

Parecer do Comité Económico e Social sobre a «Proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à patenteabilidade dos inventos que implicam programas de computador»

(COM(2002) 92 final — 2002/0047 (COD))

(2003/C 61/25)

Em 4 de Março de 2002, em conformidade com o artigo 95.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, o Conselho decidiu consultar o Comité Económico e Social sobre a proposta supramencionada.

Incumbida da preparação dos correspondentes trabalhos, a Secção de Mercado Único, Produção e Consumo, emitiu parecer em 11 de Setembro de 2002 de 2002 (relator: D. Rétureau).

Em 19 de Setembro de 2002, na 393.^a reunião plenária, o Comité Económico e Social adoptou por 43 votos a favor, 18 votos contra e 9 abstenções o seguinte parecer.

1. Introdução sobre os regimes de propriedade intelectual

1.1. As patentes industriais criam um monopólio de exploração temporário da invenção, com certas condições, em benefício do requerente e dentro dos limites das suas reivindicações. As condições de patenteabilidade geralmente aceites na Europa são aplicáveis a um invento de natureza técnica, que não seja óbvio para uma «pessoa competente na tecnologia» e que por isso represente um «contributo novo para o progresso tecnológico». O invento também deve «ser susceptível de aplicação(ões) industrial(ais)». Pode tratar-se de um objecto técnico ou de um processo (de fabrico) ligados ao universo material, por oposição ao universo das teorias, das ideias, do imaterial.

1.2. A obtenção de uma patente implica a prova de um progresso em relação ao estado da técnica — os grandes institutos de patentes dispõem de bases de dados sobre as patentes atribuídas que devem incluir uma descrição e explicações que permitam a reprodução do invento protegido. Com efeito, um componente essencial do conceito de patente é o facto de o monopólio temporário concedido ao requerente (que vai contra as noções de livre concorrência e de mercado livre) ser compensado pela divulgação pública dos conhecimentos técnicos e dos novos saberes gerados pelo invento, o que contribui de forma directa para as transferências de tecnologias e para a difusão dos conhecimentos.

1.2.1. A qualidade de uma patente depende tanto da importância da inovação como da qualidade das competências e do conhecimento específico aplicados, antes de mais pelos inventores mas igualmente pelos peritos e conselheiros em matéria de patentes e pelos examinadores dos institutos de patentes (conhecimento profundo do estado da técnica, pesquisa de anterioridade através de bases de dados fiáveis e constantemente actualizadas). Em virtude de o direito substantivo se cingir ao território nacional, o depósito deve ser efectuado nos diversos países em que a protecção é requerida,

um processo moroso e custoso que foi simplificado apenas parcialmente pela Convenção de Munique sobre a Patente Europeia (CPE), de 1973, para os seus países membros na Europa, e, no plano internacional, pelo PCT («Patent Cooperation Treaty» — Tratado de Cooperação sobre Patentes), que permite estender a protecção aos países membros das convenções e tratados pertinentes da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). O IEP é competente para tratar os depósitos efectuados no âmbito do PCT.

1.2.2. O Comité aproveita esta oportunidade para salientar uma vez mais a importância decisiva de uma protecção eficaz da propriedade intelectual e industrial para estimular o investimento, a competitividade, a inovação e, logo, o crescimento das empresas e a criação de empregos qualificados na Comunidade. O Comité volta a solicitar ao Conselho que assegure que o custo do depósito e as taxas periódicas permaneçam moderados de modo a que a patente seja acessível nomeadamente às PME-PMI. Dado que esses custos aumentam em função do número de países em que o depósito deve ser efectuado e das traduções necessárias, importa introduzir uma patente comunitária realmente acessível.

1.3. Em geral, não são consideradas patenteáveis as criações intelectuais, as descobertas e teorias científicas fundamentais sobre as propriedades da matéria, as matemáticas (equações, algoritmos, teoria de conjuntos, o cálculo das probabilidades, o cálculo matricial, a lógica vaga, etc.) com aplicação directa em informática e no desenvolvimento de software. As teorias da relatividade ou da mecânica quântica, a descoberta da radioactividade ou da fissão nuclear, não são susceptíveis de protecção jurídica, uma vez que se tratam de princípios abstractos, de descobertas científicas fundamentais — embora a radioactividade e a fissão nuclear, por exemplo, possam servir de base teórica a aplicações industriais de valor económico e social considerável (energia, medicina).

1.4. Determinadas criações intelectuais, como as obras de autores literários, pintores, fotógrafos, artistas plásticos, cineastas, músicos, letristas, etc., que podem ser comercializadas sob diversas formas concretas (publicação em diversos tipos de suporte) ou apresentadas em público, são protegidas pelo regime de direitos de autor. Desde há perto de 30 anos, o software informático foi abrangido pelo regime de direitos de autor, no plano internacional (OMPI, depois OMC) e europeu (direitos nacionais ou exclusão da CPE), mas certos países (Estados Unidos, Japão, ...) modificaram a sua legislação sobre a matéria e aceitam desde recentemente a existência de patentes para o software e para métodos intelectuais. Nesses países, a «novidade» e a «utilidade» são consideradas critérios suficientes, o que faz com que muitas patentes sejam concedidas a «inventos» triviais que na Europa seriam abrangidos pelo modelo de utilidade (confirmação de compra através de clique do rato via Internet, mas também, e pelo IEP, uma patente relativa a um programa informático de escolha de músicas a difundir nos supermercados, ...).

