

TRATADO ACTA ^{1/2}

Paulo Vestim Grande

Resumo: Diante do comportamento da sociedade perante aos direitos intelectuais e mais precisamente sobre os direitos de autor e propriedade industrial, fez-se presente a reação dos representantes daqueles que tem arcado com, o suposto, prejuízo.

Foram escolhidos estes dois ramos da propriedade intelectual não pelo motivo de outros estarem imunes ao que se passa, mas sim por serem os mais evidentes e que mais se adequaram ao pensamento que será exposto no presente artigo. Também foram eleitos pois o raciocínio que será desenvolvido poderá ser amoldado a um e por outro ser contraposto, o que reforçará o facto de que não há possibilidade, ao menos em um breve espaço de tempo, de apontar uma solução ou uma forma onde os envolvidos minimizem seus dissabores.

O direito da propriedade intelectual contemporâneo está diante de um complexo problema e seus interessados tem a difícil missão de renová-lo, para que volte a servir os interesses dos envolvidos, como bem que emana da sociedade e retorna a esta perfazendo sua função social.

Foi elaborado, para ser tratado em espécie, um acordo internacional que ilustra recente reação às questões que se apresentam nomeadamente relativas à contratação e ao uso de informações protegidas pelo direito de autor sem o devido consentimento para tal.

Surge na sequência de outro tratado, o TRIPS, que já imprimia o sentimento dos envolvidos e vem, caso entre em vigor, endurecer a legislação em vigor e propor uma inovação em

¹ Elaborado em agosto de 2012.

² Acordo Comercial Anticontrafação (ACTA, em inglês Anti-Counterfeiting Trade Agreement)

termos de tratado: cooperação internacional com o compartilhamento de informações entre Estados diferentes.

Ao cabo do presente trabalho serão colocadas, em conclusão, impressões oriundas da reflexão sobre opiniões colectadas em diferentes sessões que trataram do assunto em específico em cursos promovidos pela APDI³, e em outras conferências que, embora não o tivessem como tema principal, trouxeram esclarecimentos e conexões que propõem algumas constatações e reflexões.

Este texto foi realizado, em específico, a partir da conferência de mesmo nome proferida no curso de verão, módulo de Sociedade da Informação e Direito do Autor, proferido pelo Sr. Prof. Doutor Miguel Moura e também complementado pela conferência com o mesmo tema no curso de pós graduados em propriedade intelectual, módulo de direito de autor proferida pelo Sr. Prof. Doutor Manuel Oehem Mendes, ambos promovidos pela Associação Portuguesa de Propriedade Intelectual nos anos de 2011 e 2012 respectivamente. Complementado pela investigação feita junto aos livros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e em sítios electrónicos referenciados.

Sumário: 1. Introdução. 1.1 Evolução do acordo ADPIC/ TRIPs ao ACTA. 1.1.1 TRIPs e sua tentativa de evolução para TRIPs-plus. 1.1.2 Negociações. 2. O que é o ACTA. 2.1 Negociações do ACTA. 2.2 Vazamento. 2.3 Características. 2.4 Estrutura do acordo. 2.5 Planos de atuação. 2.6 Reforço da tutela do direito de Propriedade Intelectual. 3.

³ Associação Portuguesa de Direito Intelectual. "Associação cultural e entidade de utilidade pública que se dedica ao estudo, ensino e divulgação do Direito Intelectual. Abrange, nos termos estatutários, todos os domínios neste compreendidos – Direito de Autor e Direitos Conexos, Direito Industrial (ou Propriedade Industrial) e Direito da Informática. Abrange também domínios afins, como o Direito da Concorrência, a Concorrência Desleal, o Direito da Publicidade e o Direito do Consumidor. Apóia ainda o estudo, o ensino e a divulgação do Direito da Bioética." (www.apdi.pt)

Implicações jurídico-económicas. 4. Conclusões.

Palavras-chave: ACTA, OMPI, OMC, Propriedade Intelectual, Direito do Autor, Direito Industrial, Acordo internacional.



1. INTRODUÇÃO

Desde que o mundo é mundo - assim que a sociedade passou a tratá-lo pela óptica do direito - conflitos aparecem emanados das relações sociais, estes que uma vez solucionados apenas abrem caminhos para novos, trazem a matéria prima para os legisladores buscarem em seu trabalho uma solução que apazigúe os ânimos da maioria dos envolvidos e por muitas vezes, para tal, têm que trilhar caminhos tortuosos e longos.

O direito da propriedade intelectual está a atravessar, em diversos países, turbulência pesada em seu caminho e um dos grandes responsáveis, senão o maior, é a possibilidade - recente em termos de legislação e direito - que a tecnologia disponibilizou, de forma massificada com a troca de propriedade intelectual protegida.

A propriedade imaterial por muitos anos foi controlada através de seu suporte físico, local onde a obra se materializa, e até então tinha proteção pela lei e esta era satisfatória, pois seu controle era muito mais fácil. Com o advento do suporte eletrônico isto não mais foi possível.

Toda emanção de espírito, criação ou expressão de uma ideia ou sentimento que possa ser depositado em suporte eletrônico é susceptível de cópia de forma fácil, muitas vezes sem deixar evidências de que foi feita, e tem diferencial muito grande: não degrada o original obtendo uma cópia idêntica e a

um custo muito próximo de zero.

Este é um dos pontos que funda a diferença: se é possível a duplicação ou o acesso a um bem imaterial sem a sua degradação, sem diminuição de seu valor ou ainda sem custos onde será que estará o prejuízo de quem teve seu bem utilizado sem o pagamento dos dividendos por este uso? Pode-se falar em uma frustração na expectativa de ganho, em uma expectativa de se retirar dividendos, mas nunca prejuízo ou tampouco furto, pois não se encaixa no elemento do tipo. Este é um dos grandes paradigmas que desafiam os juristas na atualidade.

Da mesma forma não se exclui o direito trazido pelos franceses, em sua revolução, onde se consagrou a propriedade. E também o direito de auferir seus frutos, quaisquer estes que sejam e pelo valor que seus proprietários determinarem, pois este é um princípio consagrado na maioria das cartas constitucionais e diplomas civis dos Estados que hoje enfrentam esta questão.

Em resposta ao problema proposto, inicialmente de forma secreta, reuniram-se representantes de alguns Estados⁴ - Austrália, Canadá, União Europeia (um representante Espanhol e um representante da comissão europeia), Japão, Coréia, México, Marrocos, Nova Zelândia, Singapura, Suíça e Estados Unidos da América - estes últimos quais escolhidos por um critério que não foi divulgado e talvez sem a legitimidade para tanto. Reunidos, tais países elaboraram texto para um tratado que pretende trazer harmonia legislativa entre os signatários e a implementação de uma padrão mínimo nas leis relativas a propriedade intelectual e seu processamento junto as cortes nacionais.

Devido à falta de informação do público em geral e com o vazamento na comunicação social da primeira versão exposta

⁴ "Joint Statement on Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)". Press release. 16 April 2010. Acessado em 6 de junho de 2012.

pelo sitio wikileaks, o texto até então produzido traduziu-se em um temor geral desdobrando-se em diversas hipóteses, rapidamente difundidas entre a população, tais quais a possibilidade de fiscalização em fronteira de dispositivos de reprodução de ficheiros eletrônicos e sua apreensão sem ordem judicial prévia e por elementos que não dos órgãos judiciários.

Foram suscitadas diversas possibilidades, algumas extremamente coercitivas que não se refletiram no texto final disponibilizado em quinze de outubro de 2011.

O Japão foi o local escolhido para a assinatura do acordo⁵ no dia primeiro de outubro de 2011 e passou a ser seu depositário. Estavam presentes na cerimónia de assinatura os Estados Unidos da América, Austrália, Canadá, Marrocos, Nova Zelândia, Singapura e Korea do Sul os quais, além do anfitrião, tornaram-se signatários do acordo⁶.

A sigla ACTA é o acrónimo para Anti-Counterfeiting Trade Agreement⁷, na língua de Camões lê-se, em tradução livre, como Acordo Comercial Anti-contrafação, que designa um tratado comercial internacional que tem sua gestão por um comité criado especificamente para este fim, neste tratado. Seu objectivo é estabelecer parâmetros mínimos de tratamento das questões ligadas ao direito da propriedade intelectual, procedimentos e colaboração entre signatários para coibir a contrafação.

⁵ "Anti-counterfeiting agreement signed in Tokyo". Reuters. 1 October 2011. (<http://uk.reuters.com/article/2011/10/01/uk-japan-trade-counterfeiting-idUKTRE79018620111001>) Acessado em 3 de Junho de 2012.

⁶ "Joint Press Statement of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement Negotiating Parties". Office of the United States Trade Representative. 2011. (<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2011/october/joint-press-statement-anti-counterfeiting-trade-ag>) Acessado em 3 de junho de 2012.

