

A RELAÇÃO ENTRE A PROPRIEDADE INTELECTUAL E O MEIO AMBIENTE NO ÂMBITO DA OMC

Maria E. P. Marinho*

Renata de Assis Calsing*

Resumo

O sistema de patentes é justificado pelo incentivo à inovação, a partir do qual se garantem direitos exclusivos aos titulares para que estes compartilhem os seus conhecimentos sobre o desenvolvimento do invento com a sociedade. Desse modo, o lucro advindo da exclusividade do produto, através das licenças e mercados conquistados, pode ser reinvestido em pesquisas, garantindo a permanência do sistema de inovação industrial. A relação custo-benefício seria então positiva para o bem-estar social, apesar de inicialmente ser necessário pagar um preço mais alto pelo uso do bem patenteado, uma vez que depois ocorreriam benefícios com a formação de um ambiente competitivo e estimulado pela busca de inovação. Entretanto, existem casos particulares em que a plena garantia dos direitos conferidos pelas patentes não compensariam os custos a serem suportados pela sociedade. Por essa razão, o próprio sistema internacional de propriedade intelectual admite a exclusão de patentes para inovações que importem em contrariedade à ordem pública ou à moralidade. O objetivo desse artigo é discutir as possíveis causas que podem ser consideradas para restringir e, até mesmo, excluir os direitos de patentes em razão da contrariedade à ordem pública, em especial, no que tange à proteção do meio ambiente.

Sumário: 1. A relação do meio ambiente com a OMC, 1.1 A evolução do Direito Internacional Ambiental e sua inclusão nas agendas internacionais 1.2 O Direito Internacional Ambiental em face do comércio internacional 1.3 A discussão do meio ambiente na OMC 2. A inserção da propriedade intelectual na OMC, 2.2 O conteúdo do ADPIC, 2.3

* Advogadas e Doutorandas em Direito pela Universidade Paris I – Panthéon Sorbonne, integrantes do CRDST

Pressupostos para a interpretação do Acordo ADPIC, **2.4**
Condições de aplicação da exclusão da patente por um
prejuízo ambiental, **2.4.1** Contrariedade à ordem pública,
2.4.2 Exploração do produto, **2.5** O que a sociedade ganha
com a exclusão da patente por prejuízo ambiental?, **2.6**
Entraves para a aplicação do 27.2, 2.7 OEB

1. A relação do meio ambiente com a OMC

1.1 A evolução do Direito Internacional Ambiental e sua inclusão nas agendas internacionais

O Direito Internacional Ambiental é um ramo em pleno crescimento no cenário mundial, representando um instrumento capaz de enfrentar em conjunto problemas ambientais comuns a diversos Estados. A sua recente inclusão nas agendas mundiais deve-se à interdependência existente entre os países, que compartilham interesses comuns e gerais da humanidade, reconhecendo que certos problemas devem ser enfrentados por todos, de forma coordenada e simultânea. Os graves danos ambientais ocorridos no século XX geraram uma necessidade de regulamentação da proteção do meio ambiente, o que repercute diretamente em questões comerciais, na saúde humana e no crescimento industrial dos países em desenvolvimento.

A intensificação da utilização do Direito Internacional Ambiental e a sua discussão em grandes conferências ambientais, como na de Estocolmo em 1972 e do Rio de Janeiro em 1992, levaram à criação de diversas agências internacionais com a finalidade de proteção ecológica, como o PNUMA, agência onusiana responsável pelas questões do meio ambiente, que tem por função coletar dados e disseminá-los, dando suporte à evolução do Direito Internacional Ambiental.¹ Fora da jurisdição da ONU, outros órgãos com pretensão de coordenação das políticas ambientais também foram sendo estruturados, como a OCDE, que criou um comitê ambiental em 1970 e o Banco Mundial, que lançou o seu primeiro plano de ação ambiental em 1973.

Percebeu-se, também, que o método de codificação setorial não protegia áreas estratégicas. Em decorrência, começou-se a negociação para os tratados que estabeleciatm a prevenção dos problemas ambientais comuns, que passaram a atacar os

¹ IOLI, Christopoulou. International environmental governance. The Fletcher School, 2003, p. 25 e 26.

métodos de produção, transporte e utilização de substâncias perigosas. A descoberta científica sobre os problemas do ozônio, efeito estufa e desaparecimento das espécies aceleraram essa codificação transversal.²

Em síntese, os últimos 30 anos tiveram grande importância na mudança de visão do Direito Internacional Ambiental, que passou a valorizar a “proteção da humanidade contra ela mesma”, ao invés de proteger recursos naturais pontuais ou preservar a industrialização e o crescimento econômico a qualquer custo. As discussões de questões relativas aos meios de produção e ao comércio também passaram a implicar uma outra mudança de estratégia, que foi a inclusão do meio ambiente e dos tratados ambientais nas pautas da OMC, chamando a atenção para um novo cenário mundial, o do desenvolvimento sustentável.

1.2 O Direito Internacional Ambiental em face do comércio internacional

As relações do meio ambiente com a OMC estão crescendo por meio da diversificação dos instrumentos usados nos tratados ambientais para a regulação de cotas e metas de redução de poluição e proteção de espécies ameaçadas. O Protocolo de Kyoto, por exemplo, utiliza meios econômicos para fixar cotas de emissão de carbono para diversos países e oferece a possibilidade de trocas comerciais no âmbito de uma bolsa de valores ecológica. Essa interface do meio ambiente com a economia, e mesmo a imposição de alteração de padrões de consumo, como a diminuição do uso de combustíveis fósseis, leva a um maior controle econômico das políticas ambientais. Vivemos, então, em uma era em que os bens comuns da humanidade, como o ar, a água e a biodiversidade saíram do campo da gratuidade e entraram na área econômica pelo seu valor agregado ou pela exigência de controle do mercado.

