶⁶

Apesar dos esforços e movimentos empreendidos pela China, essa proposta não prosperou na seara da OMC, principalmente em decorrência da divergência de interesses

⁸⁶⁵ USTR, 2011; USITC, 2011.

⁸⁶⁶ Segundo a China, “a nivel de los gobiernos, así como a nivel de las sociedades, se manifestará una especie de resistencia a utilizar las normas internacionales como base para sus normas nacionales y sus reglamentos técnicos si no hay una disposición común que reglamente los DPI en el ámbito de la normalización. Dicha situación tendrá una repercusión negativa en la aplicación del Acuerdo OTC en lo que respecta a la utilización de las normas internacionales, cuando este Comité exhorta a los Miembros a que utilicen las normas internacionales todo lo posible. Con miras a facilitar el establecimiento y la aplicación de normas internacionales y, por consiguiente, una aplicación del Acuerdo OTC exenta de dificultades, deben abordarse adecuadamente las cuestiones que plantean los DPI en el ámbito de la normalización”. (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/W/251/Add.1. Addendum. Comunicación de la República Popular China: Cuestiones relativas a los derechos de propiedad intelectual (DPI) en el ámbito de la normalización. 9 de noviembre de 2006, p. 5). Ver ainda ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/W/251. Comunicación de la República Popular China: cuestiones relativas a los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de la normalización. 25 de mayo de 2005. ZIBETTI, Fabiola Wüst. A relação entre propriedade intelectual e normalização técnica no cenário do comércio internacional. *Pontes*, v. 5, p. 9-10, 2009.

e da complexidade que permeiam essa questão.⁸⁶⁷ Em 2008, o assunto foi deslocado para a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), ingressando na agenda do Comitê Permanente sobre o Direito de Patentes.⁸⁶⁸

Dando continuidade às reformas políticas nacionais, em novembro de 2009, a Administração de Normalização da China circulou um projeto de “Regras Provisórias sobre Administração de Elaboração e Revisão de Normas Nacionais envolvendo Patentes”, para consulta pública. Esta proposta de medida revelou a visão chinesa em relação ao envolvimento de patentes no processo de normalização, no qual se destacava a faculdade de o governo negar ou reduzir as taxas de *royalties* devidos aos proprietários de patentes incorporadas normas nacionais chinesas. O projeto estabelecia o princípio geral que as normas nacionais mandatórias não deveriam incorporar tecnologias patenteadas, porém, no caso em que isso ocorresse, previa a possibilidade de licenciamento compulsória, se o titular da patente não concedesse uma licença gratuita.⁸⁶⁹

Os Estados Unidos forneceram comentários sobre essa proposta, em dezembro de 2009, solicitando ao governo chinês não avançar com ele e buscar consultar as partes interessadas. Diversamente da posição chinesa, a postura norte-americana frente ao tema alinha-se com as políticas adotadas pelas organizações internacionais de normalização em matéria de patentes. O país manifesta-se contrário a gratuidade e defende um padrão de licenciamento baseado em condições razoáveis e não discriminatórias.⁸⁷⁰

Em 2010, outra proposta de medida com disposições semelhantes foi emitida pelo

⁸⁶⁷ Principalmente em decorrência de contestações provenientes dos Estados Unidos e México (WORLD TRADE ORGANIZATION - WTO. Committee on Technical Barriers to Trade.G/TBT/M/38. Minutes of the Meeting of 15 and 17 March 2006. WTO. 23 de maio de 2006.). Sobre os interesses atores e grupos de atores na OMC, e as identidades e culturas, na OMC, ver COSTA, José Augusto Fontoura. *Decidir e julgar: um estudo multidisciplinar sobre a solução de controvérsias na Organização Mundial do Comércio*. 2009. Tese (Concurso de Professor Titular). Departamento de Direito Internacional e Comparado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, pp. 196-233.

⁸⁶⁸ Em fevereiro de 2009, o Comitê Permanente sobre o Direito de Patentes da OMPI publicou um documento preparado pela Secretaria, na forma de um estudo preliminar, no qual se colocou em contexto as questões atuais sobre a matéria (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Comité Permanente Sobre El Derecho De Patentes. SCP/13/2. Normas Técnicas y Patentes. Documento preparado por la Secretaría. Decimotercera sesión. Ginebra, 23 a 27 de marzo de 2009. Ginebra: OMPI, 18 de febrero de 2009. Disponível em: <<http://www.wipo.int>>. Acesso em: 10 jan. 2011).

⁸⁶⁹ Em 2004, SAC já havia circulado uma proposta de medida similar denominada “Regulamento Provisório para normas nacionais em matéria de Patentes”, para comentários do público, porém, não chegou a ser finalizado (USTR, 2011).

⁸⁷⁰ Segundo relatório dos Estados Unidos, o governo chinês teria recebido comentários também de outras 300 partes interessadas (USTR, 2011).

Instituto Nacional de Normalização Chinês, em relação a qual os Estados Unidos reforçaram sua posição ao fornecer comentários à proposta. No início de 2011, tanto o projeto da Administração de Normalização da China como do Instituto Nacional de Normalização Chinês ainda não tinham sido concluídos.⁸⁷¹

Enquanto ocorriam esses movimentos por parte dos organismos de normalização chineses, em junho de 2009, a Corte Suprema Popular da China publicou uma proposta de “Interpretação a respeito de várias questões sobre a aplicação legal no julgamento de casos de infração de patente” para consulta pública. O artigo 20 deste projeto indicava como a proposta de interpretação de casos envolvendo organizações de normalização nacionais, empresariais e locais em relação a tecnologias patenteadas. A esse respeito, dentre outros aspectos, os Estados Unidos enfatizaram sua preocupação com a intervenção do tribunal nos contratos de licenciamento.⁸⁷²

Esse cenário ilustra a posição da China sobre um tema que desafia o futuro do sistema de normalização internacional e da propriedade intelectual, cujas tendências podem levar as nações a adotar distintas posturas frente às tensões e ao conflito que existe no ordenamento jurídico do comércio internacional.

Dentro desse contexto, Scott KENNEDY, Richard P. SUTTMEIER, e Jun SU assinalam que há uma percepção dentro das economias em ascensão que os atuais regimes internacionais favorecem as potências econômicas já estabelecidas, e que os ganhos de participação nas redes de produção global e inovação são direcionados para aqueles que controlam os padrões e os bens intelectuais neles incluídos. Com as mudanças tecnológicas e institucionais, o surgimento de novas grandes economias no sistema internacional, as tensões e pressões colocadas sobre os mecanismos de governança da economia mundial, criou-se um ambiente flúido e dinâmico, no qual a China – como um importante ator na transformação da economia global – busca estabelecer seu próprio regime de normalização, no sentido de apoiar seu desenvolvimento tecnológico e interesse nacional em geral.⁸⁷³

Essa percepção das economias emergentes fica evidenciada em um estudo

⁸⁷¹ USTR, 2011.

⁸⁷² USTR, 2011.

⁸⁷³ KENNEDY, SUTTMEIER e SU, 2008, p. 6.

publicado pela Organização Europeia de Patentes (EPO), em 2007. O trabalho intitulado “*Scenarios for the future: How might IP regimes evolve by 2025? What global legitimacy might such regimes have?*” teve como propósito avaliar os cenários nos quais os regimes de propriedade intelectual são susceptíveis de evoluir no século XXI.⁸⁷⁴ A análise desenvolvida pela EPO investiga quatro possíveis direções futuras do sistema de propriedade intelectual, cuja interpretação pode ser associada às tendências dos sistemas de normalização técnica.

No primeiro cenário, as forças do mercado global dominam e o poder de multinacionais empresas reforça o atual regime de forte proteção de propriedade intelectual. São essas empresas que equilibram o poder com os recursos para construir portfólios poderosos de propriedade intelectual, fazendo valer seus direitos em um mundo cada vez mais litigioso e impulsionando a agenda de propriedade intelectual, especialmente em relação às patentes. Não há rompimento radical do sistema existente, no entanto, muitos são problemas persistem como a exacerbada proliferação de patentes e a concessão de patentes de pouca qualidade. Esse cenário move-se para o reconhecimento mútuo dos direitos de forma harmonizada e o mercado decide o destino do sistema.⁸⁷⁵ Aqui as regras da normalização parecem ficar nas mãos dos detentores dos direitos de propriedade intelectual, em detrimento da consolidação de um sistema efetivo de normalização técnica internacional aberto a todas as nações.

Na segunda conjuntura, a insatisfação com o atual regime entre as grandes economias emergentes leva a uma política industrial ativa para promover os interesses nacionais em propriedade intelectual, enfraquecendo o movimento para um sistema supostamente universal – característica do primeiro cenário – e reduzindo as chances de harmonização dos sistemas nacionais de propriedade intelectual no plano internacional. O mesmo tende a ocorrer em relação aos sistemas de normalização técnica. Esta perspectiva revela um mundo onde a geopolítica é a força dominante, em que os grandes jogadores de hoje são surpreendidos com as mudanças globais. Os novos atores ganham cada vez mais influência a ponto de moldar a evolução do sistema, usando-o para estabelecer vantagens

⁸⁷⁴ EUROPEAN PATENT ORGANIZATION. *Scenarios for the future: How might IP regimes evolve by 2025? What global legitimacy might such regimes have?* Munich: EPO, 2007. Disponível em: <<http://www.epo.org/news-issues/issues/scenarios/download.html>>. Acesso em: 20 fev. 2010.

⁸⁷⁵ Ver EPO, 2007; KENNEDY, SUTTMEIER e SU, 2008, p. 6-7.

econômicas e adaptar as regras existentes.⁸⁷⁶ Na prática, algumas manifestações da China em grande parte se enquadram nesse panorama.

A terceira projeção possível envolve uma ampliação da participação das partes interessadas, levando a uma forte afirmação de valores sociais nos regimes de privados de propriedade intelectual, em apoio dos interesses públicos (por exemplo, acesso à saúde, conhecimentos sobre a alimentação e entretenimento). Nesse ambiente, a força dominante é a sociedade. Os principais intervenientes nesse contexto são os movimentos populares, buscando desafiar as normas existentes. São múltiplas vozes e visões de mundo que alimentam os sistemas, com um papel ativo da população e grupos de interesse. A principal questão é como reconhecer a legitimidade de recompensa para a inovação e garantir que o conhecimento continue a ser um bem comum.⁸⁷⁷ Nesse âmbito, a normalização técnica pode ganhar amplo respaldo.

O quarto cenário prevê o progresso científico dramático e a inovação descontínua em uma variedade de campos, o que torna a esperança de sistemas modernos e internacionalmente harmonizados de propriedade intelectual, e de normalização técnica, praticamente inviável. Neste mundo, a tecnologia é o motor dominante. Os principais intervenientes aqui são os tecnocratas e políticos, na busca de respostas a crises globais.⁸⁷⁸

Esses cenários colocam em distintas medidas o balanço entre os interesses individuais, hegemônicos, e os coletivos, por um aspecto, e a padronização *versus* a diferenciação, por outro. Esses aspectos revelam os principais pontos de tensão na relação entre propriedade intelectual e normalização técnica, como pode se observar no desenvolvimento deste trabalho. No âmbito do comércio, para evitar os efeitos negativos, não se trata de privilegiar um sistema em prol de outro, mas encontrar o adequado equilíbrio entre eles, otimizando suas complementaridades e anulando suas tensões.