⁷ Acordo sobre os aspectos de Direito de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comercio (ADPIC ou Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights "TRIPs"), que consta do Anexo 1C do Acordo que institui a Organização Mundial do Comercio (OMC), de 15 de Abril de 1994, na sequência das negociações comerciais multilaterais do "Uruguay Round" do Acordo Geral sobre Tarifas e Comercio (GATT).

Este texto vem na sequência de um acordo discutido e tratado na Organização Mundial do Comércio (OMC), que atualmente conta com 155 membros, à data de maio de 2012⁸, chamado acordo TRIPS⁹ qual tratou da mesma questão e por este motivo o ACTA também levou a alcunha de TRIPS-plus, visto que reforçava o que já estava acordado.

Uma diferença a ser notada entre os dois tratados foi no âmbito em que se deram seus processamentos. Enquanto o TRIPs foi tratado em um texto que congregava diversos países que mantinham relações comerciais e na sequência dos tratados GATT e GATS, o ACTA foi negociado em discussões criadas para este fim fora do âmbito da OMC. Os integrantes têm ingresso garantido tanto na fase atual que aguarda ratificação para entrada em vigor quanto em fase posterior, sendo mantida a obrigatoriedade de que pertença a OMC, e que também seja signatário do primeiro tratado, TRIPs além da aprovação do comité que decidirá sobre a entrada de novo membro.

Diante deste quadro tornam-se necessárias algumas reflexões, de partida o seu tratamento fora da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI, entidade que tradicionalmente congrega este tipo de discussão com legitimidade sustentada por representantes dos Estados escolhidos de forma a representar a opinião daquela sociedade e não de parcela dela.¹⁰

Para compreender o porquê do distanciamento de tal entidade, será necessário percorrer o caminho de sua formação

⁸ "UNDERSTANDING THE WTO: THE ORGANIZATION - Members and Observers" http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm acessado em 07/06/2012.

⁹ TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) que constitui o anexo 1C (acordos comerciais multilaterais) ao Acordo OMC.

¹⁰ Pressupõe-se que a escolha feita por um governo de um Estado reflecta os anseios da sociedade que ele representa e portanto decidirá em seu proveito. Não se afasta a possibilidade de que esta escolha seja viciada e controlada por lobbys ou outras formas e então venha a ser parcial o que se traduziria em um resultado favorável a uma parcela e não a opção almejada pela sociedade.

assim como da própria OMC, com as negociações do GATS, do TRIPs e a tentativa de evolução deste tratado dentro da OMC. Fazemos uma digressão histórica por alguns acontecimentos para então compreender.

1.1 EVOLUÇÃO DO ACORDO ADPIC/TRIPS AO ACTA

O primeiro acordo internacional a tratar do tema em questão foi o GATT, de 1947, mas este não o fazia por completo e somente mais tarde, verificando-se a necessidade de legislação internacional mais robusta além da intenção de derrubar barreiras alfandegárias, esse acordo evoluiu. Tratava-se então de um acordo e não um tratado internacional permitindo que os signatários implementassem restrições comerciais nas fronteiras o que provocou muitos problemas na sua efetivação como, por exemplo, se verifica na secção 337 da lei comercial americana.¹¹

Evoluiu por discussões que se iniciaram em 20 de Setembro de 1986 e resultaram na declaração de Punta Del Leste. Tratavam, inicialmente, de subsídios agrícolas, barreiras alfandegárias, restrição a investimentos estrangeiros e então com o início do processo da abertura de serviços como bancários e de seguros (GATS), somou-se a novo acordo o qual se ocupou em estabelecer parâmetros para combate de violação de direitos de "copyright" relacionando as questões de direito da propriedade intelectual e o comércio, conhecido pela sigla TRIPs.

O GATS integra o acordo de Marraquexe como anexo, nominado como 1B e desta forma faz compromisso a todos os membros da OMC que não podem deixar de cumprir o que nele está determinado. Esse documento é composto de seis

¹¹ UNITED STATES - SECTION 337 OF THE TARIFF ACT OF 1930. (<http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/sec337.pdf>) Acessado em 14 de junho de 2012.

partes e vinte e nove artigos que também inclui oito anexos.¹² Encontram-se nesse documento os serviços e não foram contemplados originalmente no acordo do GATT.

Depois de muito discutidas, em especial a exceção da alínea B do GATT de 1947 – a qual trata das medidas relativas aplicadas na fronteira que visam salvaguardar direitos de propriedade industrial - foram estabelecidas medidas efetivando o que constava anteriormente no acordo GATT de forma sistematizada. O resultado foi uma aplicação diferente do que existia até então no sentido de evitar utilização abusiva, que efetivamente criava obstáculos comerciais apoiados no pretexto de proteger a propriedade industrial.

O acordo TRIPS, firmado antes da Organização Mundial do Comércio e que mais tarde passou a fazer parte no anexo C, é resultado da verificação de que as disposições anteriores que vigoravam no GATT¹³ de 1947, se mostravam vagas e permitiam uso diverso do espírito para o qual foi criado e, então, para clarificar questões relativas à propriedade intelectual que até aquele momento não eram tratadas de forma específica, à exceção das disposições sobre quotas de exibição cinematográficas¹⁴, deixando todas as outras questões por serem tratadas pela regra da via exceção geral, a qual fundamentava as medidas restritivas de comércio.¹⁵

¹² KRAJEWSKI, Markus. National Regulation and Trade Liberalization in Services. Kluwer Law International: The Hague, Netherlands. 2003. págs. 41 e 42.

¹³ O Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio ou Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (em inglês: General Agreement on Tariffs and Trade, GATT) concretizado em 1947 tem como objectivo harmonizar as regras que tratam políticas aduaneiras dos Estados signatários.

¹⁴ Art. IV: *Special Provisions relating to Cinematograph Films back to top*

If any contracting party establishes or maintains internal quantitative regulations relating to exposed cinematograph films, such regulations shall take the form of screen quotas which shall conform to the following requirements (...)

¹⁵ Art. XX, al. d: *necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and Article XVII, the protection of patents, trade marks and copyrights,*

Sua principal contribuição foi ter lançado os princípios para elaboração de um pacto multilateral trazendo um conjunto de medidas mínimas, de harmonização relativas ao comércio internacional¹⁶ e, para a propriedade intelectual, trazer disposições sobre a contrafação como encontram-se anotadas no art. 61¹⁷ do TRIPs. Nesse momento não foram tratados dos serviços, pois o foram anteriormente no acordo GATS.

Surge então, com o TRIPs, a normativa no sentido da aplicação efetiva de sanções, conforme se encontra na parte terceira do texto. Esta estabelece que existe a necessidade de respeito das medidas contra a contrafação e respeito à proteção dos direitos de autores.

Diante dos desafios que se colocavam até então, em relação ao comércio e à resolução de seus problemas, foi criada a Organização Mundial do Comércio¹⁸ no acordo de Marrakech¹⁹ que encerrou as negociações do chamado "ciclo" do Uruguai em 1993²⁰ criando fórum para que os membros das

and the prevention of deceptive practices;

¹⁶ Parte segunda do tratado TRIPs

¹⁷ Art. 61: "Members shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale. Remedies available shall include imprisonment and/or monetary fines sufficient to provide a deterrent, consistently with the level of penalties applied for crimes of a corresponding gravity. In appropriate cases, remedies available shall also include the seizure, forfeiture and destruction of the infringing goods and of any materials and implements the predominant use of which has been in the commission of the offence. Members may provide for criminal procedures and penalties to be applied in other cases of infringement of intellectual property rights, in particular where they are committed wilfully and on a commercial scale."

¹⁸ A OMC é uma organização que contempla vários domínios de resolução comercial com alcance global e inclui três acordos principais: Comércio (GATT 94), o qual mantém a vigência do GATT 47, o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS), o Acordo sobre Investimentos (TRIMS), o Acordo sobre direitos de Propriedade Intelectual (TRIPs) e oferece um local para soluções de controvérsia.

¹⁹ CANAL-FORGUES, Éric. Le règlement des différends à OMC. Bruylant: Bruxelles, Belgique. 2004. pág. 5.

²⁰ http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/who_we_are_e.htm WTO - What is the WTO? - Who we are (em inglês). Página visitada em 11/10/2011.

nações signatárias dirimissem suas questões comerciais (produtos e serviços) e também as relacionadas à propriedade intelectual.

Mas, já neste ponto, salta-nos uma dúvida: Qual é a relação entre a Propriedade Intelectual e o Comércio?

A OMC é fruto da junção do GATT, GATS²¹ e do TRIPs onde são tratadas as questões ligadas ao comércio, agricultura, impostos, barreiras e propriedade intelectual. Esta composição permitiu que os acordos bilaterais até então em vigor, fossem dotados de uma efetividade através das sanções impostas no campo comercial, mais sensível, e campo melhor para adequar outras questões até então tinham pouca ou nenhuma efetividade tal como a propriedade intelectual.