A relação da OMC e do comércio internacional com o meio ambiente nasceu do crescimento da influência do Direito Internacional Ambiental no cenário global. Esse novo ramo do direito passou a permear diferentes áreas de proteção ambiental, como a água, o ar e os animais silvestres, com resultados diretos sobre diversos produtos comerciais. Juntamente com o aumento do número de convenções e acordos internacionais sobre o meio ambiente, os Estados, principalmente os mais desenvolvidos, passaram a sofrer pressão de grupos de formação da opinião pública,

² KISS, Alexandre. *Direito Internacional do Ambiente*. Lisboa: Centre des études judiciaires, Portugal, 1996, p. 80-82

como as ONGs e a imprensa especializada, que acusavam a OMC e o comércio internacional de serem incompatíveis com a proteção da biosfera.

Contudo, apesar de ter coberto todas as grandes áreas de preservação ambiental e de ter se desenvolvido consideravelmente, o Direito Internacional Ambiental ainda não é um direito efetivo. Isso porque, para um resultado ótimo, ele necessita da coordenação de diversos Estados e de suas políticas internas. A dificuldade de consenso entre a regulação do mercado para favorecer o meio ambiente também enfraquece a força de sua aplicação. Ainda, a falta de um órgão central de regulação e de recursos leva a um mau gerenciamento global dos diversos regimes.

O PNUMA, apesar de ter sido criado para apoiar e consolidar as políticas ambientais, não apresenta força política e nem possui recursos suficientes para promover a efetividade desse ramo do direito. Em consequência, e em última instância, as decisões concernentes ao meio ambiente na esfera internacional são tomadas por interesses comerciais, seja por meio de decisões de juízes de órgãos fortes como a OMC, pelo jogo de força entre os Estados mais industrializados ou pelas empresas multinacionais em função do poder que adquirem a partir de sua atuação global.

1.3 A discussão do meio ambiente na OMC

A OMC não possui nenhum acordo específico que verse sobre o meio ambiente. No entanto, em diversas ocasiões, o meio ambiente permeou suas regulamentações, como no caso do artigo XX do GATT ou no acordo SPS – o que significa (ou não é necessário para o tipo de leitor?), que trata de questões de proteção ambiental. Além disso, o princípio do desenvolvimento sustentável foi adotado pelos membros da OMC no ato de sua criação. O acordo de Marraksh(?) dispõe:

*“Recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world's resources **in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development**”* (grifo nosso)

Ainda, para preservar a aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável, os membros da OMC criaram, no final da rodada do Uruguai, o Comitê de Comércio e Meio Ambiente, com o objetivo de construir um programa compreensivo de debates e coordenação de atos internacionais. Segundo a própria OMC, a função do Comitê é cobrir todas as áreas de debate entre as trocas comerciais e a ecologia, como os bens, serviços e propriedade intelectual, fazendo recomendações sobre eventuais mudanças que serão necessárias aos acordos para que a saúde humana seja protegida por meio da preservação do meio ambiente.³

Todavia, não queremos dizer com isso que a OMC e seus membros passaram a suportar os princípios de defesa do meio ambiente contra a liberdade comercial. Na verdade, foi a partir dessa declaração que os membros começaram a discutir com mais profundidade a questão da interface do direito ao meio ambiente com o direito econômico, sem a obrigação de proteção específica do primeiro, enquanto o objetivo fundamental da organização é a liberalização comercial.

A OMC deixou bem claro que a atuação do Comitê de Comércio e Meio Ambiente deve seguir dois princípios específicos: o primeiro, que reconhece que o âmbito de sua atuação é o direito comercial e o comércio, não tendo o Comitê qualquer jurisdição em questões ambientais; o segundo, que preconiza que os problemas identificados entre o comércio e o meio ambiente devem ser tratados segundo a ótica dos princípios da OMC, uma vez que as partes acreditam que os valores do comércio livre, equitativo e não discriminatório já seriam um grande passo para a proteção da biosfera.⁴

Podemos dizer, então, que a questão ambiental na OMC perpassa diversos acordos, mas sempre com o objetivo de impedir que a proteção do meio ambiente seja usada para proibir o livre comércio. Existem, contudo, algumas exceções, como: o artigo XX do GATT, que dispõe sobre a proteção da saúde humana, animal ou vegetal e a conservação dos recursos naturais esgotáveis, como exceções à aplicação de medidas de livre comércio; os acordos SPS e TBT (identificar?) que propõem padrões ambientais e de higiene; o acordo sobre agricultura, que prevê a possibilidade de subsídios para o custeio de novas leis ambientais; o ADPIC, que prevê a possibilidade da não-concessão

³ Ver mais sobre : in http://www.wto.org/English/thewto_e/whatis_e/tif_e/bey2_e.htm, acessado em 02 de abril de 2006.

⁴ Ver mais sobre ; http://www.wto.org/English/thewto_e/whatis_e/tif_e/bey2_e.htm, acessado em 02 de abril de 2006

de patentes para tecnologias que causem riscos ao bem-estar ambiental; e o artigo 14 do GATS que possibilita a alteração da liberdade de serviços para a proteção da saúde humana, animal ou vegetal.

Seguindo a adequação com as normas da OMC, seus membros podem adotar políticas de proteção ambiental internamente em seus territórios, desde que essas não estejam em desacordo com os princípios da nação mais favorecida ou do tratamento nacional. Em suma, o que a OMC propõe a seus membros é a liberdade para criar medidas internas de proteção ambiental, desde que elas tenham o mesmo valor, interna e externamente, sem diferenciação de tratamento para quaisquer das partes. Entretanto, na realidade, as políticas ambientais não podem estar em contradição com os outros acordos do pacote da OMC. Além disso, existem várias regras e normas de harmonização de padrões ambientais, o que, por vezes, pode impedir os Estados, principalmente os menos desenvolvidos, de adotarem livremente suas leis ambientais internas.