1.5. À partida, o regime de direitos de autor tem um âmbito internacional mais directo, uma vez que não necessita de direitos de depósito nem implica taxas, embora o direito substantivo dependa sempre, tal como o direito das patentes, do direito nacional de cada país. Por isso, é reconhecido facilmente, por vezes apenas mediante a realização de um registo, como acontece em certos países (América Latina, ...), ou de uma primeira publicação, como é o caso noutros países («copyright» do direito anglo-saxónico, ...), ou ainda de todas as formas de prova de existência anterior da obra e de identidade do autor. Assim, os direitos de autor estão protegidos de forma praticamente gratuita e universal, em comparação com a patente — que geralmente é dispendiosa (50 000 a 150 000 EUR para uma patente europeia).

1.6. Porém, o papel cada vez mais importante da investigação de base e aplicada na indústria e a importância crescente do saber, do conhecimento e das componentes «imateriais» nas novas tecnologias (programas informáticos inclusos, componentes electrónicas programadas, máquinas «inteligentes» ou «virtuais», etc.) tornam hoje em dia menos nítida a fronteira entre os dois regimes jurídicos principais de propriedade intelectual, sem no entanto porem em causa os seus princípios essenciais. A patente deve continuar a ser aplicada, com algumas adaptações e uma maior flexibilidade em certos domínios, aos processos e inventos que produzam efeitos materiais, no mundo físico, mesmo se para tal devam incluir os programas necessários (sistema de travões ABS, máquinas com comandos digitais, instrumentos de orientação, etc.) activados por conjuntos de componentes electrónicos e por extensões de entrada e de saída (cuja montagem é semelhante à de um computador). Por sua vez, o direito de autor deveria continuar a ser aplicado às criações intelectuais e às publicações nos domínios da cultura, da literatura, da ciência ou dos programas de computador, mesmo nos casos em que os suportes materiais destas obras tenham sofrido grandes alterações em alguns domínios (suportes multimédia, redes elec-

trónicas, televisão), e sobretudo quando a sua cópia e certas utilizações ilegais se tornaram relativamente fáceis. Ainda que a sua aplicação afecte os métodos e os meios de protecção dos direitos, cuja eficácia tem de resto aumentado nos últimos anos, o regime jurídico da propriedade intelectual, posto que necessite de algumas adaptações, continua a revelar-se adequado no geral.

1.6.1. Não obstante, importa definir melhor as adaptações mais adequadas aos regimes de protecção clássicos ou definir formas de protecção específicos que garantam da melhor maneira os direitos de propriedade intelectual relacionados com as novas tecnologias ou com a sociedade da informação e da comunicação, sem impedirem a difusão dos conhecimentos e das tecnologias. A reflexão orientou-se, consoante o caso, quer para regimes específicos (topografias de semicondutores, variedades vegetais) quer para a reforma mais ou menos profunda dos regimes jurídicos tradicionais para os tornar mais flexíveis e melhor adaptados à natureza das tecnologias e aos interesses gerais da sociedade (por exemplo, imposição de «licenças nacionais» ou de licenças obrigatórias baratas no domínio das patentes sobre os medicamentos para favorecer o combate às epidemias, limitação do campo de aplicação da protecção nas biotecnologias, etc.). O objectivo é encontrar — problema jurídico e ético de resto clássico — o equilíbrio entre o exercício de um direito legítimo (direito de propriedade intelectual, reconhecido como um direito do ser humano) e os direitos e interesses legítimos de outros indivíduos e da sociedade, no interesse de todos.

1.7. Um direito comunitário ainda embrionário relativo à propriedade intelectual e industrial (directivas relativas a software, biotecnologias, esquemas de circuitos electrónicos, marca comunitária, delimitações geográficas e denominações de origem, ...) está já em desenvolvimento. No entanto, há a lastimar a inexistência de uma patente comunitária, cuja criação falhou no início dos anos 70, que levou ao preenchimento desta lacuna jurídica através de um meio mais rígido, que é a intergovernabilidade: a Convenção sobre a Patente Europeia (CPE), assinada em Munique em 1973, e a criação do Instituto Europeu de Patentes (IEP). A patente comunitária tem ainda visto o seu aparecimento atrasado a nível do Conselho por graves dificuldades políticas e jurídicas, nomeadamente por motivos linguísticos (pretextos) e devido a objecções à criação de uma jurisdição europeia especializada⁽¹⁾ — dificuldades que o Comité deseja ver ultrapassadas no Conselho.

1.8. Com o desenvolvimento das NTIC, nomeadamente da rede universal aberta e interoperacional que constitui a Internet, da criação permanente de software específico para o funcionamento dos diferentes equipamentos que compõem essa rede, que é tanto um espaço de liberdade e de comunicação como o suporte de uma economia de rede, e da criação de aplicações para a comunicação, o comércio, a circulação de capitais, a educação ou a administração, seria conveniente colocar algumas questões quanto à adequação do sistema de

⁽¹⁾ Parecer CES 282/98, JO C 129 de 27.4.1998.

patentes a essas novas tecnologias. Ao passo que o sistema de direitos de autor foi atribuído aos programas informáticos (compiladores, linguagens, sistemas operativos e aplicações), a Internet não está patenteada: as suas instâncias reguladoras criam normas e preservam o carácter universal e interoperável da rede mundial, o que constitui, sem dúvida, um elemento essencial do desenvolvimento das novas tecnologias da sociedade do conhecimento, bem como do crescimento de numerosos sectores industriais e dos serviços.

1.9. Mas a universalidade, a interoperabilidade e o baixo custo de acesso à Internet, essenciais tanto para a democracia como para a economia, são, por vezes, ameaçadas pela concessão de patentes que afectam as normas da Internet e os programas indispensáveis ao seu funcionamento, que devem permanecer quanto possível abertos e impreterivelmente gratuitos. Esta é uma questão fundamental e a Europa deveria desempenhar um papel mais activo na preservação como bem público inalienável de um instrumento com valor universal, tanto para as empresas, as universidades e os centros de investigação — que têm um papel essencial no seu desenvolvimento e na inovação ao nível do software —, como para as administrações públicas e os particulares.