Para solucionar os pontos conflitantes entre os membros, a secção quarta trata das soluções de litígio sujeitando-os a um mecanismo criado para este propósito e, então, retirando a força do dispositivo do GATT que permitia a retaliação comercial justificada na propriedade intelectual, passando a tratar a matéria de uma forma mais equitativa através de uma organização como a OMC. Uma vez que não se envolvam questões de propriedade em tribunal poderá o estado membro iniciar um processo onde serão criados painéis compostos por peritos que irão analisar o caso em concreto. Este painel não terá a capacidade de decidir formalmente, sua atribuição é elaborar um relatório sobre a questão que sintetiza seu parecer sobre a questão. Uma vez finalizado este processo o relatório é submetido a um órgão temático que prolatará decisão, sobre a questão em tela e com força executiva.

Atualmente o TRIPs é muito conhecido por instituir fórum que é opção na negociação de questões de propriedade intelectual, pois conta com a força da OMC. Os países interessados em criar padrões ou estabelecer regras e preceitos

²¹ "The General Agreement on Trade in Services" Acordo geral do comércio de serviços.

com abrangência supranacional sobre esta matéria entenderam que este é o melhor local devido a possibilidade de efetivar as sanções. Estas, quando são executadas, causam impacto no comércio entre as nações, e dessa forma vêm de encontro aos anseios da proteção da propriedade intelectual. Desta forma justifica-se o local escolhido. Apesar de ter sido criado um fórum específico para tratar estas questões, a OMPI, órgão das Nações Unidas, resta claro que a escolha feita sobretudo pelos países mais desenvolvidos é de utilizar este espaço especializado, pois as decisões da OMPI não refletem os anseios contemplados pelos negociadores.

Portanto, conclui-se que a OMC é local mais adequado para se discutir e implementar questões relativas à propriedade intelectual e comércio, pois somente ligando estas áreas haverá uma efetividade dos textos e de eventuais decisões de disputas. A propriedade industrial representa, através de patentes, um significativo montante no comércio internacional e sendo assim não há fórum mais adequado para regulá-lo. Por sua vez, o direito do autor encontra aqui efetiva proteção diante da possível retaliação por parte dos membros ofendidos através de sanções comerciais.

1.1.1 TRIPS E SUA TENTATIVA DE EVOLUÇÃO PARA TRIPS *PLUS*

O TRIPs trás um conjunto de princípio onde todos os membros da OMC estão vinculados. Estas regras gerais obrigam os membros a agirem no sentido de dar cumprimento ao ordenamento que estabelece. Encontra-se logo no artigo primeiro o comando para que os membros deem cumprimento às obrigações ali dispostas. Da mesma forma, instrui para que não se afastem das especificidades nacionais, o que em última análise demonstra que há uma grande margem de discricionariedade e flexibilidade para a atuação no caso

prático.

Nota-se, ainda no início, a ausência de descrição de prioridades da forma como deverão ser tratados os casos nas situações em que se confrontam seus preceitos e a lei local na comparação do ilícito de propriedade intelectual com outro de igual gravidade. Da mesma forma, não traz solução de quais meios ou formas podem ser adotados na execução do acordo nestas situações.

Desta forma, em síntese, não há obrigação do signatário em aplicar sanções que são trazidos no texto, mas conduz para manter meios harmonizados de aplicação sempre que possível. Por exemplo, podemos encontrar na incidência do art. 61, que estabelece a obrigação penal em relação a mercadorias contrafeitas no tocante a idiomas, *in casu*, direitos conexos.

Na sequência do acordo encontram-se os aspectos fundamentais reguladores da matéria de direito industrial, do direito do autor e seus direitos conexos, incluída a parte terceira que trata das discordância das negociações de Punta Del Leste em relação à contrafação. Concluindo, como se percebe, não bastam leis que intensifiquem os diversos direitos que já estão consagrados, mas deve-se procurar a efetividade do que já se tem, e é isto que o ato terceiro do TRIPs propõe, sendo o ACTA o desenvolvimento desta parte.

A tentativa de negociar um novo acordo, o TRIPs-plus, passa por questão nos quais se depararam os países em desenvolvimento: quais seriam as influências efetivas que teriam em negociações deste novo acordo? Esta questão pode ser respondida no sentido que haverá uma promessa de receber compensações em outras matérias, condições mais favoráveis nos processo contra os países mais desenvolvidos, como melhores taxas de impostos, condições e quotas melhores de exportação dentre outros. Antes do acordo, em função de condições locais, algumas indústrias de certos países seriam simplesmente extintas, e aderindo ao pacto, cedendo a estas

exigências, há a possibilidade de solucionar questões no mesmo nível dentro da OMC.

De outra feita, há de se assegurar o cumprimento das obrigações assumidas dentro dos mecanismos de solução de litígios por suas decisões o que até então não se verificava por parte dos países em desenvolvimento. Esta atitude provocou certo descontentamento entre os países desenvolvidos que, a seu turno, dão cumprimento as obrigações assumidas.

Decorrido certo tempo verificou-se insatisfação de ambos os lados e, na virada do século, poucos anos depois da elaboração do TRIPs, verificaram-se duas consequências: a) da parte dos países desenvolvidos uma frustração, pois as facilidades no acesso aos recursos que supostamente iriam ter não aconteceu. A indústria dos países desenvolvidos encontraram então outras formas para obter o produto importado dos países em desenvolvimento, ultrapassando as barreiras impostas pela OMC e impuseram bloqueios alfandegários da disciplina TRIPs que também são encontradas no GATT; b) de outro lado, os países em desenvolvimento foram obrigados a implementar os conjuntos de obrigações alterando substancialmente suas leis e quando não fizeram espontaneamente tiveram de o fazer por pressões oriundas de sanções das decisões do mecanismo de solução de litígios, como no caso da Índia.

Os países desenvolvidos se sentem frustrados, pois mesmos transpostos os princípios do TRIPs para os ordenamentos jurídicos dos países em desenvolvimento signatários estes não deram efetividade no sentido de proteger os direitos de propriedade intelectual e portanto há uma percepção de uma lacuna quando se trata da proteção efetiva.

Da mesma forma a falta de efetividade das decisões tomadas pelos mecanismos de solução de conflito irritaram os países desenvolvidos porque depois de despendidos recursos para busca de uma decisão esta, quando encontrada, não é

efectivada.

Então, com os dois lados insatisfeitos, há prosseguimento das negociações para afinar os termos do tratado ou então para a evolução para um novo tratado, digamos mais efetivo, mas a constatação dos negociadores diante da experiência é de que não há um equilíbrio e portanto não houve sucesso nas negociações.

Para completar o cenário verifica-se que os procedimentos adoptados para a revisão do tratado TRIPs são demasiado rígidos o que certamente é um obstáculo à sua revisão. Um dos exemplos foi a tentativa de emenda ao TRIPs, favorável aos países em desenvolvimento, que não recolheu os necessários dois terços de ratificação necessários para sua entrada em vigor.

Depois que foi implementado e de contar com uma quantidade substancial de processos que versam sobre litígios e disputa no campo da propriedade intelectual é natural notar um movimento de crescimento, desenvolvimento, amadurecimento do TRIPs no sentido de uma nova edição ou TRIPs-plus. Mas justamente pelo o amadurecimento nas negociações dos membros o fato se torna uma empresa que não encontra bom porto.

Apesar da dificuldade política para cumprir os requisitos de alteração, por outro lado, os lobistas de grandes indústrias têm se mobilizado desde 1994 em campanhas para reforçar as formas de proteção intelectual existentes e criar outras novas. Dentre elas: a de criação de lei anti evasão para proteger os sistemas de "*Digital Rights Management*"²², no tratado da OMPI; de restrição ainda maior no sistema de licenças

²² Gerenciamento digital de direitos. São dispositivos electrónicos utilizados em suportes para limitação do uso da obra. Dentre os mais conhecidos pode-se citar o que é utilizado nos discos DVD que através de um código restringe a exibição do conteúdo em determinados aparelhos. As cópias são codificadas e divididas em regiões. A cópia vendida em determinada região não funcionará em aparelho de região diversa.

compulsórias de patentes o que culminou em acordos bilaterais de comércio com os EUA; em 2001 a diretiva da UE que trata de direitos autorais, que transpõe o tratado da OMPI²³; o uso do art. 27.º - da não discriminação - que é utilizada para justificar uma extensão do sistema de patentes e; a campanha para a criação de um tratado de Radiodifusão da OMPI que daria a emissora e possivelmente também aos "webcasters" direitos exclusivos sobre a cópia das obras que fossem distribuídas.

Conclui-se que mesmo não tendo evoluído para um novo acordo TRIPs, ou TRIPs-*plus*, há de se verificar evolução em virtude do desenvolvimento fundamentado pelos casos submetidos ao mecanismo de resolução de conflitos, bem como o crescente interesse dos países industrializados em se envolverem nos debates e o equilíbrio comercial gerado desde a implementação do TRIPs. Estes aspectos também se relacionam com a mudança de indústria para países em desenvolvimento, o que gera questões ligadas principalmente à propriedade industrial e aos direitos associados a essas produções. Estes direitos podem, de certa forma, compensar a diminuição de empregos causados pelo deslocamento das plantas industriais.