Nesse contexto, o Sistema Multilateral de Comércio – no seio do qual confluíram as regras internacionais que buscam regular a normalização técnica e a propriedade intelectual – apresenta-se como um importante foro onde esse equilíbrio precisa ser

⁸⁷⁶ Ver EPO, 2007; KENNEDY, SUTTMEIER e SU, 2008, p. 7.

⁸⁷⁷ Ver EPO, 2007; KENNEDY, SUTTMEIER e SU, 2008, p. 7.

⁸⁷⁸ Ver EPO, 2007; KENNEDY, SUTTMEIER e SU, 2008, p. 7.

calibrado,⁸⁷⁹ por meio de regras claras e efetivas que permitam aos Membros cumprir com seus compromissos de forma plena. Embora as flexibilidades possam servir para mitigar as tensões e conflitos, seu uso constante e desmedido, sem monitoramento e avaliação, pode levar a um agravamento ou a novos problemas relacionados à matéria. Regras adequadas e claras são fundamentais para assegurar a previsibilidade do Sistema e promover um comércio leal e, por conseguinte, o desenvolvimento das nações.

⁸⁷⁹ Segundo Ferraz Junior, “os ordenamentos ou sistemas normativos jurídicos são constituídos primariamente por normas (repertório do sistema) que guardam entre si relações de validade reguladas por regras de calibração (estrutura do sistema). Como sistema, eles atuam num meio ambiente, a vida social, que lhes impõem demandas (pede decisão de conflitos). Para essa atuação ou funcionamento, as normas têm de estar imunizadas contra a indiferença, o que ocorre ela constituição de series hierárquicas de validade, que culminam em uma norma-origem. Quando, porém, uma série não dá conta das demandas, o sistema exige uma mudança em seu *padrão* de funcionamento, o que ocorre pela criação de uma nova norma-origem e, em consequência, de nova série hierárquica. O que regula essa criação e, portanto, a mudança de padrão, são suas regras de calibração. Graças a elas, o sistema muda de padrão, mas não se desintegra: continua funcionando. Essa mudança de padrão é dinâmica: o sistema vai de um padrão a outro, volta ao padrão anterior, adquire um novo, num processo de câmbios estruturais, cuja velocidade depende da flexibilidade de suas regras de calibração” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 160).

CONCLUSÕES

O futuro do sistema de propriedade intelectual possui um impacto direto no destino do sistema de normalização técnica, dada à complementaridade intrínseca e forte relação de ambos. Conforme se observou neste trabalho, a relação entre ambos os sistemas, historicamente, além de forte apresenta diversos pontos de tensão que afetam negativamente o comércio.

Exemplos de problemas que resultam desses focos de tensão e que afetam o comércio, prejudicando a concorrência, a inovação e a transferência de tecnologia são: a emboscada de patentes e de outros direitos de propriedade intelectual, a sobreposição de direitos, a dificuldade de avaliação econômica dos direitos, superavaliação e acúmulo de royalties, as restrições nos termos e condições de licenciamento, a recusa de negociar as tecnologias essenciais às normas, a colusão de competidores e a concentração de direitos nas organizações de normalização.

Esses sistemas, que ganharam seus contornos atuais após o período das revoluções liberais, no presente têm desafiado a sociedade global, motivo pelo qual merece especial atenção sob a perspectiva do Direito Internacional. Conforme se observou, sob a perspectiva do comércio internacional, a harmonização das normas técnicas em escala global pode beneficiar a todos, uma vez que as diferenças para adequar os produtos para os distintos mercados são minimizadas. Contudo, há os desafios para incorporação das normas internacionais, que afeta tanto países em desenvolvimento como países desenvolvidos, que precisam ser superados.

As soluções buscadas pela China, por exemplo, segundo relato apresentado no último capítulo, indica que medidas de caráter nacional não têm sido bem recebidas pela comunidade internacional. Contudo, não há medidas no ordenamento jurídico do comércio internacional que mitiguem as tensões inerentes a relação entre normalização técnica e propriedade intelectual.

A confluência da regulação de aspectos da normalização técnica e da propriedade intelectual no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) não trouxe soluções

para essa problemática. Nessa seara, tanto o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (Acordo TRIPS) como o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (Acordo TBT), o Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS), o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS) e, ainda, o Acordo de Compras Governamentais, entre outros que estabelecem as regras do comércio de bens e serviços, não preveem disposições que regulem tal especificidade.

Por conseguinte, as tensões inerentes à relação entre propriedade intelectual e normalização técnica alimentam um conflito sob a perspectiva do ordenamento jurídico do comércio internacional – que não possui regras específicas para regular esse tema. Este conflito se traduz na dificuldade que os países têm na implementação plena das obrigações assumidas, o que confirma a hipótese principal desta pesquisa.

Com o intuito de minimizar as tensões, no plano internacional, as principais organizações internacionais de normalização, que possuem um papel relevante para o comércio – União Internacional de Telecomunicações (ITU, sigla em inglês), Organização Internacional de Normalização (ISO, sigla em inglês) e Comissão Eletrotécnica Internacional (IEC, sigla em inglês), que fazem parte da Cooperação Mundial em Normas (WSC, em inglês) –, adotaram medidas políticas em matéria de propriedade intelectual aplicáveis ao processo de normalização. Contudo, elas não se revelam suficientes para tratar da problemática.

Para a mitigação dos problemas que emergem deste conflito, observa-se que há duas tendências seguidas pelos Membros da Organização. Uma delas consiste em incrementar as flexibilidades do Acordo TRIPS, como se verifica nos Estados Unidos, União Europeia e Índia. Outra opção observada é o afastamento das normas técnicas internacionais – com fundamento nas flexibilidades dos acordos TBT, SPS e GATS –, em prol da adoção de normas e regulamentos técnicos domésticos, como tem ocorrido em países como China. Em certos casos, a preferência pela criação de normas e regulamentos técnicos baseados essencialmente em tecnologias nacionais pode robustecer as barreiras técnicas ao comércio.

Essas medidas adotadas no plano doméstico, no entanto, são diferenciadas e, em muitos casos, incompatíveis entre si e com os princípios e regras multilaterais de

comércio. Tal situação tem prejudicado a adequada aplicação e coerência do ordenamento jurídico da OMC. Observa-se, ainda, que se fundam nas flexibilidades e exceções estabelecidas pelos acordos. O que revela uma tendência a tornar regra o que juridicamente deveria ser considerada uma exceção. Ainda, essas distintas medidas estabelecem divergentes pontos de equilíbrio entre o coletivo e o individual, entre a padronização e a diferenciação, que são as principais forças que alimentam os focos de tensão na relação entre normalização técnica e propriedade intelectual.

Nesse contexto, o Sistema Multilateral de Comércio – esfera na qual hoje fluem as regras internacionais que buscam regular a normalização técnica e a propriedade intelectual – assume uma importante função como um foro onde esse equilíbrio precisa ser calibrado, por meio de regras claras e efetivas que permitam aos Membros cumprir com seus compromissos de forma plena, sem ter que tornar a excepcionalidade um padrão de atuação nesse cenário. Destarte, regras claras são fundamentais para assegurar a previsibilidade do Sistema e promover um comércio leal.

Assim, estima-se que é possível evitar que as tensões e conflitos inerentes à relação entre normalização técnica e propriedade intelectual gerem efeitos negativos sobre o comércio internacional. Não se trata de privilegiar um sistema em prol de outro, mas encontrar o adequado equilíbrio entre eles, anulando suas tensões e fortalecendo e otimizando suas complementaridades.

Nesse sentido, assinala-se que as tecnologias protegidas podem encontrar na normalização técnica a possibilidade incrementarem seu valor social. De fato, as tensões existentes em tomo desses sistemas são a expressão natural e inevitável da disputa em tomo da captura do valor social das criações no cenário internacional.

Quem atribui um determinado valor sobre as invenções e demais criações é a sociedade, não os inventores ou os titulares dos direitos de propriedade intelectual. Os inventores fazem as invenções, mas quem determina se ela vai ser usada ou não é a sociedade. Portanto, uma invenção não resulta apenas de uma construção individual, que parte da mente criativa do inventor, mas também e, sobretudo, do interesse que a sociedade mostra por ela.

Desse modo, ao se incorporar uma tecnologia protegida em uma norma técnica

internacional, que servirá de base para todos os países, há uma manifestação formal desse interesse social, o que confere aos titulares de direitos uma ampliação de seu valor em escala global e possibilidade de retorno de seus investimentos pela ampla adoção de sua tecnologia pelos usuários da norma – o que não ocorreria se a tecnologia protegida fosse ignorada pela sociedade. Destarte, na falta de mecanismos que promovam o equilíbrio entre esses regimes (de regulação do uso da técnica), as tensões inerentes sua relação podem afetar fortemente o comércio, interno e internacional, por meio de robustas barreiras técnicas ao fluxo de bens, serviços e tecnologias.

Diante disso, com o objetivo de se assegurar a efetividade dos acordos multilaterais de comércio e garantir segurança jurídica, entende-se necessário o estabelecimento de medidas claras e adequadas, que busquem eliminar ou reduzir os conflitos e garantir a integridade, a eficiência, a viabilidade, a durabilidade e a previsibilidade do Sistema Multilateral de Comércio, conforme almejam os Membros da OMC. Importa, ainda, que tais medidas sejam estabelecidas de forma a facilitar o comércio internacional e promover a concorrência leal, a inovação, a transferência da tecnologia e o desenvolvimento das nações.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Frederick M. Are the Competition Rules in the WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Adequate? In: PETERSMANN, Ernst-Ulrich; HARRISON, James. *Reforminh the World Trading System: Legitimacy, Efficiency, and Democratic Governance*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 317-334.

ABBOTT, Frederick; COTTIER, Thomas; GURRY, Francis. *The International Intellectual Property System: Commentary and Materials*. Part One. The Hague: Kluwe Law International, 1999.

ACCIOLY, Hidelbrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ADOLFO, Luiz Gonzaga da Silva; WACHOWICZ, Marcos. *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006.

ALMEIDA, Aberto Ribeiro de. *A autonomia jurídica da denominação de origem: Uma perspectiva transnacional. Uma garantia de qualidade*. Coimbra: Wolters Kluwer, 2010.

ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. *La normalización Industrial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

ALVAREZ, José E. *International Organizations as Law-makers*. New York: Oxford University Press, 2005. 660 p.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do (org.). *O artigo XX do GATT, meio ambiente e direitos humanos*. São Paulo: Aduaneiras, 2009. 373 p.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Comércio Internacional e a Proteção do Meio Ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011. 420 p.