1.10. O software é essencial para o desenvolvimento dessas tecnologias de rede e para o aperfeiçoamento de diferentes ferramentas informáticas e automatismos usados na indústria, bem como para um número crescente de serviços ou de objectos tecnológicos inovadores com intervenção directa na vida quotidiana, na cultura e nas relações sociais.

2. A proposta da Comissão

2.1. A Directiva solicita aos Estados-Membros que introduzam no seu direito interno, através da lei ou da jurisprudência, «a patenteabilidade dos inventos que implicam programas de computador» (art. 1.º, Âmbito de aplicação), logo, que constrem os institutos de patentes de todos os países membros a conceder patentes para esses inventos, tal como acontece com o IEP apesar da exclusão prevista na CPE, a fim de «unificar» a jurisprudência dos tribunais nacionais.

2.2. As definições incluídas no artigo 2.º indicam aquilo que o projecto de Directiva entende por esses inventos e pelas suas características.

2.3. O desempenho desse tipo de invento implica o uso de um computador ou de uma rede informática ou de outro aparelho programável (2.a.).

2.4. A definição de «contributo técnico» apresentada — um contributo para «o progresso tecnológico» num «domínio técnico» (artigo 2.b.) que não seja óbvio para um especialista — é clássica mas esse contributo técnico «à primeira vista» inovador é «realizado, no todo ou em parte, através de um ou mais programas de computador».

2.5. Sabe-se que um programa é uma sequência de instruções cuja finalidade consiste no tratamento de dados digitais ou analógicos, logo, o contributo técnico é inseparável, e essencialmente, ou mesmo totalmente, dependente da execução de um ou de vários tipos de software sobre um sistema electrónico programável ou um aparelho similar.

2.6. Mas todos «os inventos que implicam programas de computador» são «considerados como pertencendo a um domínio da tecnologia» (artigo 3.º). Assim, o software ou os tipos de software, (o invento pode depender inteiramente de software, ou seja, consistir realmente num software e no método ou no resultado do tratamento de dados, e eventualmente incluir bases de dados), são integrados de imediato num domínio da tecnologia — sendo assim considerados como cumprindo *de facto* certas condições fundamentais de patenteabilidade (invento de carácter técnico, contributo para o progresso tecnológico).

2.6.1. O artigo 4.º (Condições de patenteabilidade) exige para a concessão de uma patente, para além dos elementos definidos anteriormente, a condição suplementar clássica segundo a qual o invento deve ser «susceptível de aplicação industrial».

2.7. O artigo 5.º (Forma das reivindicações) solicita que o invento seja reivindicado como «produto», isto é, como computador ou rede informática programados ou como «processo» realizado através da execução do software.

2.8. Mas o artigo 6.º mantém as condições de aplicação da protecção de software através do regime de direitos de autor na Europa, contidas na Directiva 91/250/CEE, e que permitem o reverse engineering, a descompilação visando a interoperabilidade ou uma cópia pessoal de segurança do software. Também são mantidas as disposições relativas a topografias de semicondutores e a marcas comerciais.

3. Observações na generalidade

3.1. A Directiva permite patentear um computador ou uma rede programados, ou um «processo» realizado através da execução do software. Todo o tipo de inovação obtida dessa forma é desde logo considerada como «pertencendo a um domínio da tecnologia», mesmo se o resultado é inteiramente obtido através do funcionamento do software. Parece estar aberta a porta para o aparecimento da patente de software, uma vez que nenhum material electrónico programável funciona sem software e que a distinção entre o software «em si»

e o software com efeitos técnicos, fruto da casuística jurídica, é indefinível na prática: todo o software se destina a um computador ou a componentes electrónicas, quer como sistema quer como aplicação. Esta extensão do campo de aplicação da patenteabilidade poderia mais tarde ser alargada indefinidamente ao software e aos métodos intelectuais à medida que for evoluindo a jurisprudência das câmaras técnicas do IEP, de modo a ignorar a exclusão prevista no artigo 52.º da CPE.

3.1.1. Embora o campo de aplicação da proposta de Directiva da Comissão não diga respeito por agora senão aos inventos que implicam programas de computador, aos quais se juntam os critérios cumulativos clássicos que delimitam o domínio de aplicação da patenteabilidade (o que não satisfará os apoiantes da abolição pura e simples de todos os limites ao campo de aplicação do direito das patentes), a proposta não deixa de constituir na realidade uma aceitação e uma justificação *a posteriori* da jurisprudência do IEP. Mesmo que represente à primeira vista uma posição menos extrema do que a abolição total do n.º 2 do artigo 52.º da CPE, desejada pela direcção do IEP e por certos membros do Conselho, a proposta de Directiva constitui ainda assim uma porta aberta à futura patenteabilidade da totalidade do domínio do software, designadamente por aceitar que o «efeito técnico» pode consistir na simples existência do software em qualquer computador.

3.1.2. A etapa do depósito de patente nos «business methods» já está de resto prevista pela direcção do IEP no modelo de interpretação interna aplicável ao software (o anexo 6 do regulamento interno destinado aos examinadores e intitulado «business methods» não deixa lugar para dúvidas a este respeito). Por analogia poderiam mais tarde ser progressivamente incluídos no campo da patenteabilidade outros domínios excluídos, como os métodos pedagógicos, os quais podem também ser aplicados, como os «business methods», através de programas informáticos e da utilização das redes electrónicas, como a Internet).