Os países desenvolvidos querem ser detentores de patentes e por elas receber, o que é mais vantajoso do que produzir. De certa forma, encontrou-se um equilíbrio onde os países desenvolvidos se recuperaram da queda em virtude da evasão industrial na produção de patentes, e os países em desenvolvimento compensaram sua tímida produção de patentes com o aumento do parque fabril.

Em resumo para os países que são os maiores titulares de propriedade intelectual estas proteções são mais uma vantagem. E portanto resta inviabilizada a agenda TRIPs-*plus*,

²³ Directiva Copyright (Directiva 2001/29/CE) do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa á harmonização de certos aspectos do direito do autor e dos direitos conexos na sociedade da informação e por vezes conhecidos como a Directiva da Sociedade da informação ou Directiva InfoSoc.

o que, mais uma vez, justifica um novo campo de negociações, o ACTA.

1.1.2 NEGOCIAÇÕES

Na ressaca do onze de setembro, é iniciada a rodada Doha, um novo ciclo de negócios que inicialmente visa diminuir barreiras comerciais por todo o mundo fundamentado no livre comércio para os países em desenvolvimento. As conversações focam-se na separação de dois grupos sendo o primeiro a concentração dos países desenvolvidos e o segundo os países em desenvolvimento representados pelo G20. O impasse restou sobre os subsídios agrícolas e as negociações subsequentes aconteceram em Cancún, Genebra, Paris, Hong Kong e Potsdam. Não foram concluídas as negociações e para efeitos práticos restam apenas a declaração de intenções.²⁴

Das negociações ocorridas em Doha²⁵, em especial no sector dos medicamentos, houve uma flexibilização por parte dos países industrializados no sentido de permitir a compra de medicamentos genéricos fabricados em outros países, o que até então não acontecia por razões de saúde pública.

A questão que realmente importava residia no interesse das indústrias farmacêuticas dos países desenvolvidos, os quais detinham patentes dos medicamentos, de um lado, e as necessidades de saúde pública dos países em desenvolvimento, de outro lado, onde estes fármacos estavam a ser fabricados infringindo, tecnicamente, patentes que ainda estavam em vigor e portanto em desconformidade com a propriedade industrial.

²⁴ Fergusson ps, Ian F. (18 January 2008). "World Trade Organization Negotiations: The Doha Development Agenda". Congressional Research Service. (<http://www.nationalaglawcenter.org/assets/crs/RL32060.pdf>) Acessado em 14 de junho de 2012.

²⁵ Doha Development ou Doha Development Agenda (DDA) é a rodada corrente de negociações iniciada em Doha em novembro de 2001.

Foi superada a questão implementando-se licenças obrigatórias vez que já não seria possível manter a situação nos moldes em que se encontravam. Um caso paradigma foi o da África do Sul onde há uma grave epidemia de SIDA e também não há remédio ou dinheiro suficiente para combater esse problema de saúde pública. Nesse sentido, esse país foi precursor no empenho de mudanças para que fosse reconhecida a necessidade das licenças obrigatórias e o acesso aos medicamentos em condições economicamente possíveis. Nesta altura o país africano não possuía uma indústria farmacêutica suficientemente desenvolvida e portanto havia a necessidade de estabelecer comércio como outros países em condição de fornecer, como o Brasil e a Índia.

Desta situação verificou-se resultado que excedeu a declaração de Doha, pois foi reconhecida a necessidade de flexibilizar a proteção da propriedade intelectual em relação às exigências que foram impostas, como a saúde pública, considerada portanto um bem maior que a propriedade industrial, no caso a patente médica.

O surgimento da ameaça do ANTRAX, logo depois do onze de setembro em um novo atentado em uma carta e também outras ocorrências de origem acidental fez com que os países desenvolvidos percebessem que é arriscado manter a produção de remédios concentrados em um número reduzido de indústrias farmacêuticas. Verificaram, os países industrializados, que a licença obrigatória não seria uma saída tão ruim e que poderá trazer resultados benéficos para todos.

Mesmo aceitando a licença obrigatória os países desenvolvidos não conseguiram avançar com a negociação no sentido de se aprovar um TRIPs-plus visto que para tanto deveriam ser superadas barreiras formais no que toca sua aprovação, dentre elas a que exige dois terços de ratificações e um dos membros que o aprove. Até a presente data somente um quarto dos membros ratificou, o que demonstra que não

será possível sua discussão e subsequente aprovação dentro da OMC.

Dentre os opositores a um TRIPs-plus há grandes países como o Brasil, a Índia e somente mais tarde se apresenta a China na discussão, o que inviabiliza outras negociações envolvendo comércio e propriedade industrial,

Diversos países empurraram a culpa do fracasso das negociações para longe de si²⁶, como os Estados Unidos e alguns membros da União Europeia que culparam a Índia pelo fracasso.²⁷ A Índia por sua vez declarou que sua posição fora apoiada por mais de 100 países e estava a contrapor a posição americana que sacrificaria os países em desenvolvimento por vantagens comerciais.²⁸ Um dos membros fundadores do G20, o Brasil, rompeu com a posição sustentada pela Índia.²⁹ Por outro lado o comissário europeu do Comércio, Peter Mandelson sustenta que a China e a Índia não devem ser culpadas pelo fracasso das negociações.³⁰ O programa de cinco anos de subsídios agrícolas implementados pelos Estados Unidos, aprovado pelo Congresso americano, foi um dos factores preponderantes para o colapso das negociações, segundo o comissário europeu do Comércio que afirmou ser "um dos projetos agrícolas mais reacionários da história dos

²⁶ The Doha Development Round OECD 2006.

(<http://www.oecd.org/doha>) Acessado em 22 de junho de 2012.

²⁷ Steven Surovic. International Trade Theory and Policy Chap 110-4. (<http://internationalecon.com/Trade/Tch110/T110-4.php>) Acessado em 22 de junho de 2012.

²⁸ David Sumner et al. Tariff and Non-tariff Barriers to Trade Farm Foundation 2002. (http://www.farmfoundation.org/2002_farm_bill/sumner.pdf) acessado em 22 de junho de 2012.

²⁹ WTO agreements concerning non-tariff barriers WTO 2007. (http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm9_e.htm) Acessado em 24 de junho de 2012.

³⁰ Sabrina Shaw and Rita Schwartz. The Precautionary Principle and the WTO United Nations University 2005. (<http://www.ias.unu.edu/binaries2/Precautionary%20Principle%20and%20WTO.pdf>) acessado em 24 de junho de 2012.

EUA".³¹

A possibilidade de ser legado para a OMPI, eventualmente, não se confirmará pois provavelmente encontrará os mesmos obstáculos, ou então caso os países desenvolvidos ainda tenham interesse em implementar uma agenda TRIPs-plus, deverão encontrar outra sede para discussões e posteriores acordos internacionais como o ACTA.

2. O QUE É O ACTA

Em resposta às violações da propriedade intelectual e no insucesso de uma agenda TRIPs-plus, os países desenvolvidos, acrescido do Marrocos e do México, reuniram-se para discutir a possibilidade de um reforço do direito positivo existente com o objectivo de coibir e diminuir as violações no campo da propriedade intelectual. As discussões para elaboração de um tratado internacional visam suprir o insucesso da rodada de Doha. Então surge o ACTA que para melhor compreender-se é necessário um retorno à sua génese iniciando por suas negociações.

2.1 NEGOCIAÇÕES DO ACTA

No ano de 2005 O Japão e os EUA lançam algumas iniciativas no sentido de elaborar um tratado para tratar da contrafação. A novidade trazida pelos americanos é de celebrar acordos comerciais livres com possibilidade de sanções na matéria de Propriedade Intelectual.

Dois anos depois são lançados os pilares e se inicia a negociação do ACTA, em segredo, onde somente os membros iniciais, EUA, o Japão, a União Europeia e respectivos

³¹ Assessing the Cost of Protection HM Treasury (Annex A of Trade and the Global Economy 2004. (<http://www.hm-treasury.gov.uk/media/F/8/17B36F81-BCDC-D4B3-114F51A3BE1B949C.pdf>) Acessado em 25 de junho de 2012.

Estados-membros, Austrália, Nova Zelândia, Canadá, Suíça, Marrocos, Coreia, Singapura e México, tinham conhecimento e acesso ao texto discutido.³²

Negociado em segredo e fora do âmbito normal que se utiliza para negociação deste tipo de tratado que se dá normalmente na OMPI, órgão das Nações Unidas e onde, supostamente, melhor se desenvolvem as discussões do tema e afastando do caminho normal para confecção de um documento desta envergadura, veio ao conhecimento do público em uma versão já completa, não permitindo uma prévia e ampla discussão.