A OMC prega o perfeito balanço entre o livre acesso aos mercados e a proteção do meio ambiente por meio da adequação das políticas ambientais nacionais com os seguintes preceitos: a) Da adequação dessas políticas com as normas da OMC; b) Que elas levem em consideração as possibilidades e capacidades dos países em desenvolvimento; c) Que essas políticas apenas regulamentem as necessidades e legítimos objetivos do importador.

Para facilitar esse processo, foram criados os *standards* internacionais por agências, como a *codex alimentarius*, que padronizam as medidas sanitárias para a importação de alimentos. Mesmo reconhecendo que a participação dos países em desenvolvimento nessas agências internacionais garante sua maior adaptação e menos controvérsias comerciais, não se pode negar que os países em desenvolvimento não possuam meios financeiros de enviar cientistas e pessoal especializado para esses encontros. Assim, as regras internacionais de padronização são coletâneas do estado da arte das regras ambientais e sanitárias dos países mais ricos.

No entanto, mesmo os países mais desenvolvidos, como os Estados Unidos da América, nos casos da gasolina e camarão, não puderam adotar livremente suas políticas de proteção do ar ou de espécies ameaçadas, uma vez que essas entraram em contradição com outros acordos da OMC.

Para que uma restrição comercial seja imposta, é imperioso que o país faça prova da necessidade da medida mais restritiva adotada e da falta de outra política menos prejudicial ao comércio do que a escolhida. Tudo isso, porque existem casos em que as políticas ambientais são usadas como normas de proteção da indústria nacional ou como barreiras injustificadas ao comércio.

2. A inserção da propriedade intelectual na OMC

O estabelecimento de normas a respeito da propriedade intelectual está vinculado ao cenário internacional e em particular ao comércio. Na medida que as relações entre as nações foram se desenvolvendo, a necessidade de salvaguardar os direitos do inventor foi se tornando cada vez mais indispensável para os países produtores de tecnologia que precisavam ampliar os mercados consumidores.

Do ponto de vista internacional, a propriedade intelectual não é um assunto recente nas agendas de discussão. Já no GATT, celebrado em 1947, para reestruturar e fortalecer o comércio internacional, foram incluídas cláusulas gerais⁵ referentes à propriedade intelectual. Foi também criada, em 1967, uma organização própria para tratar do tema, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, que tinha como objetivo administrar os tratados já existentes (o primeiro data de 1883 - A Convenção União de Paris) e promover a utilização e proteção da propriedade intelectual.

Apesar de a OMPI ser até hoje reconhecida como um importante fórum de discussão sobre a propriedade intelectual, a mudança de negociação do tema para o âmbito da OMC é explicada pelo interesse dos países desenvolvidos em harmonizar as regras de propriedade intelectual. A dificuldade de implementar tais reformas deve-se à estruturação da OMPI, que permitia aos países-membros a adoção da versão da revisão dos acordos que mais lhes conviessem, não havendo um sistema harmonizado, uma vez que os países em desenvolvimento não desejavam perder a prerrogativa de exclusão de setores de proteção. Ainda, a ausência de um mecanismo de solução de controvérsias também foi um dos motivos para a introdução da discussão da Pi na OMC.

Em 1994, durante a Rodada do Uruguai, e devido a uma iniciativa americana⁶, foi assinado o “Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent

⁵ GATT arts. IX (6), XII(3), iii.; XVIII (10) e XX(d)

⁶ Diante do impasse nas negociações e dos constantes déficits em sua balança de pagamentos, o governo norte-americano começou a fazer uso da Seção Especial 301 da Lei de Comércio em que determinava a confecção de uma lista de países cujas legislações ou políticas representavam uma barreira ao comércio

au commerce” (ADPIC), tornando imperativo a todos os Estados-membros o reconhecimento dos direitos do autor, patentes, indicações geográficas, marcas e topografia de circuitos integrados.

2.1 O conteúdo do ADPIC

O conteúdo do «Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce» (ADPIC) foi baseado nos tratados já em vigor administrados pela OMPI⁷, tendo como objetivo :

*« Réduire les distorsions et les entraves en ce qui concerne le commerce international, et tenant compte de la nécessité de promouvoir une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle et de faire en sorte que les mesures et les procédures visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle ne deviennent pas elles-mêmes des obstacles au commerce légitime ».*⁸

O Acordo foi organizado em sete partes, que versam sobre: disposições gerais e princípios básicos; padrões relativos à existência, abrangência e exercício de direitos de propriedade intelectual; aplicação das normas; obtenção e manutenção dos direitos; mecanismo de prevenção e solução de controvérsias; e, normas de transição a serem aplicadas no período anterior à aplicação plena do Acordo. Na sua estrutura destacam-se quatro princípios basilares: *single undertaking*⁹, tratamento nacional¹⁰, nação mais favorecida¹¹ e exaustão.

americano. Por esta lógica, os países que não possuíam, à época, uma legislação com os padrões mínimos de reconhecimento de propriedade intelectual foram incluídos na lista, tendo como consequência a sobretaxação de seus principais produtos de exportações aos EUA. Dessa maneira, os EUA pressionavam países-chave nas negociações para modificarem suas legislações nacionais e não terem mais razões para dificultarem as modificações nos fóruns internacionais.

⁷ Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial; o Ato de Estocolmo desta Convenção, de 14 de Julho de 1967; a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, e o Ato de Paris desta Convenção, de 24 de Julho de 1971, a Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão, adotada em Roma em 26 de Outubro de 1961, o Tratado sobre a Proteção da Propriedade Intelectual Relativa aos Circuitos Integrados, assinado em Washington em 26 de Maio de 1989.

⁸ L'ADPIC

⁹ O princípio do *single undertaking* determina a impossibilidade de reservas nos tratados por parte dos Estados-membros. Tratou-se mais de uma estratégia de negociação para evitar o GATT à carte, no qual os Estados-membros poderiam escolher quais acordos assinar.