3.2. Existe um número crescente de aparelhos que contêm componentes electrónicos e programas informáticos: câmaras e câmaras de vídeo digitais, aviões e satélites, automóveis, instrumentos de análise no meio industrial, sistemas automáticos de vigilância e de alarme, robôs industriais, máquinas-ferramentas programáveis, etc. A lista completa seria muito longa e está em constante crescimento. Seria pois essencial reconhecer que um «efeito técnico» não pode resumir-se a uma criação ou a um efeito de natureza material, a uma intervenção no domínio da física.

3.3. O facto de todos os inventos que implicam programas de computador (de forma total ou parcial) serem *ipso facto* considerados pela proposta de Directiva como fazendo parte de um domínio técnico acarreta o risco de equiparar todo o software utilizado a inventos técnicos relacionados com o

domínio da patente. Isso poderia implicar interferências graves na fronteira entre os regimes jurídicos aplicáveis ao software, conforme seja considerado «enquanto tal» ou considerado como «implicando total ou parcialmente um invento técnico».

3.4. Esta interferência é agravada pelo artigo 6.º, que parece manter o regime jurídico dos direitos de autor para os programas que accionam os inventos com um «efeito técnico» novo, integrando-os no regime do direito de patentes. Mas as disposições que permitem a descompilação, o desenvolvimento de aplicações interoperacionais e a cópia para uso pessoal, previstas na Directiva «software» e de maneira mais geral pelo regime jurídico do direito de autor, constituiriam contrafacções ou cópias ilegais, sob o regime de patentes.

3.5. É possível questionar-se sobre a finalidade real de uma Directiva como esta, em particular no que toca à exposição dos motivos, que se inicia com considerações relativas à necessidade de proteger a indústria do software contra a pirataria, e evoca quase exclusivamente, nos documentos anexos à directiva, o sector do software e a «indústria do software», cujo peso na proposta parece de resto excessivo, embora inteiramente indiscutível, se o campo de aplicação fosse efectivamente tão limitado como sustenta a Comissão.

3.6. O software é o resultado de processos modulares, muitas vezes envolvendo a reutilização de partes completas de código, e ao mesmo tempo incrementais, a partir de funcionalidades existentes. Por outro lado, a interoperabilidade exige que exista um nível suficiente de compatibilidade ascendente para que os computadores e os componentes anteriores, bem como as aplicações anteriores, não tenham de ser substituídos em cada nova versão do sistema operativo ou dos processadores.

3.7. A complexidade actual do software é a consequência natural de um processo de acumulação e de alargamento dos conhecimentos — processo comum às actividades intelectuais e científicas — que se apoiam sobre os saberes acumulados anteriormente (ou sobre a sua crítica). O conhecimento científico e técnico incorporado nos objectos técnicos não é da mesma natureza que as componentes materiais: o conhecimento pode ser partilhado, difundido sem perder o seu valor. No que toca ao software, os processos cooperativos de criação a nível universitário ou em laboratórios públicos, por exemplo, contribuem para a difusão do saber indispensável à sociedade do conhecimento. O regime de patentes poderia constituir um entrave a essa cooperação, assim como à livre difusão de software gratuito ou aberto.

3.8. Porém, tendo em conta a natureza do software, assim como a ausência de exame aprofundado e do depósito do código-fonte nos países que aceitam a patente de software, ficaria aberta a possibilidade na Europa, como é já o caso em vários países, de processos judiciais hostis de contrafacção — difícil de confirmar se o código não tiver sido divulgado e, mesmo tendo sido, com blocos importante do código a serem necessariamente os mesmos (instruções correntes de gestão de

dados nos programas, algoritmos de ordenação, de compressão de imagem ou de texto, formatos de ficheiros, etc.). O risco de uma multiplicação dos procedimentos judiciais exigindo especialidades técnicas e jurídicas dispendiosas e morosas, como se verifica nos Estados Unidos, não beneficiaria as PME-PMI. Estas arriscar-se-iam a desaparecer, mesmo que ganhassem um processo aberto por uma empresa concorrente que disporia da base financeira necessária. Poderiam igualmente ser absorvidas ou obrigadas a conceder licenças cruzadas, partilhando a inovação com uma empresa dominante, sem que esta tivesse de aprovar o investimento inicial na investigação. Este processo favorece as concentrações e as práticas anti-concurrenciais.

3.9. Aliás, a Comissão não apresenta qualquer explicação sobre a forma como a patente ofereceria uma protecção mais eficaz do que o regime de direitos de autor contra a cópia de software proprietário. Nenhuma análise económica efectiva demonstra o efeito positivo para as PME-PMI atribuído às patentes relativamente aos «inventos que implicam programas de computador». Os pareceres provenientes do sector de software livre/de fonte aberta, muitos dos quais favoráveis a um regime específico, foram postos de parte sob o pretexto de que apenas o modelo proprietário seria gerador de riqueza e de emprego, muito embora o desenvolvimento económico do sector tenha decorrido, até à data, ao abrigo do regime do direito de autor e esse regime não tenha entravado os investimentos. Assim, para as questões essenciais, foi mantido o parecer de uma dezena de grandes empresas de software essencialmente não europeias e favorável às patentes. O parecer contrário de outras empresas importantes foi ignorado, assim como várias propostas a favor de um regime específico ou de um modelo de utilidade adaptado.

3.10. A noção de rede também não é definida com rigor no projecto, o que quer dizer que se poderia tratar da Internet — uma patente relativa a um invento que implica o uso da Internet, um espaço público, e que por isso não pode consistir exclusivamente num tipo de software, torna-se possível no quadro do projecto de directiva. A liberdade da Internet, sustentáculo essencial da sociedade da comunicação, da informação e do saber, está em jogo.