No início as discussões foram conduzidas de forma sigilosa, distante da comunicação social e da população de forma geral, em rodadas de negociações onde os representantes dos países membros foram indicados pelos seus respectivos governos de forma não divulgada.

Causou estranheza, pois estas questões, justamente por atingirem diversos Estados são discutidos por muito tempo em aberto e com amplo debate. O TRIPS, então discutido na OMC, já havia sido considerado pelos estudiosos do tema uma excentricidade vez que o mais lógico seria seu processamento na OMPI.

Atualmente, em termos de sanções comerciais, não existem muitos meios através dos quais possam ser aplicados fora da OMC, mas restam ainda outras formas de pressão como incentivos e a retirada destes que em negociações internacionais que podem ser usados.

A pedra inaugural está no tratado celebrado entre os EUA e o Canadá, que trata a propriedade intelectual de forma muito elaborada e trás os princípios do ACTA.³³ Sabe-se que ambos

³² "Joint Statement on Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)". Press release. 16 April 2010. (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/437&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en/>) Acessado em 17 Junho 2012.

³³ Beyond ACTA: Proposed EU - Canada Trade Agreement Intellectual Property

os países têm elevado índice que toca à propriedade intelectual e, portanto, não seria necessário tal acordo internacional. Mas de outra feita verifica-se a intenção em estabelecer um padrão, um modelo a ser seguido para tratados com outros países ou entre outros países. Este é o primeiro acordo que cuida de forma pormenorizada da questão.

No meio destas discussões encontra-se o Marrocos, que se prestou a um papel pouco honrado em relação a seus pares, de ser o único país em desenvolvimento que aderiu às negociações.

A possibilidade de não serem bem interpretados levaram os Estados Unidos e o Canadá, principalmente, acompanhados dos outros membros das negociações, a manterem um carácter sigiloso, secreto de suas atividades. Circulava, na altura, a ideia de que poderiam ser apreendidos bens que contivessem conteúdo intelectual protegido por agentes alfandegários mesmo sem a requisição do detentor de tais direitos em um aeroporto, e este tipo de apreensão, supostamente, justificou o tratamento secreto das negociações.

Refletindo a face de seus organizadores, seu formato traz influências do *common law*, o que em parte permite uma simplicidade em seu texto final mas por outro lado trás e poderá causar conflitos na sua transposição para legislações nacionais de outra raiz jurídica, nomeadamente a *civil law*.

Quando chegou ao conhecimento da população, por meio de vazamento de documentos, causou temor, revolta e muitos protestos³⁴ dada a falta de informação de seu conteúdo e de sua intenção.³⁵

Chapter Leaks. (<http://www.michaelgeist.ca/content/view/4627/125/>) Acessado em 22 de junho de 2012.

³⁴ Poland: Thousands protest signing of anti-piracy agreement". BNO News (Channel 6 News Online).(<http://channel6news.com/2012/01/poland-thousands-protest-signing-of-anti-piracy-agreement/>) Acessado em 24 de junho de 2012.

³⁵ Jolly, David (5 February 2012). "A New Question of Internet Freedom". NYTimes. (<http://www.nytimes.com/2012/02/06/technology/06iht-acta06.html>)

Depois de alarme geral e de uma primeira má impressão as rodadas sucessivas passaram a ter carácter público e serem acompanhadas³⁶ de maneira muito próxima por jornalistas e ativistas³⁷ das questões relativas à propriedade intelectual, acesso à informação, privacidade e liberdade digital.

Atualmente o acordo não está concluído e a última versão apesar de criticada duramente vê-se diante da possibilidade de não vingar visto que existem questões pendentes³⁸ sobre sua aplicação nos ordenamentos jurídicos dos membros atualmente signatários.

2.2 VAZAMENTO

A minuta do acordo vem ao público somente em Maio de 2008 quando um de seus rascunhos é divulgado pelo sítio "Wikileaks"³⁹. Este texto foi reputado pelos negociantes envolvidos como apenas um rascunho de circulação interna⁴⁰ e que possivelmente sofreria algumas alterações, o que de facto acabou por ocorrer. Outro vazamento, em fevereiro de 2009, mostra um texto dividido em seis secções e que viria a ser praticamente o texto final. Além dos governos envolvidos, foi constatada a participação de um comité de grandes empresas

Acessado em 20 de junho de 2012.

³⁶ Anti-ACTA day: Angry crowds take action (PHOTOS), RT ("TV-Novosti"), (<http://rt.com/news/acta-protests-rallies-europe-089/>) Acessado em 22 de junho de 2012.

³⁷ The ACTA Action Center, accessnow, (<https://www.accessnow.org/policy-activism/press-blog/acta-protest-feb-11>) Acessado em 22 de junho de 2012.

³⁸ ^ "Now It's Switzerland's Turn To Call ACTA Into Question". Techdirt. 10 May 2012. (<http://www.techdirt.com/articles/20120509/05525418846/now-its-switzerlands-turn-to-call-acta-into-question.shtml>) Acessado em 9 de junho de 2012.

³⁹ www.wikileaks.org

⁴⁰ "Proposed US ACTA multi-lateral intellectual property trade agreement (2007)". Wikileaks. (http://wikileaks.org/w/index.php?title=Proposed_US_ACTA_multi-lateral_intellectual_property_trade_agreement_%282007%29) Acessado em 14 de junho de 2012.

multinacionais baseadas nos EUA⁴¹ que foram consultadas ainda no rascunho do tratado incluídos pesquisadores e fabricantes de farmacêuticos da América⁴² e a Aliança Internacional da Propriedade Intelectual⁴³, que inclui "Business Software Alliance", "Motion Picture Association of America" e "Recording Industry Association of America"⁴⁴

A instituição "Freedom of Information Request" demonstrou que certas companhias receberam ou tiveram algum conhecimento do conteúdo, até então não divulgado oficialmente, do rascunho do tratado, entre elas Dell, eBay, Google, Intel, News Corporation, Sony Pictures, Time Warner e Verizon.⁴⁵

No ano seguinte, em 2010, mais precisamente no dia vinte e três de março, as secções 2.1 e 2.4 que se referiam ao endurecimento civil e medidas especiais relacionadas aos casos digitais e internet, extração do texto consolidado em dezoito de janeiro do mesmo ano volta a vazar para o público.^{46 47}

⁴¹ Knowledge Ecology International (13 October 2009). "Who are the cleared advisors that have access to secret ACTA documents?". Keionline.org. (<http://www.keionline.org/blogs/2009/03/13/who-are-cleared-advisors>) Acessado em 10 de junho de 2012.

⁴² PhRMA (21 March 2008). "PhRMA comments to USTR on ACTA". (http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/october/tradoc_140836.11.08.pdf) Acessado em 10 de junho de 2012.

⁴³ "About IIPA". Iipa.com. Retrieved 29 January 2012. (<http://www.iipa.com/aboutiipa.html>) Acessado em 10 de junho de 2012.

⁴⁴ Anderson, Nate (30 June 2008). "RIAA's ACTA wishlist includes gutted DMCA, mandatory filters". Ars Technica. Archived from the original on 1 July 2008. (<http://arstechnica.com/news.ars/post/20080630-inside-the-riaas-acta-wishlist.html>) Acessado em 10 de junho de 2012.

⁴⁵ Grant, Ian (4 November 2009). "ACTA talks focus on three strikes, no appeal deal for software pirates". ComputerWeekly.com. Archived from the original on 27 June 2010. (<http://www.computerweekly.com/Articles/2009/11/04/238414/Acta-talks-focus-on-three-strikes-no-appeal-deal-for-software.htm>) Acessado em 10 de junho de 2012.

⁴⁶ "ACTA-6437-10.pdf (as text)". swpat.org. (http://en.swpat.org/wiki/ACTA-6437-10.pdf_as_text) Acessado em 10 de junho de 2012.

⁴⁷ "New ACTA leak: 01/18 version of consolidated text". La Quadrature du Net. 23 March 2010 (Text of 18 January 2010). (<http://www.laquadrature.net/en/0118->

Dentre as informações que vazaram uma dá conta de que Portugal foi um dos países que assistiram como membro essas negociações e naturalmente se opunha à divulgação do projeto.⁴⁸

Neste ponto as partes negociantes tomam a iniciativa e preparam um rascunho para divulgação pública, que acontece em vinte de abril de 2010.⁴⁹ Em junho do mesmo ano depois de uma conferência que reuniu "mais de 90 académicos, profissionais e organizações de interesse público de seis continentes"⁵⁰ concluiu que "os termos do projeto lançado publicamente do ACTA ameaçam numerosos interesses públicos, incluindo todos os que digam respeito à questões sobre propriedade intelectual e especificamente negada pelos negociadores". Por outro lado um grupo de 75 professores americanos de grande importância assinaram uma carta ao presidente Obama pedindo a interrupção das negociações do ACTA.⁵¹

O texto consolidado do ACTA, datado do dia 1º de julho de 2010, que aparentemente vinha do comité das liberdades civis (LIBE) do parlamento europeu, vazou trazendo todo o conteúdo da rodada de negociações de Luzern, nomeando os

version-of-acta-consolidated-text-leaks) Acessado em 12 de junho de 2012.