¹⁰ Art 3º.1 do ADPIC: “Cada membro concederá aos nacionais dos demais membros tratamento não menos favorável que o outorgado aos seus próprios nacionais com relação à proteção da propriedade intelectual, salvo as exceções já previstas, respectivamente na Convenção de Paris (1967), na Convenção de Berna (1971), na Convenção de Roma e no Tratado de Propriedade Intelectual em matéria de circuitos integrados. No que concerne a artistas-intérpretes, produtores de fonogramas e organizações de radiodifusão, essa obrigação se aplica apenas aos direitos previstos neste Acordo. Todo membro que faça

No caso das patentes, o acordo propôs a harmonização dos requisitos de concessão, dos direitos conferidos, dos deveres dos titulares, dos prazos de fruição, dos casos em que os Estados-membros poderiam considerar uma invenção como não patenteável e quais situações poderiam determinar restrições ao exercício desses direitos.

A regra geral determina a concessão obrigatória de patentes, por um período não inferior a 20 anos, para produtos e processos independentemente do seu setor ou país de origem, desde que o invento apresente: novidade, atividade inventiva e aplicabilidade industrial.

Foram regulamentados, no entanto, dois tipos de exceção. A primeira faculta a concessão para os métodos de diagnósticos, (Existe a vírgula?) terapêuticos, cirúrgicos e para animais e plantas.¹² A outra possibilidade de exclusão não distingue setores, mas implica na análise dos resultados da aplicação do invento. Assim, as patentes que representarem uma ofensa à ordem pública ou contrariedade à moral podem ser excluídas da regra geral.

O ADPIC também contém dispositivos¹³ que determinam revisões posteriores, a cada dois anos da sua aplicação, a serem realizadas pelo Conselho, cuja função é monitorar o cumprimento das obrigações pelos membros e apresentar uma interpretação dos dispositivos do Acordo em caso de dúvidas. Atualmente, em consonância com o que foi estabelecido pelo mandato de Doha, o Conselho discute a questão dos conhecimentos tradicionais, indicações geográficas e a relação entre propriedade intelectual e o meio ambiente.

2.2 Pressupostos para a interpretação do Acordo ADPIC

A elaboração do ADPIC foi alicerçada no princípio de que a ausência de proteção aos direitos de propriedade intelectual constituiria uma barreira ao comércio. O discurso dos países desenvolvidos pregava que o processo de globalização facilitou o deslocamento da produção para as regiões com custos mais baixos e propiciou a

uso das possibilidades previstas no artigo 6 da Convenção de Berna e no parágrafo 1º b do artigo 16 da Convenção de Roma fará uma notificação de acordo com aquelas disposições ao Conselho ADPIC.

¹¹ O princípio determina que sendo concedidos mais direitos para os nacionais de um Estado, essa ampliação benéfica deveria ser transmitida também para os nacionais de outros Estados.

¹² No caso de não-concessão de patentes para plantas, o Estado-membro deve disponibilizar outro meio de proteção, sendo sugerido o sistema de variedade vegetais do acordo UPOV.

¹³ Artigo 71 do ADPIC.

abertura de mercados. Diante desse quadro, a falta de garantias de proteção das criações e inventos representaria um risco para as empresas inovadoras, uma vez que o produto que fosse desenvolvido em um país poderia ser copiado em outro. Além disso, a ausência de normas de proteção representaria um obstáculo para o progresso tecnológico dos países em desenvolvimento, já que os contratos de transferência de tecnologia poderiam ser prejudicados, ou terem custos mais elevados diante do ambiente de insegurança jurídica.

A interpretação de seus dispositivos deve ser realizada tendo em vista a natureza privada dos direitos de propriedade intelectual, que reconhece a individualidade do titular desses direitos e sua responsabilidade para demandar a sua aplicação perante os tribunais do Estado que os concedeu. Diante dessa natureza privada, a utilização da propriedade intelectual como meio de retaliação comercial possibilitada pela OMC foi prejudicada, já que não se trata de uma questão de aumento de tarifas, mas de exclusão ou restrição de direitos já reconhecidos internamente.

Foi também reconhecido aos Estados-membros o direito de adotarem, livremente, políticas públicas para estimular a inovação, sendo, todavia, necessário que essas estejam em consonância com os compromissos assumidos no ADPIC. Pelas palavras do Acordo:

“The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations”

No caso do meio ambiente, esse dispositivo é de extrema importância, uma vez que o país pode justificar a aplicação da exceção de patenteabilidade por danos ambientais como um meio de incentivar o desenvolvimento de tecnologias limpas, como veremos detalhadamente a seguir.

Concluindo, qualquer restrição à concessão dos direitos negociados no ADPIC deve ser interpretada como uma possível restrição ao comércio e só será admitida em situações excepcionais e já previstas no próprio Acordo.

2.3 As exceções à patenteabilidade em razão de sua exploração

O sistema de proteção da propriedade intelectual proposto pela OMC visa harmonizar as normas já existentes nos países membros de forma a ampliar a segurança jurídica, reduzindo os custos de transação e facilitando o comércio. Quando o exercício destes direitos contrariarem a ordem pública ou ofenderem a moralidade, é facultado aos Estados-membros a criação de normas que restrinjam ou até mesmo excluam a concessão de direitos exclusivos sobre um invento.

Nesse sentido dispõe o artigo 27.2:

“Os Membros podem considerar como não patenteáveis 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, desde que esta determinação não seja feita apenas por que a exploração é proibida por sua legislação.”

A redação final do artigo 27.2 foi inspirada no modelo adotado na Convenção de Patentes Européia. Contudo, no processo de negociação do ADPIC, as especificações quanto à saúde e ao meio ambiente nem sempre foram mencionadas. No *Annel Draft* apenas se faz referência à ordem pública em um sentido genérico, não tendo havido acordo quanto à inserção da saúde, nem dos princípios da dignidade humana¹⁴ como causas excludentes de patenteabilidade.