3.11. Assim, a proposta da Comissão vem intervir num debate e num mercado em que as escolhas dos consumidores e o debate democrático ainda estão em aberto. As patentes levarão o processo no sentido do reforço das posições monopolistas constituiriam uma ameaça à existência do modelo livre/de fonte aberta e às formas comunitárias e desinteressadas de desenvolvimento, que oferecem inovações e uma alternativa competitiva que prestam serviços valiosos à sociedade e à economia.

3.12. Nesta altura, será conveniente alargar as patentes, instrumentos da era industrial, a criações intelectuais, imateriais, como o software e o resultado da sua execução por computador? A resposta é perfeitamente explícita e parcial na apresentação da proposta de Directiva e na respectiva ficha de avaliação de impacto. O campo de visão estreito adoptado, baseado unicamente no regime jurídico das patentes sem ter suficientemente em consideração factores económicos ou o impacto na investigação ou nas empresas europeias, logo, sem visão de conjunto, não faz jus à importância dos interesses da sociedade, do desenvolvimento e mesmo da democracia (administração electrónica, educação, informação dos cidadãos) que estão em jogo a longo prazo.

3.13. Fazer crer que o período de três anos após o qual seria realizada uma avaliação não constituiria mais do que uma espécie de experiência reversível, quando na verdade entretanto teriam sido adquiridos direitos, não é plausível e em todo o caso criaria insegurança e possivelmente mesmo um caos jurídico. Na realidade, seria iniciado um processo irreversível, com consequências essencialmente desconhecidas para as nossas economias e para as nossas sociedades, mas que apresenta certas tendências que anunciam alguns dos seus traços característicos: entraves à inovação e à interoperabilidade, risco de segmentação da Internet e de aumento do custo de acesso, pressões para utilizar a opção de software de fonte aberta para os consumidores e o seu modelo de rentabilidade para os criadores e para os prestadores de serviços através da Internet e de serviços de redes, bem como de aplicações adaptadas que usam esse tipo de software.

3.14. O Comité considera que, na ausência de estudos económicos e de impacto independentes, sérios e aprofundados, em particular sobre as PME-PMI, o emprego e o impacto social a longo prazo, seria arriscado legislar de forma precipitada para alargar o âmbito de aplicação do regime de patentes a um número indefinido de programas informáticos considerados produtores de «efeito técnico» e que seria mais vantajoso harmonizar o direito e, por consequência, a jurisprudência dos países membros confirmando, como é já o caso, na maior parte dos países aderentes, a possibilidade de patentear inventos técnicos que incluem um código específico indispensável ao seu funcionamento (mas não aqueles que consistam única ou principalmente de software, ou utilizem quase exclusivamente software standard).

3.15. Na sua forma actual, a proposta comporta claramente um risco de subversão do regime jurídico para o software e para outras criações intelectuais, que iria contra as convenções internacionais administradas pela OMPI e os acordos da OMC sobre os direitos de propriedade intelectual ligados ao comércio. A aplicação generalizada, em certos países, do regime de patentes às novas tecnologias levou à eliminação, ou à marginalização em «nichos», de inúmeros intervenientes

criativos, em particular PME, em mercados essenciais para o crescimento e para a realização da sociedade de informação e do conhecimento, tendo levado à integração no regime de patentes de outras formas de criação intelectual, como os «business methods», os métodos de ensino, ou de algoritmos (codificação, compressão).

3.16. O Comité Económico e Social entende que a proposta comporta igualmente sérios riscos de acentuação das divergências entre as práticas dos institutos nacionais e as jurisprudências, caso a legislação comum se tornasse mais ambígua, no mercado interno. Parece que actualmente as jurisprudências nacionais evoluem no sentido de uma maior homogeneidade. Seria necessário, no futuro, e sobretudo porque será então possível estabelecer um quadro comunitário claro da propriedade intelectual, estudar e favorecer esta harmonização de forma adequada, por exemplo através de um método aberto de coordenação.

3.17. O próprio mercado constitui uma forma importante de protecção das inovações ao nível de software e que não é referida. Uma criação inovadora pode conquistar um mercado e manter a sua posição durante o tempo necessário para compensar as suas despesas de pesquisa e de difusão antes de outros concorrentes proporem soluções competitivas. Devido à própria natureza do mercado de software, esta situação é bastante frequente. No entanto, se a concorrência for mais inovadora, ou apresentar uma melhor relação qualidade/preço, poderá ocupar parcelas do mercado ao fim de algum tempo, alargando a escolha dos consumidores e diminuindo o preço das licenças graças à concorrência.

4. Observações na especialidade

4.1. Um conjunto de dificuldades ou de especificidades inerentes à natureza do software constituem um obstáculo a uma patenteabilidade idêntica ao modelo dos inventos tecnológicos:

4.1.1. dificuldades inerentes ao conhecimento da situação em termos de «progresso tecnológico» — ao contrário do que acontece com as bases de dados existentes para os inventos tecnológicos, como a do IEP ou a do USPO («United States Patent Office»), acessíveis através da Internet ou em CD-ROM, não existem bases de dados relativas ao sector do software. Uma noção como a da situação em termos de «progresso tecnológico» é praticamente indefinível para esse sector.

4.1.2. as PME-PMI geralmente não dispõem dos recursos técnicos, jurídicos e financeiros necessários não só para requerer patentes, mas também e sobretudo para enfrentar as acções judiciais hostis por contrafacção, particularmente fáceis de mover em matéria de software. Para esse efeito, deveriam ser constituídos um fundo europeu, ou fundos nacionais, mas, na sua ausência, a instauração de uma patenteabilidade para o software deixaria essas empresas numa situação de grande exposição, e até mesmo vulnerabilidade, em relação a essas acções hostis.