⁴⁸ Transparency of ACTA negotiations. (http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/february/tradoc_149103.pdf) Acessado em 20 de junho de 2012.

⁴⁹ "Anti-Counterfeiting Trade Agreement Consolidated Text PUBLIC Predecisional/Deliberative Draft: April 2010 (http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/april/tradoc_146029.pdf) Acessado em 10 de junho de 2012.

⁵⁰ "Text of Urgent ACTA Communique – English, Portuguese, French, Korean, Spanish". Wcl.american.edu. 23 June 2010. (<http://www.wcl.american.edu/pijip/go/acta-communique>) Acessado em 13 de junho de 2012.

⁵¹ "Over 75 Law Profs Call for Halt of ACTA". Program on Information Justice and Intellectual Property. 28 October 2010. Archived from the original on 28 November 2010. (<http://www.wcl.american.edu/pijip/go/blog-post/academic-sign-on-letter-to-obama-on-acta>) Acessado em 12 de junho de 2012.

negociadores bem como suas posições.⁵²

Para que houvesse continuidade nas negociações depois dos vazamentos e manifestações uma minuta do acordo foi divulgada em 20 de abril de 2010⁵³, e com a aceleração das negociações vem a ser concluído depois da décima primeira rodada, finalizando-se o texto em 15 de novembro de 2010, publicado em inglês, francês e espanhol, em 15 de abril de 2011.⁵⁴

2.3 CARACTERÍSTICAS

Trata-se de um acordo multilateral independente da OMC, da OMPI, da ONU e da União Europeia, portanto tratado extravagante e que regulamenta a matéria transnacional, formalmente confeccionado nos moldes do direito anglo-saxão, *common law*. É descrito como uma resposta de abrangência mundial para o combate à contrafação de bens cujos direitos intelectuais estão a ser violados e que tem o interesse de grandes indústrias mundiais como a farmacêutica.

Prevê a possibilidade de subscrição por membros da OMC até o primeiro dia de maio de 2013 e a partir desta data será condicionada à ratificação de um comitê composto pelos membros signatários. Esta não é uma condição natural em matéria de tratados internacionais. Outra condição essencial é a de ser membro subscritor do tratado TRIPs pois sua essência se

⁵² "Anti-Counterfeiting Trade Agreement Informal Predecisional/Deliberative Draft: 1 July 2010". (http://www.publicknowledge.org/files/docs/ACTA_consolidatedtext.pdf) Acessado em 14 de junho de 2012.

⁵³ "Negotiations on an Anti-Counterfeiting and Trade Agreement (ACTA)". Swiss Federation for Intellectual Property. 25 May 2010. (<https://www.ige.ch/en/legal-info/legal-areas/counterfeiting-piracy/acta.html>) Acessado em 4 de junho de 2012.

⁵⁴ "Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)". Foreign Affairs and International Trade Canada. (http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/fo/intellect_property.aspx?view=d) Acessado em 22 de junho de 2012.

baseia e reforça o que já se encontra neste tratado. Desta forma considera-se um tratado fechado.

Os opositores criticam que uma vez aprovado e validado o texto deste tratado entrará em conflito com outros direitos, nomeadamente os direitos fundamentais no âmbito da liberdade de expressão e privacidade.⁵⁵ Estas críticas foram fortalecidas pelo fato das negociações se desenrolar distante da opinião pública, excluindo a opinião da sociedade civil e também não passaram despercebidos pelo conselho da União Europeia.⁵⁶

2.4 ESTRUTURA DO ACORDO

Apresenta-se, em sua versão final publicada no dia quinze de outubro de 2012, dividido em seis capítulos e quarenta e cinco artigos, onde o primeiro versa sobre disposições iniciais e definições gerais, não obstante outras definições aparecerem durante o correr do texto no formato de notas de rodapé, grande parte delas as quais aparecem no TRIPs.

Inicia⁵⁷ por tratar da delimitação dos países que podem vir a ser signatários, nomeando a necessidade de ser signatários do TRIPs; prossegue com o alerta que a intenção do documento não é criar nos direitos ou se contrapor a direitos existentes nos diferentes ordenamentos dos signatários em especiais aos tratados anteriores, mas entretanto, reforçar os dispositivos legais e sua aplicação de modo que a efetividade destes seja verdadeira e coercitiva diante das violações sem sobrepor

⁵⁵ "ACTA: A Global Threat to Freedoms (Open Letter) | Free Knowledge Institute". freeknowledge.eu. (<http://freeknowledge.eu/acta-a-global-threat-to-freedoms-open-letter>) Acessado em 20 de junho de 2012.

⁵⁶ "Texts adopted – Wednesday, 10 March 2010 – Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) – P7_TA(2010)0058". Europa (web portal). (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2010-0058&language=EN&ring=P7-RC-2010-0154>) Acessado em 12 de junho de 2012.

⁵⁷ Art. 1 a 5 do ACTA.

direitos de propriedade intelectual sobre outros (artigo 1º); que trata apenas de matéria relativa à propriedade intelectual (artigo 2º); permite aos países signatários de aplicarem medidas mais rigorosas que o tratado ou então, manter as medidas que restringem mais do que o texto trás (artigo 2º); o compartilhamento de informações confidenciais para fins de aplicação de lei também é matéria tratada preliminarmente (artigo 4º); por último mas não menos importante ressalva que o tratado também tem sua aplicação nas zonas francas (artigo 5º).

Na continuidade do texto, em seu segundo capítulo⁵⁸, traz um enquadramento jurídico dividido em cinco sessões iniciando por tratar das obrigações gerais em matéria de execução como a proporcionalidade entre a gravidade da infração, os interesses de terceiros, medidas aplicáveis, penalidades e um julgamento justo; na segunda sessão trata da execução, do acesso a procedimentos administrativos, quando for possíveis junto ao ordenamento jurídico do membro signatário (artigo 7º); da possibilidade do juiz emitir uma ordem para que cesse a violação a um direito ofendido, de forma célere (artigo 8º); a possibilidade de ser exigido, pelo ofendido, a destruição dos produtos contrafeitos (artigo 10); também muito polêmico o artigo 11º que permite que as autoridades determinem que o infractor produza provas contra si mediante a solicitação do detentor dos direitos. Esta última disposição simplesmente entra em conflito com o ordenamento jurídico de muitos países.⁵⁹

Em especial no artigo 9º afirma que as autoridades judiciárias de uma das partes pode considerar legítima qualquer valor submetido por um detentor de direitos, incluindo os

⁵⁸ Art. 6 a 27 do ACTA.

⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. (http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100126104817603&mode=print) Acessado em 2 de junho de 2012.

lucros cessantes, o valor de mercado da propriedade violada, ou o preço de varejo sugerido. Esta cláusula recebeu diversas críticas em relação a sua validade e principalmente pela possibilidade de criar precedente para medidas que venha a violar direitos fundamentais. De acordo com a Fundação para uma Infraestrutura de Informação Livre, a princípio não "refletem a perda económica sofrida pelo titular do direito"^{60 61} e podem levar a uma valorização excessiva, como apontam estudos⁶².

Tratado em uma nota de roda pé, a definição de que são medidas contrafeitas ou piratas é muito vaga deixando à interpretação demasiada aberta

As medidas de fronteira mereceram uma sessão específica para tratar da possibilidade de que os bens de passageiros em trânsito tenham seus bens fiscalizados a pedido do detentor de direitos intelectuais protegidos ou ainda por iniciativa dos próprios funcionários de fronteira. Há exclusão para bens nas bagagens de natureza não comercial de passageiros (artigo 14º).

Como se pode notar no caso a seguir, existem muitas medidas que já constam na legislação comunitária, nomeadamente a diretiva 2004/48, devidamente transpostas para o ordenamento interno português no Códigos de Propriedade Industrial e no Código de Direito de Autor e Direitos Conexos. O ACTA excede o conteúdo da diretiva

⁶⁰ Baker, Jennifer. "ACTA Text Hurts Startups, Goes Beyond EU Law, Says FFII". IDG News (PC World). (http://www.pcworld.com/businesscenter/article/227048/acta_text_hurts_startups_goes_beyond_eu_law_says_ffii.html) Acessado em 2 de junho de 2012.

⁶¹ "The world faces major challenges". Foundation for a Free Information Infrastructure. 18 December 2011. (<http://action.ffii.org/acta/Analysis>) Acessado em 4 de junho de 2012.

⁶² Sinha, Madhukar. "IPR rules and their uncertain effects". Business Line. Retrieved 29 January 2012. ^ Sinha, Madhukar (2 June 2011). "IPR rules and their uncertain effects". Business Line. (<http://www.thehindubusinessline.com/opinion/article2068519.ece>) Acessado em 12 de junho de 2012.