AMERICAN NATIONAL STANDARDS INSTITUTE. *ANSI Guidelines on Embedded Trademarks*. EUA: ANSI, 2008. Disponível em: <<http://publicaa.ansi.org/>>. Acesso em: 13 set. 2011.

AMERICAN NATIONAL STANDARDS INSTITUTE. *ANSI Guidelines on Software in Standards*. EUA: ANSI, 2008. Disponível em: <<http://publicaa.ansi.org/>>. Acesso em: 11 out. 2011.

AMERICAN NATIONAL STANDARDS INSTITUTE. *Guidelines for Implementation of the ANSI Patent Policy: An Aid to More Efficient and Effective Standards Development In Fields That May Involve Patented Technology*. EUA: ANSI, 2011. Disponível em: <<http://publicaa.ansi.org/sites/apdl/Documents/Standards%20Activities/American%20Na>

tional%20Standards/Procedures,%20Guides,%20and%20Forms/Guidelines%20for%20Implementation%20of%20ANSI%20Patent%20Policy%202011.pdf>. Acesso em 20 ago. 2011.

AMERICAN NATIONAL STANDARDS INSTITUTE. Patent Group. *Intellectual Property Rights Policies in Standards Development Organizations and the Impact on Trade Issues with the People's Republic of China*. June 10, 2004. Disponível em: <[http://ftp.tiaonline.org/IPRSC/IPRWG_HISTORY/2008Feb12meeting/TIA-IPR_20080212-009a%20ANSI%20China%20IPR%20PaperFinal%20\(20040610\).pdf](http://ftp.tiaonline.org/IPRSC/IPRWG_HISTORY/2008Feb12meeting/TIA-IPR_20080212-009a%20ANSI%20China%20IPR%20PaperFinal%20(20040610).pdf)>. Acesso em: 17 jan. 2010.

AOKI, Reiko; SCHIFF, Aaron. Promoting Access to Intellectual Property: Patent Pools, Copyright Collectives and Clearinghouses. April 6, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=976852>>. Acesso em 10. jan. 2010.

ASCARELI, Tullio. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona: Bosch, 1980.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABNT ISO/IEC Guia 2: 2006*. Normalização e atividades relacionadas – Vocabulário geral. 2. ed. Brasil: ABNT, 2006.

BARBOSA, Denis B. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade Intelectual: a aplicação do Acordo TRIPS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, tomo I, pp. 445-570.

BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. *Limites e possibilidades hermenêuticas do princípio da igualdade no direito de patentes brasileiro*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

BARRAL, Welber. *O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

BARRAL, Welber. Organização Mundial do Comércio (OMC). BARRAL, Welber (org.). *Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, pp. 31-56.

BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, vol. 2.

BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Aperfeiçoamento e dependência em patentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BARTELS, Lorand. Article XX of GATT and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction: The Case of Trade Measures for the Protection of Human Rights. *Journal of World Trade*, vol. 36, n. 2, p. 353-403, April 2002.

BASSO, Maristela SALOMÃO FILHO, Calixto; POLIDO, Fabrício; CÉSAR, Priscilla. *Direitos de Propriedade Intelectual e Saúde Pública: o acesso universal aos medicamentos anti-retrovirais no Brasil*. São Paulo:IDCID, 2007.

BASSO, Maristela SALOMÃO FILHO, Calixto; POLIDO, Fabrício; CÉSAR, Priscilla. *Direitos de Propriedade Intelectual e Saúde Pública: o acesso universal aos medicamentos anti-retrovirais no Brasil*. São Paulo: IDCID, 2007.

BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 322 p.

BASSO, Maristela. A importação paralela e o princípio da exaustão. Especial referência às marcas. In: GRAU-KUNTZ, Karin; BARBOSA, Denis Borges. *Ensaio sobre o Direito Imaterial: Estudos dedicados a Newton Silveira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.pp. 169-208.

BASSO, Maristela. O regime Internacional de proteção da propriedade intelectual. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (coord.). *OMC e o comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002, pp. 113-160.

BASSO, Maristela. *Propriedade Intelectual e importação paralela*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

BEKKERS, Rudi; DUYSTERS, Geert; VERSPAGEN, Bart. *Intellectual property rights, strategic technology agreements and market structure: The case of GSM*. Research Policy n. 31. Elsevier, 2002, pp. 1141–1161.

BEKKERS, Rudi; LIOTARD, Isabelle. European Standards for Mobile Communications: The Tense Relationship between Standards and Intellectual Property Rights. *European Intellectual Property Review*, London, Sweet & Maxwell, 1999, pp. 110-126.

BEKKERS, Rudi; WEST, Joel. *The Effect of Strategic Patenting on Cumulative Innovation in UMTS Standardization*. DIME Working Papers on intellectual property rights. Working Paper n.º 9. DIME, March 2006. Disponível em: <http://ipr.dime-eu.org/ipr_publications>. Acesso em: 20 fev. 2011.

BELSON, Jeffrey. *Certification Marks*. Special Report. London: Sweet & Maxwell, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Das Práticas Comerciais: das práticas abusivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.Cap. V, Sec. IV.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentarios ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos

Trinunais, 2005.

BENKLER, Yochai. A Political Economy of the Public Domain: Markets in Information Goods versus the Marketplace of Ideas. In: DREYFUSS, Rochelle Cooper; ZINNERMAN, Diane Leenher; FIRST, Harry (eds.). *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 267-294.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. *Introducción a las marcas y otros signos distintivos em el tráfico económino*. Madrid: Aranzadi, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BLIND, Knut (Coord.). *Study on the interplay between standards and intellectual property (IPRs)*. Tender n.º ENTR/09/015 (OJEU S136 of 18/7/2009). Final Report. Berlim, Utrech, Paris, Geneva, Oslo, April 2011. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/standardisation-policy/policy-activities/intellectual-property-rights/index_en.htm>. Acesso em: 7 jul. 2011.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BODENHAUSEN, G. H. C. *Guide to the Application of the Paris Convention fo the Protection of Industrial Property*, as revised at Stockholm in 1967. Genebra: BIRPI, 1968.

BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. *Global Business Regulation*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2000.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51*. Representante: SEVA Engenharia Eletrônica S.A. Representado: Siemens VDO Automotive Ltda, Continental do Brasil Indústria Automotiva Ltda. Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. Brasília, 1.12.2009. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. *Decreto nº 1.355, DE 30 de dezembro de 1994*. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm>. Acesso em: 10 jan. 2010.

BRASIL. *Lei nº 4.150, de 21 de novembro de 1962*. Institui o regime obrigatório de preparo e observância das normas técnicas nos contratos de obras e compras do serviço público de execução direta, concedida, autárquica ou de economia mista, através da Associação Brasileira de Normas Técnicas e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. *Lei nº 5.966, de 11 de dezembro de 1973*. Institui o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, e dá outras providências. D.O.U. de

12.12.1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5966.htm>. Acesso em 10 jan. 2010.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. *Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996*. Regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Com alterações estabelecidas pela Lei nº 10.196, de 14 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 10 nov. 2007.

BRUCH, Kelly Lissandra; DEWES, H; RAMBO, A. G; ANDRADE, J. J; MARTINELLI JUNIOR, O. Barreiras à entrada no mercado brasileiro de sementes transgênicas. In: *XLIII Congresso Brasileiro de Economia e Sociologia Rural*, 2005, Ribeirão Preto. Instituições, Eficiência, Gestão e Contratos no Sistema Agroalimentar. Ribeirão Preto : FEARP/USP, PENSA/USP, 2005. p. 278-278.

BRUCH, Kelly Lissandra. *Limites do direito de propriedade industrial de plantas*. 1996. Dissertação (Mestrado em Agronegócios) - Programa de Pós-Graduação em Agronegócios da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

BRUCH, Kelly Lissandra. *Signos Distintivos de Origem: entre o velho e o novo mundo vitivinícola*. 2011. Tese (doutorado), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, Porto Alegre, 2011.

BRUCH, Kelly Lissandra; ZIBETTI, Fabíola Wüst. Acordos Internacionais e sua Internalização: um estudo de caso na proteção de plantas no âmbito da propriedade intelectual. MENEZES, Wagner (Coord.). *Estudos de Direito Internacional*. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2006 vol. VII, p. 283-294,

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho de las patentes de invención*. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2004, vol. 2.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Contrato de licencia y de transferencia de tecnología em el derecho privado*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1994.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Regímen jurídico de los conocimientos técnicos: know how y secretos comerciales e industriales*. Buenos Aires: Heliasta, 1984.

CABRAL, P. *A nova lei de direitos autorais*. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998.

CARVALHO, Nuno Pires de. *A Estrutura dos Sistemas de Patentes e de Marcas – Passado, Presente e Futuro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Nuno Pires de. *The TRIPS Regime of Patent Rights*. London: Kluwer Law International, 2002.

CARVALHO, Nuno Pires de. *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*. London:

Kluwer Law International, 2006.

CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

CELLI JUNIOR, Umberto. *Comércio de Serviços na OMC: Liberalização, condições e desafios*. Curitiba: Juruá, 2009. 255 p.

CELLI JUNIOR, Umberto. Princípios da União Internacional de Telecomunicações (UIT) e do Acordo sobre Comércio de Serviços (GATS) da OMC. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo São Paulo*, Vol. 100, p. 261-285, 2005.

CELLI JUNIOR, Umberto; SAYEG, Fernanda Manzano (Orgs.). *Comércio de Serviços, OMC e Desenvolvimento*. São Paulo: IDCID, 2008. 259 p.

CENTRE FOR INTERNATIONAL TRADE, ECONOMICS AND ENVIRONMENT - CUTS *Dealing with protectionist standard setting: effectiveness of WTO agreement on SPS and TBT 2003*.

CERQUEIRA, Joao da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

CHANG, Seung Wha. GATTing a Green Barrier: Eco-Labeling and the WTO Agreement on Technical Barriers to Trade. *Journal of World Trade*, vol. 31, n. 1, p. 137-159, February 1997.

CHAVES, Antônio. *Direitos autorais na computação de dados*. São Paulo: LTr, 1996

CHEN, Yusong. Ensuring the benefits of intellectual property rights to development: a competition policy perspective. In: LI, Xuan; CORREA, Carlos M. *Intellectual Property Enforcement: International Perspectives*. Cheltenham, UK/ Northampton, MA, US: Edward Elgar, 2009, pp. 189-206.

CHON, Margaret. Substantive Equality in International Intellectual Property Norm Setting and Interpretation. GERVAIS, Daniel (ed). *Intellectual Property, Trade and Development: Strategies to Optimize Economic Development in a TRIPS-Plus Era*. New York: Oxford University Press, 2007, pp. 475-526.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: comentários a Lei n. 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMITÉ CONSULTATIF INTERNATIONAL TÉLÉGRAPHIQUE ET TÉLÉPHONIQUE. *CCITT Circular n. 183, A. 29/11, 3 December 1975*. Uniformization of Patent Policy within the various CCITT Study Groups. Genève: ITU-T – CCITT, 1975.