Entretanto, na redação da Brussels Draft, a preocupação com o meio ambiente começou a se apresentar de forma mais evidente, apesar de não ter sido citado expressamente. O texto previa como possibilidade a exclusão em razão da proteção da ordem pública e da saúde humana, animal e vegetal.¹⁵ Somente na versão final é que a possibilidade de prejuízos ao meio ambiente foi inserida, dando preferência à visão da comunidade européia.¹⁶

¹⁴ Annel Draft: “ The following [shall] [may] be excluded from patentability: Inventions, [the publication or use of which would be], contrary to public order, [law,] [generally accepted standards of] morality, [public health,] [or the basic principle of human dignity] [or human values].”[. . .]

¹⁵ “Parties may exclude from patentability inventions, the prevention within their territory of the publication or any exploitation of which is necessary; to protect public morality or order, including to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement; or to protect human, animal or plant life or health.”

¹⁶ Unctad-v1 November 29, 2004

2.4 Condições de aplicação da exclusão da patente por um prejuízo ambiental

O ADPIC não tem conexão direta com o meio ambiente e nem com as políticas ambientais. Contudo, no âmbito das novas tecnologias, que ditam cada vez mais a interação do homem com o seu meio, as inovações protegidas pelo direito das patentes influenciam diretamente na qualidade de vida do homem. Foi, então, para possibilitar a criação de políticas ambientais internas e adequadas às condições locais que o ADPIC permitiu aos Estados o direito de exclusão da patenteabilidade de um produto caso seja necessário para a proteção da saúde humana, animal ou vegetal, ou ainda para prevenir sérios danos ao meio ambiente.

O artigo 27.2 dispõe de maneira abrangente sobre invenções não patenteáveis para fins de proteção da ordem pública, da saúde humana e do meio-ambiente. Vale ressaltar, entretanto, que esse artigo deve ser interpretado de uma forma restritiva, mesmo que ele ainda não tenha sido objeto de nenhum painel no OSC. Todavia, a análise da jurisprudência da OMC e dos parâmetros de trabalho do Comitê do Meio Ambiente e Comércio mostram que as exclusões ao livre comércio para a proteção ambiental não são de fácil aplicação.

O próprio ADPIC estabelece, contudo, no artigo 30, algumas condições para a aplicação das exceções prevista no artigo 27.2, segundo o qual:

“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.”

A seguir, apresentaremos interpretações já proferidas pelo OSC sobre alguns dos termos utilizados na redação do artigo para esclarecer em que situações seriam admissíveis a exclusão de patentes por razões ambientais. Também, exporemos como esse tipo de exclusão vem sendo aplicada pelo OEB - Office European de Brevets.

2.4.1 Contrariedade à ordem pública

A exceção por contrariedade à ordem pública não foi uma novidade dos Acordos da OMC, porque esse tipo de regra já estava presente em várias legislações dos Estados-

membros. Sua presença na redação do ADPIC somente confirma a validade e a necessidade dessa medida.

Segundo a redação do GATT de 1994, a contrariedade à ordem pública só poderá ser invocada para restringir direitos em caso de “ameaça legítima e suficientemente séria imposta contra um dos interesses fundamentais da sociedade”¹⁷. O ADPIC considera expressamente como um tipo de ofensa à ordem pública os prejuízos ao meio ambiente. Tratou-se de um grande avanço se formos observar os outros tratados versando sobre propriedade intelectual e, até mesmo, nas legislações nacionais.

Os Acordos da OMC apresentam, na maior parte de seus textos legais, somente uma descrição de conceitos e regras gerais. O seu conteúdo real, este é deixado para um segundo momento, sendo aprofundado nos casos concretos. Seguindo essa lógica, o ADPIC não explicitou em que circunstâncias os prejuízos ao meio ambiente poderiam ser considerados como uma contrariedade à ordem pública.

Analisando a jurisprudência da OMC, temos que:

« Les Membres de l'OMC disposent d'une large autonomie pour déterminer leurs propres politiques en matière d'environnement (y compris la relation entre l'environnement et le commerce), leurs objectifs environnementaux et la législation environnementale qu'ils adoptent et mettent en œuvre. En ce qui concerne l'OMC, cette autonomie n'est limitée que par la nécessité de respecter les prescriptions de l'Accord général et des autres accords visés. »

Os Estados-Membros podem, portanto, criar e aplicar suas políticas ambientais internas livremente, até porque esse direito lhes é reconhecido pela OMC e seu Órgão de Apelação. Para demonstrar mais claramente esse ponto, podemos citar a decisão do caso EUA - Camarão:

“In reaching these conclusions, we wish to underscore what we have not decided in this appeal. We have not decided that the protection and preservation of the environment is of no significance to the Members of the WTO. Clearly, it is. We have not decided that the sovereign nations that are Members of the WTO cannot adopt effective measures to protect endangered species, such as sea turtles. Clearly, they can and should. And we have not decided that sovereign states should not act

¹⁷ Nota 5 do artigo 14 do Acordo geral sobre comércio de serviços, 1994.

together bilaterally, plurilaterally or multilaterally, either within the WTO or in other international fora, to protect endangered species or to otherwise protect the environment. Clearly, they should and do. (P. 185)

Apesar de conceder esses direitos para os seus membros, a posição da OMC não era clara no sentido de permitir a aplicação das políticas ambientais internas de um país com repercussões comerciais desfavoráveis. Isso será mostrado, em seguida, pelo conjunto de análises das jurisprudências da OMC, seja no âmbito de aplicação dos acordos do GATT ou de acordos específicos, especialmente pela exceção dada pelo art. XX(g) do GATT.