4.1.3. um software consiste em conjuntos de instruções (código-fonte), cada vez mais independentes da plataforma técnica ou sistema («cross compatibility»), com objectivos de portabilidade e de interoperabilidade, nomeadamente na Internet. Existem muitas semelhanças entre programas elaborados de forma independente numa mesma linguagem de programação, devido às restrições inerentes a cada linguagem de programação, à sua natureza algorítmica (muitas das linguagens derivam de linguagens anteriores ou de combinações de linguagens), aos programas obtidos com a ajuda de kits de desenvolvimento, que, nalguns casos, não exigem praticamente nenhuma escrita codificada (como, por exemplo, na criação de sistemas de gestão de bases de dados ou de sites na Internet).

4.1.4. assim, a noção de «inovação» não é fácil de definir; muitas vezes resume-se ao maior ou menor número de funcionalidades incluídas em programas diferentes relativos a objectivos semelhantes, ou à forma como são «designados»; mas as interfaces dos utilizadores muitas vezes são semelhantes, quer devido à utilização dos mesmos programas de desenvolvimento de software por uma ou várias plataformas, quer com um objectivo de interoperabilidade — caso contrário, os utilizadores teriam de aprender a lidar com uma interface nova para cada aplicação.

4.1.5. um código deve ser objecto de uma manutenção constante — para corrigir os erros de programação e as falhas de segurança, ou para ser melhorado em função das necessidades dos utilizadores. A manutenção tornou-se uma responsabilidade essencial do editor ou das empresas de prestação de serviços informáticos, no contexto igualmente estratégico da segurança das redes. Ao nível da defesa e da produção militar, bem como cada vez mais para desenvolver a gestão electrónica e garantir a segurança e a perenidade do software, a confidencialidade das informações ou dos pagamentos, as autoridades públicas exigem software de fonte aberta, para conhecer o código-fonte, a fim de garantir a manutenção do código, a sua estabilidade e a sua segurança, mesmo em caso de desaparecimento do editor. O regime jurídico da patente para o software seria inadequado a estas prioridades legítimas — salvo se estivessem previstas inúmeras derrogações — ao contrário do regime de direitos de autor, que parece ser mais flexível e adaptável (directiva relativa ao software);

4.1.6. o código não é um «objecto técnico», no sentido clássico da palavra, que possa ser sujeito a um regime jurídico standard existente para as tecnologias materiais. Nos países que reconhecem a patente de software, não existem conceitos claros de «efeito técnico», de «actividade inventiva» ou de «progresso tecnológico» (na realidade impossível de definir: o projecto de criação de uma base de dados sobre o software foi abandonado nos Estados Unidos); a situação em termos de progresso tecnológico é difícil de definir, pelo que é necessário tirar as ilações pertinentes em relação às condições de patenteabilidade na Europa.

4.1.7. cumpre igualmente reconhecer que as condições actuais de concessão de patente a inventos que implicam programas de computador, sobretudo se os mesmos consistem exclusivamente em software, não correspondem aos requisitos habituais de um exame e de um depósito realmente compatíveis com as exigências europeias em matéria de patenteabilidade caso não seja publicado o código-fonte do software, ou pelo menos do seu interface utilizador ou dos formatos dos ficheiros, no interesse da interoperabilidade. Além disso, não é debatida a questão do carácter gratuito das licenças para os inventos relacionados com o funcionamento da Internet.

4.2. O software sofre, tal como acontece com os «produtos» multimédia, de cópias ilegais, relativamente fáceis de realizar, apesar das diversas protecções técnicas ou informáticas por vezes usadas. Os problemas de protecção dos direitos de autor em relação à cópia e à difusão de cópias, nos planos técnico e jurídico, aproximam-nos muito, ao nível das soluções a aplicar, das outras produções intelectuais e artísticas «multimédia», bem como ao nível das técnicas de cópia e de difusão ilegais que sofreram um grande avanço, nomeadamente através da Internet. Em contrapartida, existem diferenças muito mais significativas em relação aos métodos a utilizar ao nível da luta contra a contrafacção de objectos técnicos ou de produtos concretos ⁽¹⁾.

4.3. É perfeitamente admissível que um objecto técnico complexo — no qual um software incluso não standard assume um papel essencial em tempo real (sistema de travões ABS, robótica), sendo mesmo indissociável do objecto — possa justificar um depósito de patente para a totalidade do invento. Mas nada impede igualmente a separação desses componentes do ponto de vista jurídico, com cada um a ser sujeito a um regime jurídico distinto. Trata-se, aliás, do caso mais frequente na prática. Um invento técnico como uma agenda-computador de bolso electrónica («Personal Digital Assistant», PDA) pode estar abrangido por vários tipos de direito de propriedade intelectual: nome e marca comercial, concepção (design), direitos de autor sobre o sistema informático incluso, o software de reconhecimento de escrita e as outras aplicações, patentes distintas para diversos componentes como o ecrã sensível ao toque, o tipo de bateria, os componentes electrónicos (nalguns casos pré-programados, logo programáveis). Há sistemas informáticos inclusos standard que podem ser aplicados em diversos domínios, desde o computador portátil ao vaivém espacial passando pela orientação de veículos — como o QNX, que é um elemento standard da indústria, um software de fonte aberta, assente no «Eclipse», um «motor» informático criado e lançado em «Open Source» pela IBM (também existem um «embedded Windows XP», um «Windows-CE», um «embedded BSD», um «embedded Linux», nalguns casos proprietários, noutros de fonte aberta).