2004/48 por tratar de medidas penais. Aparentemente é escolha de caminho para aprovar o que até então não tinha sido possível passar pelo parlamento europeu. Uma vez aderido ao tratado será necessário transpor isto para o ordenamento europeu, devido o compromisso internacional assumido.

Segue abaixo tabela comparativa entre o ACTA⁶³, TRIPs⁶⁴ a Diretiva 2004/48⁶⁵ e o CPI⁶⁶/CDADC⁶⁷:

ACTA	TRIPS	Diretiva 2004/48	CPI/CDADC
Previsão de processos cíveis e administrativos (arts. 6.º e 7.º)	Arts. 42.º e 49.º	Art. 3.º	Art. 316.º
Injunções (art. 8.º)	Art. 44.º	Arts. 11.º e 12.º	Art. 338.º-N / Art. 210.º-J
Indemnizações (art. 9.º)	Art. 45.º	Art. 13.º	Art. 338.º-L / Art. 211.º
Outras medidas (art. 10.º)	Art. 46.º	Art. 10.º	Arts. 338.º-M e 338.º-N / Art. 201.º
Informação relativa a infracções (art. 11.º)	Art. 47.º	Art. 8.º	Art. 338.º-H / Art. 210.º-F

⁶³ Anti-Counterfeiting Trade Agreement (http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/fo/intellect_property.aspx?view=d) Acessado em 13 de junho de 2012.

⁶⁴ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. (http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf) Acessado em 13 de junho de 2012.

⁶⁵ Directiva 2004/48 de 29 de abril de 2004 (<http://www.gedipe.org/upfiles/legislacao/18.pdf>) Acessado em 10 de junho de 2012.

⁶⁶ Código de Propriedade Industrial. (http://www.marcaspatentes.pt/files/collections/pt_PT/1/2/14/Decreto-Lei%20n.%20143_2008%20de%2025%20de%20Julho_Código%20da%20PI%20-%20Versão%20pesquisável%20em%20PDF.pdf) Acessado em 10 de junho de 2012.

⁶⁷ Código de Direito do Autor e Direitos Conexos (<http://w3.dren.min-edu.pt/gift/CodigodoDireitodeAutorCDADC.pdf>) Acessado em 14 de junho de 2012.

ACTA	TRIPS	Diretiva 2004/48	CPI/CDADC
Medidas provisórias (art. 12.º)	Art. 50.º	Art. 9.º	Arts. 338.º-I e 338.º-J / Art. 210.º-G

Medidas de execução penal ocupam a sessão 4º, onde no artigo 23º determina que a falsificação voluntária de marcas ou pirataria e direito conexos devem ser tratadas como infracções penais; este dispositivo tem construção muito limitada no que toca sua redacção pois nota-se que são considerados os atos e portanto este poderão incluir, por via de consequência, sanções penais. A "European Digital Rights" aponta para a ausência de definições de termos encontrados no texto como "cumplicidade", "escala comercial" e "vantagem económica", o que por si só causa temeridade na aplicação de um dispositivo central de aplicação internacional que visa tratar de proporcionalidade e legalidade.⁶⁸

Penalidades que deverão constar no ordenamento jurídico das partes não poderão excluir as penas de prisão e multa de forma que desencoraje o provável infractor.

Na última sessão deste capítulo o texto se refere a questões relativas à aplicação das leis no ambiente digital, onde enfatiza que as medidas de execução civil e penal devem ser efetivas também neste meio (artigo 27 §1º), em especial os métodos de distribuição de conteúdo de forma generalizada, mas com a ressalva que os direitos fundamentais de liberdade e expressão deverão ser respeitados (§2º). Arremata dispendo que deverão ser adoptados meios de neutralização de sistemas que tenham por finalidade a distribuição de conteúdos com direito autoral protegido (§6º). O que causa grande preocupação é o fato das empresas serem obrigadas a monitorar, policiar e punir alegadas infracções à margem de

⁶⁸ European Digital Rights."ACTA – Criminal sanctions". (http://www.edri.org/files/EDRI_acta_series_2_20120117.pdf) Acessado em 29 de Maio de 2012.

normas e estruturas judiciais, não obstante a vaga citação de um processo justo que se choca diretamente contra preceitos já presentes no art. 21 da União Europeia, no Tratado de Maastricht.⁶⁹⁷⁰

No capítulo 3⁷¹ trata das práticas de aplicação efetivas como estímulo ao desenvolvimento de conhecimento dentro das agências encarregadas na proteção de direitos autorais; na colecta e compartilhamento de dados sobre o uso e estatísticas no desrespeito aos direitos autorais; a promoção de intercâmbio entre agentes oficiais para o combate à violação dos direitos nela tratados; e promover e manter mecanismos formais e informais, como grupos consultivos, para a compilação de dados relativos a bens intelectuais protegidos dos titulares de direitos ou outros interessados.

E no capítulo seguinte⁷² trata a cooperação internacional entre os signatários (artigo 33); o compartilhamento de informações (artigo 35º); e a capacitação e assistência técnica dos signatários, na busca de uma celeridade da persecução e consequente efetivação dos direitos violados. Dispositivo duramente criticado e discutido, em especial no que toca ao sigilo das informações de cidadãos, visto que a aplicação deste coloca muitas dúvidas diante do cenário atual, como a possibilidade de conflito imediato a leis nacionais, o potencial uso de forma abusiva ferindo direitos consagrados anteriormente.

A incerteza que carrega esse dispositivo também é devido à inovação, pois se inaugura em tratados internacionais sem precedentes na troca de informações sigilosas por

⁶⁹ "ACTA and its impact on fundamental rights" (PDF). European Digital Rights. (http://www.edri.org/files/EDRI_acta_series_2_20120117.pdf) Acessado em 14 de junho de 2012.

⁷⁰ "ACTA and its impact on fundamental rights" (PDF). European Digital Rights. (http://www.edri.org/files/EDRI_acta_series_2_20120117.pdf) Acessado em 14 de junho de 2012.

⁷¹ Art. 28 ao 32 do ACTA.

⁷² Art. 33 ao 35 do ACTA.

autoridades de países e traz insegurança, à primeira vista, aos olhos da população. Este dispositivo muito possivelmente será o motivo que impedirá os países europeus de aderirem face a legislação sobre proteção de dados privados.

Nos dois últimos capítulos, que tratam dos aspectos institucionais⁷³, cria-se o comité ACTA, no artigo 36, como um órgão regulador do tratado onde todos signatários estarão representados mas não tratará de casos individuais. Será também local adequado para discussões de alterações propostas por membros, a decisão sobre admissão de novos membros que não fizeram parte das negociações ou assinaram o tratado em Tóquio em outubro de 2011. Outras disposições finais a respeito, permanece aberta a adesão de novos Estados até 1º de Maio de 2013 e a necessidade de ratificação de no mínimo seis membros para que entrem em vigor entre outras questões que arrematam o texto.

2.5 PLANOS DE ATUAÇÃO

Tem o carácter de ser um acordo autónomo ao TRIPs muito embora traga varias remissões e imponha ser signatário daquele mas não há dependência, o que traz a possibilidade de alterações não vinculadas ou sujeitar-se a alterações destes. Sua negociação é independente da OMC o que possibilitou que os membros tivessem liberdade em escolher seus negociadores e estes de se manterem distantes de protocolos e formalidades impostas nas negociações vulgares daquela entidade.

O alvo de aplicação pretendido são todas as categorias da propriedade intelectual incluídas no TRIPs, reforçando as medidas existentes e não limitando qualquer critério substantivos de proteção ou medida existente ou que venha existir que ultrapasse o mínimo estipulado pelo documento. A limitação acontece no âmbito das medidas penais que fazem

⁷³ Art. 36 ao 38 do ACTA.

referência às marcas e ao direito de autor e seus conexos.

Dentre as medidas encontradas nota-se a ausência de mecanismos de solução de litígios e perde a oportunidade, em se tratando de medidas que ultrapassam fronteiras, de inovar também no tratamento de outra questão latente no direito internacional relacionado à propriedade intelectual. Comparando-se com as regras encontradas no acordo TRIPs nota-se a evolução quanto às garantias civis, matéria do controlo aduaneiro e em especial na tutela penal da propriedade intelectual.

São evidentes avanços que devem ser sistematicamente aplicados pelos signatários na forma de adaptação de seus ordenamentos na busca de uma homogeneização dos ordenamentos jurídicos.

2.6 REFORÇO DA TUTELA DO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Dentre os esforços encontrados neste novo tratado podem-se destacar efeitos civis como a ação de cessação, onde é possível, para aquele que tenha seus direitos atingidos, que em sede de juízo encontre forma para pôr termo no ato ilegal.

Traz do direito americano a possibilidade de assunção de culpa e pagamento antecipado em qualquer fase, fixando quantias mínimas, o que traz celeridade ao procedimento, sem dúvidas. (art. 9º)

Outra medida que contempla o tratado é a possibilidade de exigir que o acusado produza provas contra si, o que é estranho a muitos ordenamentos jurídicos, mas facilita e agiliza a solução da lide. Este é um dos pontos muito criticados, pois aumenta demasiadamente o poder inquisitório do tribunal e talvez um dos maiores impeditivos de ser aceito em alguns ordenamentos.