COMITÉ CONSULTATIF INTERNATIONAL TÉLÉGRAPHIQUE ET TÉLÉPHONIQUE. *Extract of the Report of the meeting of CCITT Study Group*. Annex 4 – Statement on CCITT Patent Policy. Temporary Document n. 5-E. Special Study Group S. Geneva, 1-3 September 1987. Geneva, 7-16 December 1987.

COMITÉ CONSULTATIF INTERNATIONAL TÉLÉGRAPHIQUE ET TÉLÉPHONIQUE. *VI Plenary Assembly – Document n° 60. Patent Policy*. Genebra: CCITT, 1976.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *COM (91) 521 final*. Standarization in the European Economy. Commission Communication: Follow-up to the Commission Green Paper of October 1990. Bruxelas: 16 de dezembro de 1991. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/documents/official-documents/index_en.htm>. Acesso em: 10 jan 2010.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *COM(2008) 133 final*. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee: Towards an increased contribution from standardisation to innovation in Europe. Bruxelas: 11 de março de 2008. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/documents/official-documents/index_en.htm>. Acesso em: 10 jan 2010.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *COM(90) 456 final*. Commission Green Paper on the Development of European Standardisation: Action for Faster Technological Integration in Europe. Bruxelas: 8 de outubro de 1990. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/documents/official-documents/index_en.htm>. Acesso em: 10 jan 2010.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *COM(92) 445 final*. Communication from de Commission: Intellectual property rights and standardisation. Bruxelas: 27 October 1992. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/documents/official-documents/index_en.htm>. Acesso em: 10 jan 2010.

COMUNIDAD ANDINA. *Decisión 486, de 14 de septiembre de 2000*. Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Lima, Perú: CAN, 2000. Disponível em: <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D486.htm>>.

CONTRERAS, Jorge L. (ed.) *Standards Development Patent Policy Manual*. Chicago: American Bar Association, 2007.

COOTER, Robert D. The Structural Approach to Decentralizing Law: A Theory of Games and Norms. In: BUXBAUM, Richard M.; HERTIG, Gérard; HIRSCH, Alain; HOPT, Klaus J. *European Economic and Business Law: Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization*. Berlin: de Gruyter, 1996, pp. 341-364.

COPETTI, Michele. *O direito de marcas: a afinidade como exceção ao princípio da especialidade*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Curso de Pós-Graduação em Direito – CPGD. Florianópolis, 2008.

COPETTI, Michele. *Afinidade entre marcas: uma questão de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CORREA, Carlos M. *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries: The TRIPS Agreement and Policy Options*. New York: Zed Books, 2000.

CORREA, Carlos María. La regulación de las cláusulas restrictivas en los contratos de transferencia de tecnología en el derecho latino-americano. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n. 80-81, Buenos Aires, junio de 1981, p. 183-258.

CORREA, Carlos Maria. *Propriedade Intelectual e Saúde Pública* (Tradução por Fabíola Wüst Zibetti). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

CORREA, Carlos. *Acuerdo TRIPS: Regimen Internacional de la Propiedad Intelectual*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Decidir e julgar: um estudo multidisciplinar sobre a solução de controvérsias na Organização Mundial do Comércio*. 2009. Tese (Concurso de Professor Titular). Departamento de Direito Internacional e Comparado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

COTTER, Thomas F. *Essential Facilities Doctrine*. Legal Studies Research Paper Series. Research Paper n°. 08-18. University of Minnesota Law School. 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1125368>>.

CROLEY, Steven P.; JACKSON, John H.. WTO Dispute Procedures, Standard of Review, and Deference to National Governments. *The American Journal of International Law*, Vol. 90, n. 2, p. 193-213, April 1996. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2203683>

DAL RI JÚNIOR, Arno. *História do Direito Internacional*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Atualidade dos Tribunais Administrativos de Organizações Internacionais*. 2009. Tese (Livre-Docência). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DAVEY, William J.; ZDOUC, Werner. The Triangle of TRIPS, GATT and GATS. In: COTTIER, Thomas; MAVROIDIS, Petros C. (eds). *Intellectual Property: Trade, Competition, and Sustainable Development*. United States: The University of Michigan Press, 2003. Cap. 2, p. 53-84. World Trade Forum, Vol. 3.

DE MASI, Domenico. *O Ócio Criativo: entrevista a Maria Serena Palieri*. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DESANTI, Susan; COHEN, William. Competition to Innovate: Strategies for Proper Antitrust Assessments. In: DREYFUSS, Rochelle Cooper; ZINNERMAN, Diane Leenher; FIRST, Harry (eds.). *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*. New York: Oxford University Press, 2004. p. 317-342.

DINH, Nguyen Quod; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DORTH, David Adam. The Rambus Shell Game: A Lack Of Integrity In The Standards Setting Process. *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, 2003.

DRAHOS, Peter. *A Philosophy of Intellectual Property* Aldershot: Dartmouth Publishing Company Limited, 1996.

DREIER, Thomas. Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside of Proprietary Rights? In: DREYFUSS, Rochelle Cooper; ZINNERMAN, Diane Leenher; FIRST, Harry (eds.). *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 295-316.

DREXL, Josef. The critical role of competition law in preserving public goods in conflict with intellectual property rights. In: MASKUS, Keith E.; REICHMAN, Jerome H. (eds.). *International Public good and transfer of technology under a globalized intellectual property regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 709-725.

DUPUY, Pierre-Marie. L'Unité de l'Ordre Juridique International: Cours général de droit international public (2000). In: ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAGUE. *Recueil des Cours: Collected Courses of The Hague Academy of International Law 2002*. Leiden / Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, tome 297.

EUROPEAN PATENT ORGANIZATION. Scenarios for the future: How might IP regimes evolve by 2025? What global legitimacy might such regimes have? Munich: EPO, 2007. Disponível em: <<http://www.epo.org/news-issues/issues/scenarios/download.html>>. Acesso em: 20 fev. 2010.

FARELL, Joseph; SHAPIRO, Carl. *Intellectual Property, Competition, and Information Technology*. Working Paper n. CPC04-45. March, 2004. Disponível em: <<http://www.sims.berkeley.edu/~hal/Papers/mattioli/mattioli.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

FEDERAL TRADE COMMISSION. Bureau of Consumer Protection. *Standards and Certification: Final Staff Report*. April, 1983.

FEDERAL TRADE COMMISSION. *To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy*. A Report by the Federal Trade Commission. October 2003.

FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos. *Tratado sobre Derecho de Marcas*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Propriedade industrial e defesa da concorrência. In: *Revista da ABPI*, São Paulo, v. 2, n. 8, ago. 1993.

FILOMENO, José Geraldo. *Manual de direitos do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FISHER, William W. *The Growth of Intellectual Property: A History of the Ownership of Ideas in the United States*. 1999. Disponível em: <<http://cyber.law.harvard.edu/property99/history.html>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

FLORES, Cesar. *Segredo industrial e o know-how: aspectos jurídicos internacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FORAY, Dominique. *The Economics of Knowledge* Cambridge, MA.: The MIT Press, 2006.

FORD, Henry. *My Life and Work*. Fairfield, US: 1st World Library, 2003.

FORGIONI, Paula A. *A evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FORGIONI, Paula A. Importações Paralelas no Brasil: a Propriedade Industrial nos Quadrantes dos Princípios Constitucionais. In: GRAU-KUNTZ, Karin; BARBOSA, Denis Borges. *Ensaio sobre o Direito Imaterial: Estudos dedicados a Newton Silveira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 209-230.

FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FORGIONI, Paula Andrea. *Direito concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRIEDMANN, Wolfgang. *The Changing Structure of International Law*. New York: Columbia University Press, 1964.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GANSLANDT, Mattias. Intellectual Property Rights and Competition Policy. In: MASKUS, Keith E. (ed). *Intellectual Property, Growth and Trade*. Amsterdam: Elsevier, 2008, pp. 233-261.

GEIGER, Christophe. Copyright and Free Access to Information: For a Fair Balance of Interests in a Globalized World. *European Intellectual Property Review*, n.7, p. 366-373, 2006.

GEIGER, Christophe. *Droit d'auteur et droit du public à l'information: Approche de droit comparé*. Paris: Litec, 2004.

GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *MIN. DEC. Ministerial Declaration on the Uruguay Round*. Genebra: GATT, 20 september 1986.

GERBER, David J. Competition Law and the WTO: Rethinking the Relationship. In: DAVEY, William J.; JACKSON, John (eds). *The Future of International Economic Law*. New York: Oxford University Press, 2008, pp. 269-286.

GERVAIS, Daniel. *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*. London: Sweet & Maxwell, 1998.

GIFFORD, Raymond. Standards in the Digital Age. Progress on Point. Periodic Commentaries on the Policy Debate Release 12.2 March 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=987307>. Acesso em: 13 de jan. 2010.

GILBERT, Richard J. Antitrust for Patent Pools: A Century of Policy Evolution. *Stanford Technology Law Review*, n. 3, 2004. Disponível em: <http://stlr.stanford.edu/STLR/Articles/04_STLR_3>. Acesso em: 13 de jan. 2010.

GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Singular, 2006.

GOMEZ SEGADE, Jose Antonio. *El secreto industrial (Know-how): concepto y protección*. Madrid: Editorial Tecnos, 1974.

GONZÁLEZ, J. Patricio Sáiz. *Legislación histórica sobre propiedad industrial: España (1759-1929)*. Madrid: Oficina Espanhola de Patentes y Marcas, 1996.

GREFFE, Pierre; GREFFE, François. *Traité des dessins et des modèles*. Paris: Librairies Technicques, 1974.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GTW ASSOCIATES. *Intellectual Property Rights Policies of selected standards developers*. March 2011. Disponível em: <<http://www.gtwassociates.com/answers/IPRpolicies.html>>. Acesso em: 20 mar. 2011.

GUELLEC, Dominique; POTTERIE Bruno van Pottelsberghe de la. *The Economics of European Patent System*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

GUISE, Monica Steffen. *Comércio Internacional, Patentes e Saúde Pública*. Curitiba: Juruá, 2007.

GUPTA, Pratibha. Copyright and Open Source Licensing of Software Work. *Les Nouvelles Journal od the Licensing Executives Society International*, Vol. XLIII, n. 2, pp. 135-141, June 2008.

GUTTERMAN, Alan. *Innovation and Competition Policy*. London: Kluwer Law International, 1997, pp. 97-216.

GUZMAN, Andrew T. *International Antitrust And The Wto: The Lesson From Intellectual Property*. Berkeley: Center for the Study of Law and Society, University of California, 2000.

HARRIS JR., H. Stephen; GANSKE, Rodney J. The monopolization and IP abuse provisions of China's Anti-Monopoly Law: concerns and a proposal. *Antitrust Law Journal*, vol. 75, pp. 213-230, 2008-2009.