A análise do artigo XX do GATT pelo painel do OSC não deixa dúvidas que uma exceção ao livre comércio por medidas ambientais não é matéria fácil de se justificar. Assim, nos casos EUA/Canadá – salmão, Canadá – salmão e harengue, EUA – atum I e II, EUA – automóveis, as políticas ou leis ambientais questionadas foram consideradas contrárias aos compromissos assumidos pelas partes quando da assinatura dos acordos da OMC. Nessa fase de implementação dos acordos, o meio ambiente ainda não tinha um entendimento consolidado como um direito capaz de justificar restrições comerciais.

A posição do Grupo Especial pode ser compreendida pela leitura do caso Salmão-Harengue, cujo trecho apresentamos, *in verbis*:

Comme l'indique le préambule de l'article XX, l'inclusion de l'article XX g) dans l'Accord général n'avait pas pour objet d'élargir la portée de l'article à des mesures prises à des fins de politique commerciale, mais simplement d'assurer que les engagements pris au titre de l'Accord général n'empêchent pas l'application de politiques visant à la conservation de ressources naturelles épuisables. Aussi le Groupe spécial a-t-il conclu que, s'il n'était pas impératif qu'une mesure commerciale soit nécessaire ou essentielle pour la conservation d'une ressource naturelle épuisable, il fallait cependant que cette mesure vise principalement à la conservation d'une ressource naturelle épuisable pour qu'elle soit considérée comme "se rapportant à" la conservation, au sens de l'article XX g). » (Pag. 40)

Podemos observar que a necessidade de adoção de uma medida restritiva ao comércio, ou visando principalmente a conservação dos recursos naturais, dava margem a diversas interpretações no âmbito do órgão de apelação. No entanto, no relatório final, o OSC sempre decidiu contra o meio ambiente.

Contudo, com o crescimento da importância do direito ao meio ambiente e da elevação dos padrões ambientais pela sociedade internacional, a visão de uma possível restrição comercial para a implementação de uma política ambiental passou a ser tratada diferentemente. No caso dos EUA - gasolina e EUA - camarão, o Órgão de Apelação passou a considerar que as medidas internas adotadas pelos americanos eram justificáveis pelo art. XX(g) do GATT, sendo, no entanto, contraditórias ao *caput* do mesmo¹⁸. Dessa forma, mesmo que a posição do OSC não tenha sido favorável ao meio ambiente em termos gerais, pode-se dizer que houve uma mudança de visão.

Vejamos então a decisão:

“P. 186. What we have decided in this appeal is simply this: although the measure of the United States in dispute in this appeal serves an environmental objective that is recognized as legitimate under paragraph (g) of Article XX [i.e. 20] of the GATT 1994, this measure has been applied by the United States in a manner which constitutes arbitrary and unjustifiable discrimination between Members of the WTO, contrary to the requirements of the chapeau of Article XX. For all of the specific reasons outlined in this Report, this measure does not qualify for the exemption that Article XX of the GATT 1994 affords to measures which serve certain recognized, legitimate environmental purposes but which, at the same time, are not applied in a manner that constitutes a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail or a disguised restriction on international trade. As we emphasized in United States — Gasoline [adopted 20 May 1996, WT/DS2/AB/R, p. 30], WTO Members are free to adopt their own policies aimed at protecting the environment as long as, in so doing, they fulfill their obligations and respect the rights of other Members under the WTO Agreement.”

¹⁸ O Artigo XX deve ser analisado em duas fases distintas para determinar se uma medida incompatível com o GATT pode ser justificada. Primeiramente, a medida deve satisfazer os elementos de uma exceção particular, no caso da alínea g e, em segundo lugar, a mesma deve preencher os requisitos do *caput*.

Esse quadro foi alterado ainda uma segunda vez, no segundo painel do caso EUA – camarão. Na apelação da Malásia pela não alteração da lei americana de proteção às espécies ameaçadas, o OSC concluiu que as novas medidas adotadas pelos americanos e o esforço de negociar com os países parte da disputa - Paquistão, Malásia e Tailândia - mostrava a boa-fé em resolver a controvérsia. Dessa forma, a regra americana não poderia mais ser chamada de medida injustificável, conforme o *caput* do art. XX¹⁹. Nessa interpretação, mesmo que indiretamente, o OSC concluiu, pela primeira vez, pela permanência de uma lei americana de proteção ambiental, afirmando sua consonância com o artigo XX(g), o que só tinha acontecido uma vez, no caso do amianto, em que estava em jogo a saúde humana.

O caso do amianto pode ser considerado como um grande avanço para a aplicação do artigo XX do GATT. Nele, a Comunidade Européia conseguiu enquadrar a proteção à saúde tanto no *caput* do art. XX, como em sua alínea B. Essa decisão pode ser vista como um possível passo de ampliação da aplicação das exceções presentes no artigo XX do GATT, o que influenciaria diretamente o meio ambiente. Isso porque, no caso do amianto, o OSC desconsiderou a aplicação do art. III.4, que prega a não-discriminação de produtos similares, no caso deles apresentarem diferentes riscos à saúde humana. Ora, se foi afirmado que no caso de proteção da saúde humana, animal ou vegetal não se pode fixar a *'likeness'* dos produtos, quando a saúde esté em risco, abriu-se um precedente de diferenciação dos produtos em favor da ordem pública e da seguridade social.

2.4.2 Exploração do produto

No caso Canadá – Produtos Farmacêuticos, o termo exploração, que é também utilizado no artigo 30 do ADPIC, foi interpretado como: “the commercial activity by which patent owners employ their exclusive patent rights to extract economic value from their patent.”

¹⁹ O *Caput* do Artigo XX estabelece condições para a aplicação das medidas de exceção contidas nesse artigo da seguinte forma: “Sujeito à exigência de que tais medidas não sejam aplicadas de uma maneira que constituiria um meio de discriminação arbitrária ou injustificada entre países onde as mesmas condições prevalecem, ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional...”