4.4. Por outro lado, certos automatismos e programas vocacionados para as indústrias pesadas muitas vezes nem sequer são patenteados, sendo usados apenas no interior da empresa como segredos de fabrico (aliás protegidos em determinados países, e que também podem ser protegidos na Europa).

4.5. Nenhum estudo comparativo e nenhum tipo de argumento demonstram que a patente seria uma protecção mais eficaz do que o regime de direitos de autor para o software incluso ou não-incluso. A BSA calcula que em todo o mundo mais de 40 % do software profissional usado em empresas seja constituído por cópias ilegais. Nalguns países esse número pode ascender a 90 %, sem referir as cópias de uso pessoal feitas pelo pessoal das empresas. Os conteúdos multimédia, a música, o cinema e os jogos de computador, que são abrangidos pela protecção dos direitos de autor, debatem-se com problemas semelhantes de reprodução ilegal. Também não está confirmado nem demonstrado que o regime de direitos de autor, que permite a obtenção de lucros consideráveis no cinema e na música, não possa fazer o mesmo pelo sector do software, e que para que isso aconteça seja necessário mudar o regime jurídico deste sector.

4.6. Se as PME-PMI europeias não recorrem com mais frequência ao depósito de patentes, as respectivas razões são conhecidas e não serão de forma alguma eliminadas, mesmo que parcialmente, pelo projecto de Directiva sobre os «inventos que implicam programas de computador». Trata-se acima de tudo, como sublinhou o Comité em pareceres anteriores ⁽²⁾, da ausência de uma verdadeira patente comunitária, acessível do ponto de vista técnico e financeiro.

4.7. O Comité exorta o Conselho a tomar uma decisão rapidamente, mas também seria necessário rever ou completar alguns dos textos existentes, respeitando as normas internacionais em vigor, que não impedem a existência de regimes específicos, por exemplo, mais protectores.

4.8. Por fim, tratando-se de inovação, o Comité já sublinhou frequentemente que os esforços de financiamento de pesquisa fundamental e de I & D eram claramente insuficientes.

4.9. Para o Comité, estas são as verdadeiras prioridades. O Comité entende, por isso, que devem ser re-analisados de forma realmente objectiva, sem preconceitos, estudos económicos e jurídicos mais motivados e independentes, bem como a perspectiva de todos os sectores e intervenientes envolvidos antes de se alterar irreversivelmente o direito da propriedade intelectual, mesmo que essa alteração se limite a uma parte do sector do software, devido às repercussões profundas que a iniciativa teria sobre o campo de aplicação da patenteabilidade.

⁽¹⁾ Parecer CES 701/2001, JO C 221 de 7.8.2001.

⁽²⁾ CES 411/2001, JO C 155 de 29.5.2001, e CES 921/2001, JO C 260 de 17.9.2001.

5. Conclusões

5.1. A questão do regime jurídico da protecção do software de qualquer tipo contra a apropriação ilícita, a cópia ilegal ou a contrafacção é incontornável, mas será que é necessário alterar irreversivelmente o regime jurídico aplicável (como fora igualmente planeado através do fim da exclusão do software no artigo 52.º da CPE) sem uma reflexão prévia aprofundada entre todas as partes interessadas e do ponto de vista do interesse geral? O Comité entende que a reflexão global sobre a abordagem europeia e os princípios de harmonização em matéria de propriedade intelectual deve preceder qualquer alteração de base com vista a estabelecer um quadro coerente de normas em todo o mercado interno.

5.2. O Comité considera que a Comissão, o Conselho e o Parlamento Europeu devem ter em conta as questões da propriedade intelectual numa visão de conjunto coerente e harmoniosa da propriedade industrial e intelectual nos seus diversos domínios à luz dos objectivos políticos e económicos da União, e em particular os definidos em Lisboa. O Conselho do Mercado Interno de Maio de 2002 tornou a chamar a atenção para o carácter prioridade da patente comunitária.

5.3. Não é demonstrado nos documentos de apresentação e de avaliação de impacto da Comissão, nem no único estudo encomendado a um instituto nacional de patentes, que a protecção jurídica conferida pelo direito de autor seria menos eficaz em relação ao software do que a patente industrial. O impacto sobre os utilizadores (consumidores) também não foi sujeito a uma avaliação — de que forma poderiam beneficiar de uma mudança de regime jurídico, que seria muito dispendiosa para as empresas? O impacto sobre o emprego também não é definido. A protecção dos inventores assalariados ou que trabalham em regime de subcontratação tampouco é referida, apesar de esses inventores desempenharem um papel crucial para as produções imateriais.

5.4. O Comité preferiria que este projecto de directiva, no seu estado actual, fosse posto de lado ou cuidadosamente revisto, e considera que a Comissão deveria antes passar a uma verdadeira etapa política e jurídica de harmonização das questões de propriedade intelectual e industrial no plano comunitário, em articulação com a investigação e a inovação e o respectivo financiamento. Deveria também dar prioridade à concretização adequada do projecto de patente comunitária, respeitando integralmente os compromissos internacionais da Comunidade Europeia em relação à OMC e dos Países-Membros em relação à OMPI, bem como a CPE na sua forma actual. Mas não seria mais conveniente tornar comum a CPE e o IEP? De outro modo, as tentativas de harmonização

comunitárias continuarão adiadas e dependentes de uma organização não comunitária, competente num único domínio da propriedade intelectual e que tenderá naturalmente a alargar o seu próprio campo de competências e as suas receitas mas não poderá compreender, do seu ponto de vista limitado, o carácter global e complexo das questões da propriedade intelectual nem a necessidade de uma maior flexibilidade e de uma maior variedade dos regimes jurídicos no que toca às novas tecnologias.