HAYTER, Earl W. The Patent System and Agrarian Discontent, 1875-1888. *The Mississippi Valley Historical Review*, Vol. 34, n. 1, pp. 59-82, Junho, 1947. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1895996>>. Acesso em: 13 de jan. 2010.

HEATH, Christophe. Patents and Standards. In: HWANG, Tzong-Leh; CHEN, Chiyuan (eds). *The Future Development of Competition Framework*. London: Kluwer Law International, 2004, pp. 131-144.

HESSE, Carla. The rise of intellectual property, 700 b.c.– a.d. 2000: an idea in the balance, *Dædalus*, Spring 2002, pp. 26-45.

HESSER, Wilfried. *An introduction to standards and standardization*. Zurich: Beuth, 1998.

HOBSBAWN, Eric. *A era das revoluções 1789-1848*. 25 ed. São Paulo: Terra e Paz, 2010.

HOEKMANN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. *The political Economy of the World Trading System*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2001.

HOVENKAMP, Herbert; JANIS, Mark D. LEMLEY, Mark A. Unilateral Refusals to License in the U.S. Working Paper N.º 303. Stanford Law School, John M. Olin Program in Law and Economics. April 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=703161>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

HOVENKAMP, Herbert; JANIS, Mark D.; LEMLEY, Mark A. *IP and Antitrust: an analysis of Antitrust Principles applied to Intellectual Property Law*. New York, Aspen Publishers, 2009.

HURWITZ, Justin (Gus). The value of patents in industry standards: avoiding license arbitrage with voluntary rules. *AIPLA Quarterly Journal*, Vol. 36, n. 1, p. 1-41, Winter 2008.

INTERNATIONAL ORGANISATION OF LEGAL METROLOGY. *Convention establishing an International Organisation of Legal Metrology*, Done at Paris, France, the 12th of October 1955, Modified in 1968 by amendment of Article XIII. Official translation in English made by the British Government and published under Treaty series n. 60 of 1962. Paris: OIML, January 2000. Disponível em <<http://www.oiml.org/about/presentation.html>>. Acesso em: 13 de jan. 2010.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. *Copyright, Standards and the internet*. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/copyright_information_brochure.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2010.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION; INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION. ISO/IEC Directives. Part 2: Rules for the structure and drafting of International Standards. 6. ed. Geneva: ISO/IEC, 2011. Disponível em: <<http://isotc.iso.org/>>. Acesso em: 10 out. 2011.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION;

INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION. ISO/IEC Directives. Part 1: Procedures for the technical work. 8. ed. Genebra: ISO/IEC, 2011. Disponível em: <<http://isotc.iso.org/>>. Acesso em: 22 jul. 2011.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. *ITU-T Software Copyright Guidelines*. Issue 2.1.1. Genebra: ITU, 2005. Disponível em: <<http://www.itu.int/en/ITU-T/ipr>>. Acesso em: 13 set. 2011.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATIONS UNION. *ITU-T Guidelines related to the inclusion of marks in ITU-T Recommendations*. Genebra: ITU, 2005. Disponível em: <<http://www.itu.int/en/ITU-T/ipr/Pages/default.aspx>>. Acesso em: 13 set. 2011.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATIONS UNION; INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION; INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION. *Common Patent Policy for ITU-T/ITU-R/ISO/IEC*. 2007. Disponível em: <<http://www.itu.int/en/ITU-T/ipr/Pages/default.aspx>>. Acesso em: 13 set. 2010.

INTERNATIONAL TRADE CENTRE; COMMONWEALTH SECRETARIAT. *Influencing and Meeting International Standards: Challenges for developing countries*. Volume One - Background information, findings from case studies and technical assistance needs. Geneva: International Trade Centre/ Commonwealth Secretariat, 2003, pp. 33-49.

INTERNATIONAL UNION FOR THE PROTECTION OF NEW VARIETIES OF PLANTS (UPOV). International Convention for the Protection of New Varieties of Plants. Act of 1991. 2.12.1961; Revisado em Geneva, 10.11.1972, 23.10.1978 e 19.03.1991. Disponível em: <<http://www.upov.int>>. Acesso em: 10 nov. 2007.

JACKSON, John H. *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*. 2 ed. Cambridge: MIT Press, 1997.

JACKSON, John H.; DAVEY, William J.; SYKES, Alan O. *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic Relations*. 5 ed. St. Paul: Thompson, 2008, pp. 1-59.

JACKSON, John H.; DAVEY, William J.; SYKES, Alan O. *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic Relations*. 4 ed. St. Paul: Thompson, 2002, pp. 575-603.

JONES, Paul. Licensing in China: The New Anti-Monopoly Law, the Abuse of IP Rights and Trade Tensions. *Les Nouvelles Journal od the Licensing Executives Society International*, Vol. XLIII, n. 2, pp. 106-116, June 2008.

KENNEDY, Scott; SUTTMEIER, Richard P. SU, Jun. China's Evolving Role in the Global Knowledge Economy. National Bureau of Asian Research (NBR) Special Report 15. Seattle, Washington: NBR, 2008. Disponível em: <<http://www.nbr.org/publications/element.aspx?id=244>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

KOELMAN, Kamiel J. An Exceptio Standardis: Do We Need an IP Exemption for Standards? *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, n. 7, pp. 823-843, 2006.

KORS, Jorge. *Los Secretos Industriales y el Know-How*. Buenos Aires: La Ley, 2007.

KRUGMAN, Paul R., OBSTFELD, Maurice. *International Economics: Theory and Policy*. 3 ed. New York: HaperCollins Publishers, 1994.

LADAS, Stéphane P. *La Protection Internationale de la Propriété Industrielle*. Paris: E. de Boccard, 1933.

LADAS, Stephen P. Exclusive Territorial Licenses Under Parallel Patents. *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, Vol. 3, n. 1-4, pp. 335-356, 1972.

LADAS, Stephen P. *The International Protection of Literary and Artistic Property*. New York: The Macmillan Company, 1938.

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

LAGO GIL, Rita. *Las marcas colectivas y las marcas de garantia*. 2. ed. Navarra: Civitas, 2006.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *La estructura económica del derecho de propiedad intelectual e industrial*. Madrid:Fundación Cultural del Notariado, 2006. 575 p.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge, MA.: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003. 442 p.

LAYNE-FARRAR, Anne. *Non-Discriminatory Pricing: What is Different (and What is Not) about IP Licensing in Standard Setting*. June 29, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1427924>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

LEMLEY, Mark A. *Intellectual property rights and standard setting organizations*. UC Berkeley School of Law, Public Law and Legal Theory, Research Paper n. 84, 2002. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=310122>. Acesso em: 20 jan. 2009.

LÉVÊQUE, François. Quel est le prix raisonnable d'une licence obligatoire? Concurrences. *Revue des Droits de la Concurrence*, n. 1, Décembre 2004.

LEVÉQUÊ, François; MÉNIÈRE, Yann. *The economics of patents and copyright*. 2004. Disponível em: <<http://www.cerna.enspm.fr>>. Acesso em: 28 de março de 2006.

LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. Technology standards, patents and antitrust. *Competition and Regulation in Network Industries*, n. 1, vol. 9, 2008, pp. 29-47.

LEWICKI, Bruno. A historicidade do Direito Autoral. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva WACHOWICZ, Marcos. *Direito da Propriedade Intelectual: Estudos em homenagem a Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá Editora, 2006, pp. 281-300.

LI, Xuan; CORREA, Carlos M. Towards a development approach on IP enforcement: conclusions and strategic recommendations. In: LI, Xuan; CORREA, Carlos M. *Intellectual Property Enforcement: International Perspectives*. Cheltenham, UK/ Northampton, MA, US: Edward Elgar, 2009, pp. 297-212.

LIMA, Rodrigo Carvalho de Abreu. *Medidas Sanitárias e Fitossárias na OMC: neoprotecionismo ou defesa de objetos legítimos*. São Paulo: Aduaneiras, 2005.

LIOTARD, Isabelle. *Intellectual Property Tools, Standards and Market Positioning*. DIME Working Papers on Intellectual Property Rights. March 2006. Disponível em: <http://ipr.dime-eu.org/ipr_publications>. Acesso em: 19 mar. 2010.

LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires/Paris/Bogotá: Zavalia/UNESCO/CERLALC, 1993.

LIST, Georg Friedrich. *Sistema Nacional de Economia Política*. São Paulo: Abril Cultural, 1983, pp. 3-290.

LIU, Kung-Chung. Rationalising the Regime of Compulsory Licensing by the Essential Facilities Doctrine. *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, Vol. 39, n. 7, p. 755-882, 2008.

LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. Segundo tratado sobre o governo. 5. ed. São Paulo; Nova Cultural, 1991.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Proteção Jurídica do Software: Eficácia e Adequação*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

MACHLUP, Fritz; PENROSE, Edith. The Patent Controversy in the Nineteenth Century. *The Journal of Economic History*, Vol. 10, n. 1, pp. 1-29, Maio 1950.

MARCONINI, Mário. *Acordos Regionais e o Comércio Internacional: Normativa Internacional e Interesse Brasileiro*. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos o Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARTIN ARESTI, Pilar. *La licencia contractual de patente*. Navarra: Aranzadi Editorial, 1997.

MARTIN, John. Intellectual Property Rights and Competition Law - Making Them Co-exist. In: HWANG, Tzong-Leh; CHEN, Chiyuan (eds). *The Future Development of Competition Framework*. London: Kluwer Law International, 2004, pp. 109-129.

MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel; SOUCASSE, Gabriela M. *Las marcas de fábrica*. La regulación del condominio sobre una marca de fábrica, industria o comercio en el

derecho argentino. Buenos Aires: La Ley, 2002, 1094.

MASKUS, Keith E.; WILSON, John S.; OTSUKI, Tsunehiro. *Quantifying the Impact of Technical Barriers to Trade: A Framework for Analysis*. Washington, D.C.: The World Bank, December, 2000.

MASSON-MATTHEE, Mariële D. *The Codex Alimentarius Commission and Its Standards*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2007.

MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENBAUM, Thomas J.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*. New York: Oxford University Press, 2006.

MAVROIDIS, Petros C.. No Outsourcing of Law? WTO Law as Practiced by WTO Courts. *American Society of International Law. The American Journal of International Law*, Vol. 102, n. 3, p. 421-474, July 2008. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20456639>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

MERGES, Robert P. Institutions for Intellectual Property Transactions: The Case of Patent Pools. In: DREYFUSS, Rochelle Cooper; ZINNERMAN, Diane Leenher; FIRST, Harry (eds.). *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 123-166.

MIGUEL ASENSIO, Pedro A. de. *Contratos Internacionales sobre Propiedad Industrial*. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Internacional Privado*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, tomo 16.