Na exceção do artigo 27.2, o sentido do termo de exploração está mais voltado para aplicação (uso) do invento do que outros tipos de exploração dos direitos de patentes.

Para que o escritório de patentes do país-membro exclua a patenteabilidade de uma determinada tecnologia, ele deve demonstrar que a exploração do produto apresenta riscos ao meio ambiente. Não seria admissível a rejeição do pedido por ser muito poluidor quando naquele mesmo país é permitido o uso de tecnologias tão poluidoras quanto.

De acordo com a redação do ADPIC, a exclusão de patentes em razão de um sério prejuízo ambiental está condicionada aos potenciais danos decorrentes de sua exploração. Sabe-se que o simples fato de conceder a patente não implica na sua autorização para comercialização.

Um exemplo que esclarece esse ponto é a concessão de patentes para medicamentos. O fato de a patente ser deferida não exclui o controle feito pelos órgãos sanitários dos governos. A patente pode ser concedida, mas o medicamento pode não ser comercializado, porque, em testes, se verificou um risco para a saúde. Do mesmo modo que um medicamento pode ser aprovado para comercialização e sobre ele pode não haver nenhum direito de propriedade intelectual. O que o reconhecimento dos direitos de patente pode fazer sobre um produto é fornecer ao titular um direito exclusivo sobre sua exploração. Caberia a este, então, produzir, colocar seu produto no comércio e fornecer licenças de uso, por exemplo.

No caso do desenvolvimento de uma tecnologia que implicasse em danos graves ao meio ambiente, em tese poderia haver a concessão da patente desde que a tecnologia fosse considerada nova, que acrescentasse algo relevante ao estado da técnica e fosse susceptível de aplicabilidade industrial. A concessão não impediria que os órgãos ambientais proibissem posteriormente sua utilização. Apesar dessa possibilidade, o ADPIC deixou os Estados-membros livres para inserirem esse requisito negativo em suas legislações.

2.5 O que a sociedade ganha com a exclusão da patente por prejuízo ambiental?

A função do sistema de patente é incentivar a inovação, contribuindo para a melhoria do bem-estar social. O custo para a sociedade com a concessão de direitos exclusivos por um período de 20 anos só poderia ser compensado caso o invento protegido aportasse benefícios para a comunidade e para o estado da técnica.

Ao se excluir uma patente em razão dos danos ambientais, incentiva-se o desenvolvimento de tecnologias que beneficiam a sociedade. O controle posterior por agências reguladoras não exclui a necessidade dos escritórios de patentes analisarem a pertinência ecológica do produto. Enquanto a função das agências é impedir que o dano material se concretize, o sistema de patentes deve preservar a formação de um ambiente inovador que promova, de fato, inventos benéficos para população. Não conceder a patente, nesse caso, significa desestimular os gastos no desenvolvimento de produtos muito poluidores, incentivando o uso desses recursos para o desenvolvimento de inventos “ambientalmente corretos”.

Trata-se de uma questão de coerência do sistema, em que os custos sociais são claros e por isso deve-se exigir que os benefícios também o sejam. O estímulo ao desenvolvimento de tecnologias limpas pode ser um dos benefícios que o sistema de patente pode dar à sociedade.

2.6 Entraves para a aplicação do 27.2

A aplicação da exceção do artigo 27.2 é condicionada à prova de que a exploração do invento implicará em sérios prejuízos ao meio ambiente, não cabendo, portanto, a aplicação do princípio da precaução de um possível risco. Além disso, deve-se demonstrar que o país não explora tecnologias que poluam naquelas mesmas condições. Do contrário, a medida poderia ser entendida como discriminatória ou como uma barreira injustificada. Ou seja, há a necessidade de se demonstrar que a exclusão da patente é parte da política ambiental do país que não admite o uso de tecnologias que poluam a partir de uma determinada quota, independente do setor tecnológico ou do bem a ser atingido.

O problema da exceção da patenteabilidade por prejuízo ambiental reside na quantidade de variantes para a sua aplicação. A primeira variante seria a análise de um quarto requisito na concessão da patente: o caráter poluidor. Para tanto, o Escritório de Patentes deveria dispor de um quadro de referência que indicasse os limites de poluição

permitidos e ainda seria obrigado a realizar testes para verificar os índices de poluição produzidos pela exploração do invento. Tal medida acarretaria a necessidade do depósito do invento, já que, em certos casos, os dados teóricos apresentados nos pedidos não seriam suficientes para a mensuração do caráter poluidor.

Isso demandaria uma verdadeira reforma no sistema de análise que hoje é empregado. Além disso, há ainda os altos custos dos testes a serem realizados que poderiam até mesmo impedir o depósito de patentes de inventos que não tivessem um grande mercado.

A função dos escritórios de patentes é a verificação dos requisitos da novidade, da atividade inventiva e da aplicabilidade industrial, não havendo na sua estrutura atual capacidade para a análise da nocividade dos produtos e processos, função esta desempenhada por outras agências do governo como a vigilância sanitária.

Para que a negação do pedido seja fundamentada por sérios prejuízos ao meio ambiente, seria necessário que à época já existissem estudos publicados comprovando os prejuízos em decorrência do uso de determinada tecnologia ou de substância por ela empregada. A análise também ficaria condicionada à apresentação de todos os dados sobre as conseqüências da exploração do invento, o que não é usual nos relatórios descritivos. Esse tipo de informação específica é destinada às agências de controle sanitário que são responsáveis por um exame minucioso antes da liberação do produto para consumo.

E, mesmo que houvesse estudos sobre os danos ambientais provocados pela invenção, existem diversos conceitos sem definição ou parâmetros de aplicação definidos pela OMC e seus Estados-Membros.