5.5. Certamente, existem soluções jurídicas novas e adaptadas à realidade da elevação contínua do contributo científico-intelectual, logo da componente dita «imaterial» nas inovações tecnológicas, que exigem uma análise profunda e consultas de todas as partes e interesses implicados, incluindo os utilizadores finais, tendo presentes os acordos internacionais no âmbito da OMPI e da OMC e visando proteger a inovação e ao mesmo tempo assegurar as transferências de tecnologias e a difusão dos conhecimentos, que constituem bases essenciais da protecção jurídica da inovação tecnológica e a sua única justificação como excepção à legislação em matéria de concorrência. Estes objectivos não deveriam ser esquecidos em proveito da constituição de situações de monopólio ou de dispositivos de controlo tecnológico excessivamente longos sobre os PVD ou os NPI.

5.6. Para o Comité, a qualidade dos instrumentos jurídicos — sistema de patentes, ou regime de direitos de autor —, a eficácia da sua protecção e, sobretudo, a própria qualidade das inovações, são os únicos factores capazes de atrair os capitais realmente interessados no seu desenvolvimento. Por isso é importante que o legislador europeu estabeleça regras uniformes para a patenteabilidade dos inventos que implicam programas de computador, regras essas que permitam manter o elevado nível dos direitos de propriedade europeus.

5.7. Em relação ao relatório da Comissão o Comité considera que haveria vantagem em harmonizar o direito e, em consequência, a jurisprudência dos tribunais dos Estados-Membros, a fim de — como já acontece na maior parte dos Estados-Membros — poder patentear inventos técnicos que dispõem de um código específico indispensável ao seu funcionamento, desde que sejam observadas as exigências de patenteabilidade de um invento. Tratando-se de inventos técnicos cuja inovação reside principalmente, ou inteiramente, no suporte lógico, ou que pelo contrário inovam no plano técnico mas utilizam exclusiva ou principalmente suportes lógicos padrão, considera o Comité ser imperativo efectuar estudos jurídicos aprofundados, nomeadamente sobre questões de definição e de delimitação, com vista a harmonizar a aplicação dos respectivos regimes jurídicos de protecção da inovação na Europa. Conviria, também, elaborar estudos económicos como análises custo-benefício, de impacto financeiro e de eficácia da protecção, em particular quanto à PME-PMI, bem como

análises dos custos dos direitos e das garantias para os consumidores.

5.8. O Comité partilha inteiramente o ponto de vista das empresas industriais e de serviços sediadas na Europa, bem como o dos autores e dos utilizadores, que esperam uma política económica e de investigação realmente coerente, com a legislação necessária a uma protecção eficaz e harmonizada das diferentes formas de propriedade intelectual.

5.9. As medidas políticas e orçamentais e os instrumentos jurídicos devem garantir o máximo incentivo à inovação científica e à inovação tecnológica (actualmente indissociáveis), estimulando desse modo um crescimento e uma competitividade sustentáveis, capazes de gerar empregos qualificados graças à inovação, a fim de promover a economia do saber e do conhecimento que a Europa pretende concretizar, com o apoio total do Comité, e que deveria partilhar melhor com os países em desenvolvimento.

Bruxelas, 19 de Setembro de 2002.

O Presidente
do Comité Económico e Social
Göke FRERICHS

ANEXO

ao parecer do Comité Económico e Social

As propostas de alteração seguintes foram rejeitadas, embora hajam recolhido pelo menos um quarto dos votos expressos:

Ponto 3.12

Suprimir.

Justificação

O âmbito das patentes não é alargado pela proposta de directiva. O IEP já concedeu milhares de patentes a inventos para computador. A Directiva propõe uniformizar as interpretações dado que em alguns países, como o Reino Unido e a Alemanha, foram já tomadas posições divergentes.

Ponto 3.13

Suprimir.

Justificação

O texto pode induzir em erro. Conforme anteriormente referido, o IEP concedeu já milhares de patentes a inventos para computador (de acordo com o representante da Comissão na reunião da Secção TEN, cerca de 25 000). Os direitos já existem na Europa desde que o IEP começou a conceder essas patentes nos termos da Decisão Sohei publicada em T 769/92 (Sohei). O «caos jurídico» que a proposta alegadamente criará deveria, pois, existir já, mas não é esse o caso. O objectivo da proposta de directiva, como já foi dito, é integrar na legislação sobre propriedade intelectual aquilo que é já feito na prática, ou seja, a concessão em elevados números de patentes a inventos para computador, incluindo os programas informáticos.

Ponto 3.14

Suprimir.

Justificação

Mais uma vez se afirma que a proposta de Directiva altera o regime de concessão de patentes, o que não é verdade. A proposta limita-se a codificar a prática actual de concessão pelo IEP de patentes a inventos para computador (semelhante aos seus congéneres norte-americano e japonês).

Ponto 3.15

Suprimir.

Justificação

O texto faz generalizações que podem induzir em erro. Os «business methods» podem ser patenteados nos Estados Unidos, mas não pelo IEP nem pelo Instituto Japonês de Patentes. Um algoritmo no sentido de uma fórmula matemática não pode por si só ser patenteado em país nenhum do mundo. O uso de um algoritmo num novo invento que resolva um problema técnico é um invento que pode ser patenteado na maior parte das jurisdições. O ponto 3.15. afirma que a Directiva procura integrar no regime de patentes os «business methods», os métodos de ensino e os algoritmos (puros), o que é inexacto. A proposta de Directiva codifica a prática corrente de concessão de patentes a inventos para computador que sejam novos, criativos e tenham um efeito técnico. Não é alterada a prática actual, nem é afectada a patenteabilidade dos «business methods» ou dos algoritmos.

Resultado da votação

Votos a favor: 27, votos contra: 27, abstenções: 6.