MONCAYO VON HASE, Andres. The Application and Interpretation of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. In: CORREA, Carlos M.; YUSUF, Abdulqawi A. *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*. 4 ed. The Hague: Klumber Law International, 2008, pp. 83-124.

MONTEIRO, Luís Pinto. *A recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual no direito da concorrência*. Coimbra; Almedina, 2010.

MORRISON, Jason; ROHT-ARRIAZA, Naomi. The Emerging Role of Private Social and Environmental International Standards in Economic Globalization. *International Environmental Law Committee Newsletter*, vol. 1, n. 3, pp. 10-35, Winter/Spring 2006.

MUÑOZ TELLEZ, Viviana. The changing global governance of intellectual property enforcement: a new challenge for developing countries. In: LI, Xuan; CORREA, Carlos M. *Intellectual Property Enforcement: International Perspectives*. Cheltenham, UK/ Northampton, MA, US: Edward Elgar, 2009, pp. 3-13.

MURRAY, James M. Empreendedores e empreendedorismo na Europa Medieval. In: LANDES, David S.; MOKYR, Joel; BAUMOL, William J. *A origem das corporações: uma visão histórica do empreendedorismo da mesopotâmia aos dias atuais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 101-122.

NAGAOKA, Sadao. Policy Issues in Efficient Collaboration Through a Patent Pool. In: HWANG, Tzong-Leh; CHEN, Chiyuan (eds). *The Future Development of Competition Framework*. London: Kluwer Law International, 2004, pp. 147-154.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL. International Standards, Conformity Assessment, and U.S. Trade Policy Project Committee. *Standards, Conformity Assessment, and Trade: Into the 21st Century*. Washington, D.C.: National Academies Press, 1995.

NELSON, Richard R. *As fontes do crescimento econômico*. Campinas: Editora Unicamp, 2006.

NIMMER, Raymond T. *Technical Standards Setting Organizations & Competition: A Case for Deference to Markets*. Critical Legal Issues. Working Paper Series n. 155. Washington Legal Foundation, January, 2008.

NORTH, Douglass G. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Silvia Menicucci de. *Barreiras não tarifárias no comércio internacional e direito ao desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Trade Directorate Trade Committee. Working Party of the Trade Committee. TD/TC/WP(98)36/FINAL. Regulatory Reform and International Standardisation. 29 Janeiro 1999. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Regulamento de Execução do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes* (texto em vigor a partir de 1 de Julho de 2011). Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/pct/pt/texts/pdf/pct_regs.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Comité Permanente Sobre El Derecho De Patentes. SCP/13/2. Normas Técnicas y Patentes. Documento preparado por la Secretaría. Decimotercera sesión. Ginebra, 23 a 27 de marzo de 2009. Ginebra: OMPI, 18 de febrero de 2009. Disponível em: <<http://www.wipo.int>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas*, del 9 de septiembre de 1886, completado en Paris el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlin el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio

de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 en Paris el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979. Disponible em: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html>. Acceso em 10 mar. 2010.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*, del 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979. Disponible em: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/trtdocs_wo020.html>. Acceso em: 10 jan. 2010.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Guía de Licencias para los países en desarrollo: Guía sobre los aspectos jurídicos de la negociación y la preparación de licencias de propiedad industrial y de contratos de transferencia de tecnología adecuados a los países em desarrollo. Ginebra: OMPI, 1977.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT)*, elaborado en Wáshington el 19 de junio de 1970, enmendado el 28 de septiembre de 1979, modificado el 3 de febrero de <1984 y el 3 de octubre de 2001. Disponible em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/pct/es/texts/pdf/pct.pdf>> Acceso em 10 out. 2010

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. *G/TBT/1/Rev.10*. Nota de la Secretaría: Decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC desde el 1° de enero de 1995. Revisión. 9 de junio de 2011. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>. Acceso em: 10 nov. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. *G/TBT/9*. Segundo examen trienal del funcionamiento y aplicación del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio. 13 de noviembre de 2000. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>. Acceso em: 10 mar. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. *G/TBT/W/174/Rev.1*. Comunicación del Canadá: Etiquetado y prescripciones del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC): marco para debates informales estructurados. 31 de mayo de 2002. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>. Acceso em: 10 mar. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. *G/TBT/W/251*. Comunicación de la República Popular China: cuestiones relativas a los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de la normalización. 25 de mayo de 2005. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>. Acceso em: 10 mar. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. *G/TBT/W/251/Add.1*. Addendum. Comunicación de la República Popular China: Cuestiones relativas a los derechos de propiedad intelectual (DPI) en el ámbito de la normalización. 9 de noviembre de 2006. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>.

Acesso em: 10 mar. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO . Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. *G/TBT/W/290*. Utilización de expresiones tradicionales o menciones complementarias de calidad aplicables a vinos (CE- Reglamentos n° 753/02 y 316/04). 26 de junio de 2008. Ginebra: OMC, 2008. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. *G/TBT/W/298*. Comunicación de Colombia: Preocupaciones comerciales específicas en relación con el acceso de los alimentos al mercado de la Unión Europea. 4 de noviembre de 2008. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. *G/TBT/W/31*. Proyecto de acta de la reunión celebrada el 28 de junio de 1996. 7 de agosto de 1996. Ginebra: OMC, 1996. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. *G/TBT/M/32*. Acta de la reunión celebrada el 23 de marzo de 2004. 19 de abril de 2004. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. *G/TBT/W/320*. Comunicación de Israel: Quinto examen trienal del funcionamiento y aplicación del Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio. 20 de julio de 2009. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. *G/TBT/M/35*. Nota de la Secretaría: Acta de la reunión celebrada los días 22 y 23 de marzo de 2005. 24 de mayo de 2005. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. *G/TBT/M/38*. Nota de la Secretaría: Acta de la reunión celebrada los días 15 y 17 de marzo de 2006. 23 de mayo de 2006. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. *G/TBT/M/39*. Nota de la Secretaría: Acta de la reunión celebrada los días 7 a 9 de junio de 2006. 31 de julio de 2006. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. *G/TBT/M/45*. Nota de la Secretaría: Acta de la reunión celebrada los días 1° y 2 de julio de 2008. 9 de septiembre de 2008. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. *G/TBT/M/49*. Acta de la reunión celebrada los días 5 y 6 de noviembre de

2009. 22 de diciembre de 2009. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>. Acceso em: 10 mar. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. *G/TBT/M/53*. Nota de la Secretaría: Acta de la reunión celebrada los días 24 y 25 de marzo de 2011. 26 de mayo de 2011. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>. Acceso em: 10 set. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Conferencia Ministerial. WT/MIN(01)/DEC/2. Declaración Relativa al Acuerdo Sobre los ADPIC e La Salud Pública, adoptada el 14 de noviembre de 2001. Doha, 14 de noviembre de 2001. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>. Acceso em: 10 mar. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *WT/DS174/R*. Informe del Grupo Especial: Comunidades Europeas - Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en el caso de los productos agrícolas y los productos alimenticios. Reclamación de los Estados Unidos 15 de marzo de 2005. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>. Acceso em: 10 out. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *WT/DS18/AB/R*. Informe del Órgano de Apelación. Australia - medidas que afectan a la importación de salmón. 20 de octubre de 1998. Ginebra: WTO, 1998. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>. Acceso em: 10 mar. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *WT/DS2/R*. Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional: Informe del Grupo. 29 de enero de 1996. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>. Acceso em: 10 mar. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *WT/DS204/R*. Informe del Grupo Especial. México - Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones. 2 de abril de 2004. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>. Acceso em: 10 mar. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *WT/DS231/AB/R*. Informe del Órgano de Apelación: Comunidades Europeas – Denominación Comercial de Sardinias. 26 de septiembre de 2002. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>. Acceso em: 10 mar. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *WT/DS290/R*. Informe del Grupo Especial: Comunidades Europeas - Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en el caso de los productos agrícolas y los productos alimenticios. Reclamación de Australia. 15 de marzo de 2005. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>. Acceso em: 10 out. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *WT/DS384/R*. *WT/DS386/R*. Informes del Grupo Especial: Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO). 18 de noviembre de 2011. Disponible em: <<http://www.wto.org/>>. Acceso em: 10 dez. 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *WT/DS406/R*. Informe del Grupo Especial: Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de

clavo de olor. 2 de septiembre de 2011. Disponível em: <<http://www.wto.org/>>. Acesso em: 10 out. 2011.

PAMBOUKIS, Charalambos P. Droit International Privé Holistique: Droit Uniforme et Droit International Privé. In: ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAGUE. *Recueil des Cours: Collected Courses of The Hague Academy of International Law 2007*. Leiden / Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, tome 330, pp. 31-50.

PELLETIER, Michel; VIDAL-NAQUET, Edmond. *La Convention d'Union pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 et les conférences de revision postérieurs*. Paris: Larose, 1902.

PENNEAU, Anne. *Règles de l'art et normes techniques*. Paris: LGDJ, 1989.

PÉREZ MIRANDA, Rafael J. *Derecho de la propiedad industrial y derecho de la competencia*. México: Porrúa, 2002.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. WTO Negotiators and Academics Analyse the Doha Development Round of the WTO: Overview and Summary of tge Book. In: PETERSMANN, Ernst-Ulrich; HARRISON, James. *Reforminh the World Trading System: Legitimacy, Efficiency, and Democratic Governance*. New York: Oxford University Press, 2005, pp. 3-36.

PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito Industrial: as funções do Direito de Patentes*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PIMENTEL, Luiz Otávio. Propriedade intelectual e desenvolvimento. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de. (Org.). *Propriedade intelectual: estudos em homenagem à professora Marsitela Basso*. Curitiba: Juruá, 2005, pp. 41-60.

PIMENTEL, Luiz Otávio. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005, pp. 289-290.

PIMENTEL, Luiz Otávio; CAVALCANTE, Milene Dantas. Meta 11: A proteção jurídica dos programas de computador. In: CORAL, Eliza et al. *PLATIC: Arranjo produtivo catarinense. Tecnologia da Informação e comunicação*. Florianópolis: FIESC/ IEL SC, 2007, pp. 291-323.

PLAISANT, Marcel. *Traité de droit conventionnel international concernant la propriété industrielle*. Paris: Recueil Sirey, 1949.

POLLAUD-DULIAN, Frédéric. *Le Droit D'Auteur*. Paris: Economica, 2005.

PORTER, Roger B.; SAUVÉ, Pierre; SUBRAMANIAN, Arvind ZAMPETTI, Americo Beviglia (Eds.). *Efficiency, Equity and Legitimacy: The Multilatera Trading System and teh Millennium*. Washington, DC: Brookings Intitution Press, 2001.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Comércio Internacional e Protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

PRAZERES, Tatiana. Protecționismo e barreiras técnicas na OMC. In: BARRAL, Welber (org.). *O Brasil e o protecționismo*. São Paulo: Aduaneiros, 2002, pp. 61-88.

RATTNER, Henrique. *Tecnologia e sociedade*. São Paulo: Brasiliense, 1980.