Podemos nos perguntar, por exemplo, qual é a definição de dano ao meio ambiente, ou como se pode demonstrar que a restrição do produto no mercado é essencial ou necessária para a proteção da saúde humana ou dos recursos naturais?²⁰

²⁰ A OMC não se preocupou em definir, para termos de utilização em seus acordos, o que seria um dano ambiental. Contudo, em algumas legislações, como na brasileira, podemos encontrar, mesmo que de forma genérica, enunciado na Lei 6.938/81, o conceito de dano ambiental como sendo “a lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação – alteração adversa ou in pejus – do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida”. Já o meio ambiente, segundo define a Lei 6.938 de 31.08.81, é “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Ainda, quais seriam os benefícios e prejuízos que devem ser levados em consideração na análise de custo/benefício dos danos ambientais? Qual é a medida de tempo máxima que podemos prever para o dano? Qual é o valor monetário de bens fora do comércio, como o meio ambiente? A quem cabem todas essas decisões?

Dessa forma, e por meio das diversas perguntas que ainda não têm resposta, fica a dúvida quanto às reais possibilidades de aplicação da exceção do 27.2 do ADPIC.

2.7 OEB

Como a redação do artigo 27.1 do ADPIC foi inspirado na Convenção europeia, a interpretação do seu conteúdo pela Câmara de recursos do OEB traz conceitos que, posteriormente, podem ser aventados numa discussão da OMC, mesmo que as decisões proferidas pelo OEB não vinculem uma decisão similar no âmbito da OMC.

No caso *Plant Genetic* (T 356/93), a Câmara de Recursos entendeu que a proteção do meio ambiente se inseria no conceito de ordem pública.

“It is generally accepted that the concept of ‘ordre public’ covers the protection of public security and the physical integrity of individuals as part of society. This concept encompasses also the protection of the environment. Accordingly, under Article 53(a) EPC, inventions the exploitation of which is likely to breach public peace or social order (for example, through acts of terrorism) or to seriously prejudice the environment are to be excluded from patentability as being contrary to ‘ordre public’”.

Nessa mesma decisão reconheceu-se que:

“Conformément à l'article 53²¹(a) CBE, les inventions dont la mise en oeuvre risque de nuire gravement à l'environnement doivent être exclues de la brevetabilité, car elles sont contraires à l'ordre public, (cf. point 5 des motifs). Cependant, toute décision à cet égard présuppose que la menace pesant sur l'environnement ait été suffisamment prouvée au moment où cette décision est prise par l'OEB (cf. point 18.5 des motifs) »

²¹ O artigo 53 a da Convenção de Patentes Europeia exclui a patenteabilidade das "inventions dont la publication ou la mise en oeuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs, la mise en oeuvre d'une invention ne pouvant être considérée comme telle du seul fait qu'elle est interdite, dans tous les Etats contractants ou dans l'un ou plusieurs d'entre eux, par une disposition légale ou réglementaire".

Conseqüentemente, não se pode negar uma patente sob o fundamento de um possível risco ao meio ambiente. O exemplo mais conhecido é o das tecnologias dos OGMs. Neste caso, a concessão da patente não poderia ser negada porque ainda não havia provas concretas sobre o seu caráter prejudicial.

A decisão do caso T 19/90 sobre a patente do rato de Harvard também suscitou a interpretação do artigo 53a da Convenção. O CBE estabeleceu um “sistema de pesos” para verificar se a patente deveria ou não ser concedida. Claramente ficava demonstrado que a invenção importava em sofrimento ao animal, contudo, a prova do risco ao meio ambiente não era tão evidente. O sofrimento do animal, no caso, estaria contraposto à possibilidade do uso da invenção para a cura do câncer. Diante disso, o CBE decidiu que era "nécessaire avant tout de peser soigneusement, d'une part, les graves réserves qu'appellent la souffrance endurée par les animaux et les risques éventuels pour l'environnement et, d'autre part, les avantages de l'invention, à savoir son utilité pour l'humanité". Apesar do sofrimento do animal e do dano ambiental, o CBE entendeu que as vantagens que a invenção aportaria para a saúde humana era razão suficiente para a não-aplicação da exceção do artigo 53b, decidindo pela concessão da patente.

Da análise das decisões proferidas pela OEB se extrai que a exclusão de patentes por dano ambiental exige provas concretas sobre os prejuízos já no momento da análise do pedido. Ainda, é essencial que os benefícios trazidos pela invenção não sejam considerados como superiores aos danos ambientais causados.

Conclusão

A função do direito de patentes é garantir a manutenção de um mercado inovador. Para tanto, a sociedade arca com o custo do deferimento dos direitos exclusivos para, depois, ser beneficiada por novos ciclos de inovação.

Existem, contudo, certos casos em que não são concedidos esses direitos de patentes por estarem as inovações em contrariedade com a ordem pública ou com a moralidade, como é o caso das tecnologias que implicam em graves danos ambientais.

No âmbito da OMC, os Estados-membros têm a faculdade de criar e implementar normas e políticas de proteção ao meio ambiente, conforme sua própria discricionariedade. Assim, como o sistema de patentes é um sistema nacional, os países podem não conceder uma patente com o fundamento de proteger seus habitantes contra

possíveis prejuízos aportados pela invenção. Essa possibilidade é garantida, expressamente, no ADPIC, em seu artigo 27.2.

Como ficou demonstrado neste artigo, a aplicação de restrições às regras gerais da OMC não é um processo fácil, ainda mais se essas considerarem a proteção de recursos naturais.

A falta de conceitos para a correta utilização do artigo 27.2, mesmo que dificulte sua aplicação, não diminui a sua importância. A crescente relevância do Direito Ambiental Internacional e o reconhecimento do direito ao meio ambiente como um direito fundamental da humanidade tem justificado restrições comerciais e a criação de políticas de alteração dos padrões de produção e consumo.

Por isso, nada impede que, em um futuro próximo, a adequação da invenção com os parâmetros de proteção ecológica deixe de ser uma exceção, para se transformar em um requisito negativo na análise dos pedidos de patente.