Ainda contra o acusado penderão os custos decorridos

das despesas judiciais, com honorários advocatícios, bem como outros suportados e comprovados pelo lesado, medida esta que visa coibir medidas judiciais e aponta para soluções extra judiciais.

Outro ramo do direito, o que trata dos crimes, não passou ileso ao tratado e foi contemplado com alguns dispositivos sendo sua secção a mais controversa, pois para ser enquadrado como crime o acusado deverá ter praticado deliberadamente e em escala comercial atos tipificados.

Para que não reste dúvidas do que veem a ser mercadorias contrafeitas ou pirateadas, traz em nota de rodapé⁷⁴, definições dos atos.

Dentro da filosofia adoptada no texto, a definição, para efeitos penais, de escala comercial, exige tenha havido obtenção diretas ou indirecta de vantagem económica ou comercial. Esta normativa provoca dúvida sobre possível extensão de tutela penal a casos de menor relevância económica.

Verifica-se que no art. 338.º A do CPI que já está prevista normativa neste sentido, definindo o que veem a ser atos praticados em escala comercial.⁷⁵ Também é possível encontrar definição similar no art. 210.º-L, n.º 1, do CDADC (que exclui “os actos praticados por consumidores finais agindo de boa fé) mostrando-se desta forma mais completa.

No quesito que versa sobre o tratamento nas fronteiras não se encontram novidades em relação à lei portuguesa e dessa forma, apesar de muito criticado pela possibilidade de invasão à privacidade, esta não se confirmou.

Tratando dessa questão, restam relatadas no Relatório do Painel o caso China – as medidas que afectam a protecção e aplicação efetiva de direitos de propriedade intelectual, DS362,

⁷⁴ Nota de rodapé número 14 do texto do ACTA.

⁷⁵ Art. 338.º A do CPI: "entende-se por actos praticados à escala comercial todos aqueles que violem direitos de propriedade industrial e que tenham por finalidade uma vantagem económica ou comercial, directa ou indirecta."

aprovado pelo ORL a 20.3.2009 -; a queixa apresentada pelos Estados Unidos em abril de 2007 - reconhece flexibilidade aos membros na determinação do que seja "escala comercial" o que o texto deixa a entender que se afasta desta definição.

A comissão que elaborou o texto, aparentemente, foi influenciada pelo Digital Milenium Act⁷⁶, a diretiva 2004/48, ambos versados sobre a Sociedade da Informação em específico na propriedade intelectual, talvez também por dois outros projetos de lei que tramitam nos Estados Unidos da América e que buscam disciplinar o mesmo objeto, conhecidos vulgarmente como S.O.P.A.⁷⁷ e P.I.P.A.⁷⁸, este últimos mais recentes e contemporâneos ao ACTA.

Dentre as medidas que se encontram no texto há no art. 6.º a orientação para garantir existência de vias processuais céleres além de medidas de tutela que sejam efetivas e portanto tenham o condão de prevenir infracções mas sempre com o cuidado de não trazer novas restrições ao comércio internacional.

3. IMPLICAÇÕES JURÍDICO-ECONÓMICAS

O texto encontrado não entra em conflito diretamente com o que consta do tratado TRIPs, e segue o que já por muitos era esperado, transformando-se em uma espécie de TRIPs-plus.

A preocupação de não entrar em conflito com nenhuma outra lei já aparece logo no primeiro artigo, onde declara que não derrogará obrigações de acordo existentes incluindo o TRIPs. Esta é uma forma de minimizar quaisquer conflitos que

⁷⁶ "Digital Milenium Copyright Act" (<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-105publ304/pdf/PLAW-105publ304.pdf>) Acessado em 14 de junho de 2012.

⁷⁷ "Stop Online Piracy Act" (<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr3261ih/pdf/BILLS-112hr3261ih.pdf>) Acessado em 14 de junho de 2012.

⁷⁸ "Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act" (<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112s968rs/pdf/BILLS-112s968rs.pdf>) Acessado em 14 de junho de 2012.

possam vir a existir e possibilitar uma adesão de um número maior de signatários.

Os princípios do TRIPs aparecem explicitamente incorporados nos art. 7º e 8º não deixando nenhuma dúvida sobre a intenção de continuidade no mesmo sentido que vinha sendo adotado.

A limitação dos direitos abrangidos está definida na remissão que é feita ao TRIPs na alínea h do art. 5º do ACTA, tornando restritiva seu campo de atuação.

A estrutura do acordo está disposta como um acordo plurilateral, onde só criará direitos e obrigações à aqueles membros da OMC que se vincularem.

A seu turno, a OMC prevê esta figura no art. II, n.º3 do acordo OMC. A possibilidade de incorporação de um novo acordo só ocorre em decorrência e uma decisão, por consenso, da câmara ministerial, algo que se tornou impossível, tendo em vista que no anexo IV há a normativa que diz que para ser aceite nenhum estado deve se opor. E a oposição de países como o Brasil, China e Índia, legou o acordo para fora do âmbito da OMC.

Pode-se concluir que houve uma marginalização da OMC e continuidade do TRIPS, resultante dos mecanismos que regem a sua composição e procedimentos para inclusão de novos acordos. Da mesma forma há um desânimo geral causado pelas tentativas decorridas do art. 31 bis do TRIPS as quais já foram prorrogadas por três vezes bem como a necessidade de 2/3 dos membros e com prazos que foram mais do que ultrapassados tendo o último apontado para 31/12/2011.

Levando-se em consideração os factos que veem se sucedendo conclui-se que a OMC não se configura como bom campo para chegar a entendimento sobre o esperado do texto do ACTA, pois estão em jogo questões que ultrapassam os interesses comerciais que envolvem o tratado.

Neste ponto, onde tratamos de locais adequados para

discussão da matéria relacionada à propriedade intelectual, faz-se necessário indagar sobre o papel da OMPI. Deveria obrigatoriamente a discussão ter sido feita dentro do órgão internacional que ocupa essa matéria?

4. CONCLUSÕES

O Direito da Propriedade Intelectual esta em crise, isso é facto. Os sinais são visíveis em todos os continentes e, apesar dos esforços no combate à pirataria e a contrafação, não há resultados práticos. O que se verifica é que todas as partes envolvidas estão insatisfeitas. As medidas tomadas pelos sistemas jurídicos não respondem à altura o problema posto.

O vazamento de notícias é interpretado de diversas maneiras por diversos sujeitos e conforme o próprio interesse. O que se deve salientar é que o caso possibilitou a discussão pública de um tratado que envolve muitos interesse e grande parcela da população. Talvez o primeiro tratado internacional que teve repercussão e discussão pública com tamanha amplitude. Isso mostra que na sociedade da informação não é possível mais discutir e aprovar matéria de interesse do cidadão contando que este fique alheio ao que se passa.

Devido a diversos factores que impedem o prosseguimento de negociações dentro da OMC, e pelos mesmos factores que obstam o prosseguimento dentro da OMPI, as questões relacionadas à propriedade industrial e comércio internacional deverão encontrar novo local. Dessa forma o ACTA cria condições para tal.

A escolha de um novo fórum para discussão dos direitos intelectuais relacionados ao comércio é forma de os países desenvolvidos tecerem novo ordenamento sem os entraves impostos pela OMC ou pela ONU, através da OMPI. Assim poderão criar novo tratado sem as formalidades dos órgãos citados e criando a obrigatoriedade dos signatários também

fazerem parte da OMC e do tratado TRIPs; também força a aplicação desses tratados, complementado pelo texto do ACTA que poderá ser alterado pelo comité, criado no próprio tratado, e que não necessita de respeitar os procedimentos dos outros órgãos.

O ACTA é considerado como o novo padrão da propriedade intelectual, mas isso causa problemas em relação aos países que não participaram das discussões do tratado e para se manterem competitivos terão de adoptá-lo e aplicá-lo.

Como não prevê uma solução alternativa, será necessário aplicar uma sanção penal pois do contrário quando algum direito for ferido e não for tratado desta forma criará a oportunidade de uma reacção na OMC, decretando sanções que impactem no comércio, causando um efeito contrário ao progresso.

Há que se incluir, em futuros acordos internacionais, mecanismos eficientes para resolução de litígios através de órgão imparcial em relação às partes litigantes, e com poderes de sanção quanto ao não cumprimento de suas decisões.

É certo que devido ao comércio electrónico surge a necessidade de se estabelecer regras que harmonizem o direito. Devem-se respeitar as diferenças legislativas dos diferentes países, mas buscar o combate ao desrespeito aos direitos intelectuais e à contrafação.

O desafio é encontrar novo modelo que atenda aos diferentes interesses dos principais atores, o utente, o detentor de direitos intelectuais e os intermediários.