REICHMAN, Jerome H. The TRIPS Agreement Comes of Age: Conflict or Cooperation in the Post-Transitional Phase? In: COTTIER, Thomas; MAVROIDIS, Petros C. (eds). *Intellectual Property: Trade, Competition, and Sustainable Development*. United States: The University of Michigan Press, 2003, pp.115-132.

REICHMAN, Jerome H. Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection under the TRIPS Component of the WTO Agreement. In:CORREA, Carlos M.; YUSUF, Abdulqawi A. *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*. 3 ed. The Hague: Klumber Law International, 2008, pp. 23-63.

RITTER, Cyril. Refusal to Deal and "Essential Facilities": Does Intellectual Property require Special Defence Compared to Tangible Property? *World Competition*, September 2005.

ROFFE, Pedro. *América Latina y la Nueva Arquitectura Internacional de la Propiedad Intelectual*. Buenos Aires: La Ley, 2007.

ROFFE, Pedro. Control of Anti-Competitive Practices in Contratual Licenses under TRIPS Agreement. In: CORREA, Carlo M.; YUSUF, Abduqawi A. (Eds.). *Intellectual Property and International Trade: the TRIPS Agreement*. 5. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2008, pp. 293-329.

ROFFE, Pedro; SPENNEMANN, Christoph. Control of Anti-competitive Practices in Contratual Licenses under the TRIPS Agreement.In:CORREA, Carlos M.; YUSUF, Abdulqawi A. *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*. 5 ed. The Hague: Klumber Law International, 2008, pp. 293-329.

ROSENBERG, Bárbara. Patentes de Medicamentos e Comércio Internacional: Os Parâmetros do TRIPs e do Direito Concorrencial para a Outorga de Licenças Compulsórias. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004.

ROSENBERG, Bárbara. Patentes de Medicamentos e Comércio Internacional: Os Parâmetros do TRIPs e do Direito Concorrencial para a Outorga de Licenças Compulsórias. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004.

ROUBIER, Paul. *Le Droit de la Propriété Industrielle*. Paris; Éditions du Recueil Sirey, 1954.

SAIZ GARCÍA, Concepción. *Objecto y sujeto del derecho de autor*. Valencia: Tirant lo Banch, 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Análise jurídica do poder econômico nos mercados: uma perspectiva estrutural*. São Paulo: 1996. 260 p.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito da Concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SAMUELSON, Pamela. Questioning Copyrights in Standards. *Intellectual Property Law Review*. St. Paul, Thomson West, pp. 445-476, 2007.

SANDERS, Anselm Kamperman. Essential Facilities and Appropriate Remuneration of Achievements. In: HEALTH, Christopher; SANDERS, Anselm Kamperman (Eds.). *New Frontiers of Intellectual Property Law. IIC Studies. Studies in Industrial Property and Copyright Law*. Oxford; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, pp. 257-264.

SANDERS, Anselm Kamperman. Future solutions for protecting geographical indications worldwide. In: HEALTH, Christopher; SANDERS, Anselm Kamperman (Eds.). *New Frontiers of Intellectual Property Law. IIC Studies. Studies in Industrial Property and Copyright Law*. Oxford; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, pp. 133-145.

SANDERS, Anselm Kamperman. Standards Setting in the ICT Industry? IP or Competition Law? A Comparative Perspective. In: TEIXEIRA, Glória; CARVALHO, Ana Sofia (Coord.). *Os 10 Anos de Investigação do CIJE Estudos Jurídico-Económicos*. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 1-18.

SAY, Jean-Baptiste. *Tratado de Economia Política* (Tradução de Balthazar Barbosa Filho). São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SCHIFF, Aaron; AOKI, Reiko. *Differentiated Standards and Patent Pools*. September 14, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1004427>>. Acesso em: 20 fev. 2010.

SCHMIDT-SZALEWSKI, Joanna; PIERRE, Jean-Luc. *Droit de la Propriété Industrielle*. Paris: Lexis Nexis, 2007.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SCHUMPETER, Joseph A. *Teoria do Desenvolvimento Econômico*. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

SCOTT, Joanne. *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures: a commentary*. New York: Oxford University Press, 2007, pp. 139-179.

SERENS, Manuel Couceiro Nogueira. *A Monopolização da concorrência e a (re-*

)*emergência da tutela da marca*. Coimbra: Almedina, 2007.

SHAPIRO, Carl. Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard-Setting. In: JAFFE, Adam; LERNER, Joshua; STERN, Scott (eds.) *Innovation Policy and the Economy*. MIT Press, 2001, vol. 1. Disponível em: <<http://haas.berkeley.edu/~shapiro/thicket.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

SHAPIRO, Carl. Setting Compatibility Standards: Cooperation or Collusion? In: DREYFUSS, Rochelle Cooper; ZINNERMAN, Diane Leenher; FIRST, Harry (eds.). *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 81-102.

SILVA, Irinei da. *História dos Pesos e Medidas*. São Carlos: EdUFSCar, 2004.

SILVA, Valéria Guimarães de Lima. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006, pp. 25-76.

SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e a nova lei de propriedade industrial: Lei n. 9.279, de 14.5.1996*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e as novas leis autorais: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVEIRA, Newton. *Direito de Autor no Desenho Industrial*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual*. 4. ed. Barueri/ SP: Manole, 2011.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações: Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. São Paulo: Madras, 2009.

SOARES, Guido Fernando Silva. O tratamento da propriedade intelectual no sistema da Organização Mundial do Comércio: uma descrição geral do acordo TRIPS. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (coords.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998, pp. 660-689.

SOARES, Guido. As regras do comércio internacional e seu confronto com as normas internacionais de proteção ambiental. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (coord.). *OMC e o comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002, pp. 205-248.

SOARES, José Carlos Tinoco. *Tratado da propriedade industrial: patentes e seus sucedâneos*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

SPRINGUT, Micah; SCHLAIKJER, Stephen; CHEN, David. *China's Program for Science and Technology Modernization: Implications for American Competitiveness*. Prepared for The US-China Economic and Security Review Commission. January 2011. Disponível em: <http://www.uscc.gov/researchpapers/2011/USCC_REPORT_China's_Program_forScience_and_Technology_Modernization.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2011.

STANDARDS AND TRADE DEVELOPMENT FACILITY. Disponível em: <<http://www.standardsfacility.org/en/index.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2011.

STIGLITZ, Joseph E. *Globalização: como dar certo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

STIGLITZ, Joseph. El conocimiento como un bien público mundial. In: KAUL, I et al (Eds.). *Bienes públicos mundiales: la cooperación internacional em e siglo XXII*. México: Oxford University Press, 1999, pp. 328-345.

STIGLITZ, Joseph; CHARLTON, Andrew. *Pour un commerce mondial plus juste: comment le commerce peut promouvoir le développement*. Paris: Fayard, 2005. 506 p.

STOLL, Peter-Tobias; BUSCHE, Jan; AREND, Katrin (eds). *WTO - Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*. Leiden / Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 75-676.

SULLIVAN, Lawrence Anthony; GRIMES, Warren S. Antitrust and Intellectual Property. In: SULLIVAN, Lawrence Anthony; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. USA: West Group, 2000. p. 799-886.

SUTTMEIER, Richard P.; YAO, Xiangkui; TAN, Alex Zixiang. *Standards of Power? Technology, Institutions, and Politics in the Development of China's National Standards Strategy*. Seattle: The National Bureau of Asian Research, 2006.

TARRÉS VIVES, Marc. *Normas Técnicas y Ordenamiento Jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

TEECE, David J.; SHERRY, Edward F. Standards Setting and Antitrust. In: TEECE, David J. *The Transfer and Licensing of Know-How and Intellectual Property: Understanding the Multinational Enterprise in the Modern World*. London: World Scientific Publishing, 2008. pp. 165-246.

TEECE, David J.; SHERRY, Edward. Standards Setting and Antitrust. *Minnesota Law Review*, vol. 87, 1911. 2003.

TELECKI, Nicole. The role os Special 301 in the Development of International Protection of Intellectual Property Rights After the Uruguay Round. *Boston University International Law Journal*, vol. 14, n. 1, pp. 187-222, Spring 1996.

THORSTENSEN, Vera. OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodade de negociações multilaterais. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

TREBILCOCK, Michael J; HOWSE, Robert. *The regulation of International Trade*. 2. ed. London / New York: Routledge, 2001.

ULLRICH, Hanns. Expansionist intellectual property protection and reductionist competition rules: A TRIPS perspective. In: MASKUS, Keith E.; REICHMAN, Jerome H. (eds.). *International Public good and transfer of technology under a globalized*

intellectual property regime. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 726-757.

UNCTAD; ICTSD. *Resource Book on TRIPS and Development*. New York: Cambridge University Press, 2005.

UNIÃO EUROPEIA. Versão Consolidada do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia. União Europeia: Jornal Oficial da União Europeia, 30.3.2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/>>. Acesso em 10 jan. 2011.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT; INTERNATIONAL CENTRE FOR TRADE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT. *Resource Book on TRIPS and Development*. New York: Cambridge University Press, 2005.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP). *Making Global Trade Work for People*. UK / USA: UNDP, 2003.

UNITED NATIONS INDUSTRIAL DEVELOPMENT ORGANIZATION. *Industrial Development Report 2005*. Capability building for catching-up: Historical, empirical and policy dimensions. Vienna: UNIDO, 2005. Disponível em: <<http://www.unido.org>> Acesso em: 12 abr. 2010.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council. Economic Commission for Europe. Committee on Trade. UN/CEFACT Intellectual Property Rights Policy. ECE/TRADE/CEFACT/2006/11. 17 May 2006. Disponível em: http://www.unece.org/fileadmin/DAM/cefact/cf_plenary/plenary06/trd_cf_06_11e.pdf

UNITED STATES. *The Clean Air Act*. United States Code, Title 42, Chapter 85. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/chapter-85/subchapter-III>>. Acesso em 10 set. 2011.

UNITED STATES CONGRESS. Office of Technology Assessment. *Global Standards: Building Blocks for the Future*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, March, 1992.

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*. US: DOJ-FTC, 2000. Disponível em: <<http://www.justice.gov/>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property*. US: DOJ/FTC, 1995. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*. United States: BiblioBazaar, April, 2007, pp. 33-85.

UNITED STATES HOUSE OF REPRESENTATIVES. China, Europe, and the use of

standards as trade barriers: How should The U.S. respond? Hearing Subcommittee on Environment, Technology, and Standards, Committee on Science: One Hundred Ninth Congress. First session. May 11, 2005. Serial n. 109–13. Disponível em: <http://commdocs.house.gov/committees/science/hsy20998.000/hsy20998_0.htm>. Acesso em 10 jan. 2010.

UNITED STATES INTERNATIONAL TRADE COMMISSION. *China: Effects of Intellectual Property Infringement and Indigenous Innovation Policies on the U.S. Economy*. USITC Publication 4226. Investigation nº 332-519. Washington, DC: USITC, May 2011. Disponível em: <www.usitc.gov/publications/332/pub4226.pdf>. Acesso em 10 jul. 2011.

UNITED STATES NUCLEAR REGULATORY COMMISSION. Office of the General Counsel. *Atomic Energy Act of 1954*. Nuclear Regulatory Legislation. 111th Congress; 2nd Session. NUREG-0980, Vol. 1, n. 9, Jan. 2011. Disponível em: <<http://www.nrc.gov/>>. Acesso em: 10 out. 2011.

UNITED STATES OF AMERICA. *The United States Constitution*. Adopted on September 17, 1787. US: US House, 2004. Disponível em: <<http://www.house.gov/house/Constitution/Constitution.html>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

UNITED STATES SUPREME COURT. *Patterson v. State of Kentucky*, 97 U.S. 501. 1878. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/97/501/case.html>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. *2011 Report to Congress On China's WTO Compliance*. December 2011. Disponível em: <http://www.ustr.gov/webfm_send/3189>. Acesso em: 20 dez. 2011.

UNITED STATES. *United States Code*. Disponível em: <<http://uscode.house.gov>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

UZCÁTEGUI ANGULO, Astrid Coromoto. *As Marcas de Certificação*. 2006. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ, Florianópolis, 2006.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás. *La cotitularidad de los bienes inmateriales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

VERBRUGGEN, Johan; LÖRINCZ, Anna. Patents and Technical Standards. *IIC - International Review of Industrial Property and Copyright Law*, n. 125, 2002, pp. 127-154.

VILLALBA, Carlos A.; LIPSZYC, Delia. *El derecho de autor en la Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2001.

VIVANT, Michel. *Le droit des brevets*. Paris: Dalloz, 1997, pp. 19-39.

VIVAS-EUGUI, David. *Addressing the Interface between Patents and Technical Standards in International Trade Discussions*. UNCTAD - ICTSD Project on IPRs and

Sustainable Development. Policy brief Number 3. Genebra: UNCTAD / ICTSD, 2009. Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/iprs_pb20093_en.pdf>. Acesso em 2m 10 fev. 2011

WACHOWICZ, Marcos. (Org.) *Propriedade Intelectual e Internet*. Curitiba: Juruá, 2002.

WACHOWICZ, Marcos. A proteção dos direitos intelectuais do software e seus limites temporais: conflitos e interesses. In: GRAU-KUNTZ, Karin; BARBOSA, Denis Borges. *Ensaio sobre o Direito Imaterial: Estudos dedicados a Newton Silveira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 121-142.

WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade Intelectual do Software e Revolução da Tecnologia da Informação*. Curitiba: Editora Juruá, 2004.

WAIDE, Paul; BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie. *Standards, Labelling and Certification*. Background Paper. International Institute for Sustainable Development – IISD. Trade and Climate Change Seminar, Copenhagen, Denmark, June 18–20, 2008. Canada: IISD, 2008. Disponível em: <http://www.iisd.org/pdf/2008/cph_trade_climate_standards.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2010.

WILLINGMYRE, George T. *Current Topics in IPR Protection in the Context of Global Standard Setting Processes*. Disponível em: <http://www.wipo.int/sme/en/documents/ip_standards2.htm>. Acesso em 22 out. 2010.

WILLINGMYRE, George T. *Evolution of the ANSI Patent Policy*. Disponível em: <<http://www.gtwassociates.com/answers/EvolutionANSIPolicy.html>>. Acesso em 20 mar. 2011.

WILLINGMYRE, George T. *Intellectual property rights as a factor in the development of standards*. January, 1998. Disponível em: <<http://www.gtwassociates.com/answers/micros66a.html>>. Acesso em: 19 jan. 2010.

WILSON, John S.; OTSUKI, Tsunehiro. *Standards and Technical Regulations and Firms in Developing Countries: New Evidence from A World Bank Technical Barriers to Trade Survey*. (Preliminary Draft) Washington, D.C.: The World Bank, June, 2004.

WINSECK, Dwayne Roy; PIKE, Robert M. *Communication and empire: media, markets, and globalization, 1860-1930*. Durham, NC: Duke University Press, 2007.

WINTER, L. Alan. Coherence and the WTO. *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 23, n. 3, p. 461-480, November 3, 2007.

WOLFRUM, Rüdiger; STOLL, Peter-Tobias; SEIBERT-FOHR, Anja (Eds.). *WTO-Technical Barriers and SPS Measures*. Netherlands: Koninklijke Brill NV, 2007.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *World Intellectual Property Indicators 2011*. Genebra WIPO: 2011. Disponível em: <<http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/patents/>>. Acesso em 10 out. 2011.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Principles of the trading system. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm/>. Acesso em: 10 ago. 2011.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *World Trade Report 2005: Exploring the links between trade, standards and the WTO*. Geneva: WTO, 2005. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *WT/DS48/AB/R. WT/DS26/AB/R*. Report of the Appellate Body: EC Measures concerning meat and meat products (hormones). 16 January 1998. Disponível em: <<http://www.wto.org/>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

YANG, Guifang; MASKUS, Keith E. *Intellectual Property Rights, Licensing, and Innovation*. Policy Research Working Paper n. 2973. The World Bank, Development Research Group Trade, February 2003.

YATES, JoAnne; MURPHY, Craig N. *The Formation of the ISO*. Business and Economic History, vol. 4, 2006. Disponível em: <<http://www.h-net.org/~business/bhcweb/publications/BEHonline/2006/yatesandmurphy.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2011.

YUSUF, Abdulqawi A. TRIPS: Background, Principles and General Provisions. In: CORREA, Carlos M.; YUSUF, Abdulqawi A. *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2008. pp. 3-21.

ZHAN, Ying; ZHU, Xuezhong. Intellectual Property Right Abuses in the Patent Licensing of Technology Standards from Developed Countries to Developing Countries: A study of Some Typical Cases from China. *The Journal of World Intellectual Property*, Vol. 10, n. 3/4, pp. 187-200, 2007.

ZIBETTI, F. W. ; BRUCH, Kelly Lissandra. The intellectual property and the innovation law in Brazil: Inventions to innovate? In: *European Conference on Entrepreneurship and Innovation - ECEI*, Paris, 2006. Dublin: ECEI, 2006.

ZIBETTI, Fabiola Wüst. Propriedade intelectual e standardização no âmbito do comércio. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, pp.173-202.

ZIBETTI, Fabiola Wüst. A relação entre propriedade intelectual e normalização técnica no cenário do comércio internacional. *Pontes*, v. 5, pp. 9-10, 2009.

ZIBETTI, Fabíola Wüst. A titularidade de direitos de propriedade intelectual. In: Luiz Otávio Pimentel. (Org.). *Série PLATIC - A proteção jurídica da propriedade intelectual de software: noções básicas e temas relacionados*. Florianópolis: FIESC/ IELSC, 2008.

ZIBETTI, Fabiola Wust. Propriedade Intelectual: Direito e Economia na era do conhecimento. Anales 35 JAIIO/ Simposio Argetino de Informática y Derecho SID. Mendoza: SADIO, 2006, pp. 32-42.

ZIBETTI, Fabíola Wüst. Comércio e meio ambiente: a propriedade intelectual como um fator para a adoção de normas técnicas internacionais. *Amicus Curiae*, Vol. 8, n. 8, 2011.

ZIBETTI, Fabíola Wüst; BRUCH, Kelly Lissandra. The tension inherent to the relationship between intellectual property rights and technical standards: alternatives to standardization organizations in the wine sector. In: *33 World Congress of Vine and Wine Proceedings. Tbilisi, 2010*. 33 World Congress of Vine and Wine. 8th General Assembly of the OIV. Tbilisi, 2010, vol. OR.III.

PÁGINAS ELETRÔNICAS

AMERICAN NATIONAL STANDARDS INSTITUTE. Disponível em: <<http://www.ansi.org/>>. Acesso em 10 jan. 2011.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. Disponível em: <<http://www.abnt.org.br/>>. Acesso em 10 jan. 2010.

ASOCIACIÓN MERCOSUR DE NORMALIZACIÓN. Disponível em: <<http://www.amn.org.br/br/>>. Acesso em 10 jan. 2011.

BRITISH STANDARDS INSTITUTION. About BSI Group. <<http://www.bsigroup.com/>>. Acesso em 10 ago. 2011.

CHINA ASSOCIATION FOR STANDARDIZATION. Disponível em: <<http://www.china-cas.org/english/index.htm>>. Acesso em 10 ago. 2011.

CODEX ALIMENTARIUS. Disponível em: <http://www.codexalimentarius.net/web/index_en.jsp>. Acesso em: 10 ago. 2011.

COMISSÃO PAN-AMERICANA DE NORMAS TÉCNICAS. Disponível em: <<http://www.copant.org/>>. Acesso em 10 ago. 2011.

EUROPEAN PATENT OFFICE. Disponível em: <<http://worldwide.espacenet.com/>>. Acesso em 10 ago. 2011.

FREE SOFTWARE FOUNDATION. Disponível em: <<http://www.fsf.org/about/>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION. IEC Patent Database. Disponível em: <http://www.iec.ch/members_experts/tools/patents/>. Acesso em: 22 out. 2011.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. Disponível em: <<http://www.iso.org/>>. Acesso em: 22 out. 2011.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. ISO Patent

Database. Disponível em: <www.iso.org/patents>. Acesso em: 22 out. 2010.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION; INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION. ISO/IEC Information Centre. <<http://www.standardsinfo.net/info/inttrade.html>>. Acesso em 13 jan. 2011.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATIONS UNION. Disponível em: <<http://www.itu.int/en/ITU-T/ipr/Pages/default.aspx>>. Acesso em: 13 set. 2011.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATIONS UNION. ITU IPR. Disponível em: <<http://www.itu.int/en/ITU-T/ipr/Pages/default.aspx> />. Acesso em: 22 jul. 2011.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATIONS UNION. ITU Patent Database. Disponível em: <<http://www.itu.int/ipr/IPRSearch.aspx?iprtype=PS>>. Acesso em: 22 out. 2011.

JAPANESE INDUSTRIAL STANDARDS COMMITTEE. Disponível em: <<http://www.jisc.go.jp/>>. Acesso em 10 jan. 2011.

NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY. Disponível em: <<http://www.nist.gov/>>. Acesso em 10 jan. 2011.

ORGANISATION AFRICAINE DE NORMALISATION. Disponível em: <<http://www.arso-oran.org/>>. Acesso em 10 jan. 2011.

SISTEMA NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/inmetro/sinmetro.asp>>. Acesso em: 22 jul. 2011.

UNCOMTRADE. Disponível em: <<http://comtrade.un.org/>>. Acesso em 10 out. 2011.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. Disponível em: <<http://www.wipo.org/>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

WORLD STANDARDS SERVICES NETWORK. Disponível em: <<http://www.wssn.net/>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Disponível em: <<http://www.wto.org/>>. Acesso em: 10 dez. 2011.