DA INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: UM OLHAR EUROPEU SOBRE O ACORDO ADPIC/TRIPS *

ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA

Sumário: 1. Introdução. 2. O problema moral do direito de autor. 3. Livre comércio e esgotamento do direito de distribuição. 4. Os limites aos direitos de autor. 4.1. A liberdade de navegação na Internet. 4.2. A cópia privada. 5. Limites ao direito de marca e ao direito de patente: 5.1. Publicidade comparativa e metadados; 5.2. Patentes de software e interoperabilidade. 6. Apontamento sobre as relações entre o direito comunitário e o direito da OMC. 7. Conclusões.

1. Introdução

A internacionalização da propriedade intelectual remonta aos finais do século XIX assentando em dois pilares fundamentais. Por um lado, a Convenção de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial (1883)[1] e, por outro, a Convenção de Berna relativa à protecção das obras literárias e artísticas (1886)[2]. Outros instrumentos internacionais se seguiram, afirmando-se ao mesmo tempo a Organização Mundial da Propriedade Intelectual como a principal entidade responsável pela sua administração mundial.[3]

A internacionalização (a que também se chama globalização ou mundialização[4]) da propriedade intelectual daria um passo muito significativo com o acordo relativo aos aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio (ADPIC/TRIPS).[5] Nos termos deste Acordo, que incorpora nomeadamente as Convenções

---

* Revista da ABPI (Associação Brasileira da Propriedade Intelectual), nº 73, 2004, 52-59.

[1] Convenção de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial (1883) de 20 de Março de 1883, revista em Bruxelas a 14 de Dezembro de 1900, em Washington a 2 de Junho de 1911, na Haia a 6 de Novembro de 1925, em Londres a 2 de Junho de 1934, em Lisboa a 31 de Outubro de 1958 e em Estocolmo a 14 de Julho de 1967.

[2] Convenção de Berna relativa à protecção das obras literárias e artísticas de 9 de Setembro de 1886, completada em Paris em 4 de Maio de 1896, revista em Berlim em 13 de Novembro de 1908, completada em Berna em 20 de Março de 1914 e revista em Roma em 2 de Junho de 1928, em Bruxelas em 26 de Junho de 1948, em Estocolmo em 14 de Julho de 1967 e em Paris em 24 de Julho de 1971, e modificada em 2 de Outubro de 1979.

[3] A lista dos tratados administrados pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual encontra-se disponível em http://www.wipo.int/about-ip/en/ipworldwide/treaties.htm. Para uma recolha do direito nacional, comunitário e internacional da propriedade intelectual, incluindo jurisprudência, veja-se, por exemplo, o nosso *Propriedade Intelectual: I. Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, Legislação Complementar e Jurisprudência, Direito Comunitário e Internacional*, 2002, 497 pp.; *II. Código da Propriedade Industrial, Legislação Complementar e Jurisprudência, Direito Comunitário e Internacional*, 2003 (Textos Legislativos n.º 3 e 5, Coord. José de Faria Costa, Quarteto, Coimbra).

[4] José António Gómez Segade, *A mundialização da propriedade industrial e do direito de autor*, in *Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra 1999/2000*, Stvdia Ivridica 48, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 7; Duncan Matthews, *Globalising Intellectual Property Rights: the TRIPs Agreement*, 2002.

[5] Acordo sobre Aspectos de Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (ADPIC ou "TRIPs"), constante do Anexo 1C do Acordo que institui a Organização Mundial do Comércio (OMC), de 15 de Abril de 1994, na sequência das negociações comerciais multilaterais do "Uruguay Round" do Acordo Geral

de Berna e de Paris, os Estados Contratantes obrigam-se a respeitar determinados padrões em matéria de direitos de propriedade industrial, que abrangem, nos termos do art. 1.°, 2, o direito de autor e os direitos conexos, as marcas, as indicações geográficas, os desenhos e modelos industriais, as patentes, as topografias de produtos semicondutores ("configurações de circuitos integrados") e o saber-fazer ("informações não divulgadas"). O relevo comercial das criações e invenções do engenho humano justificou a adopção do TRIPS e a sujeição da observância dos padrões de protecção da propriedade intelectual neles definidos à fiscalização da OMC, que assim poderá controlar as legislações nacionais dos Estados Contratantes neste domínio.[6] Assentando no princípio do tratamento nacional (art. 3.º), o TRIPS enuncia como objectivos "a promoção da *inovação tecnológica* e a transferência e divulgação de tecnologia, em benefício mútuo dos geradores e utilizadores dos conhecimentos tecnológicos e de um modo conducente ao bem-estar social e económico" e, ainda, o "equilíbrio entre direitos e obrigações" (art. 7.°)[7], estabelecendo certas normas relativas à existência, âmbito e exercício dos direitos de propriedade intelectual.

O regime estabelecido por este Acordo é, em vários aspectos, de tipo regulamentar, de modo a conferir certeza e segurança jurídicas aos agentes económicos e a proteger os interesses do comércio mundial. Ao ponto de, no extremo, o interesse geral dos Estados em diversos domínios ficar subordinado a esses interesses do comércio mundial. A questão assume especial delicadeza no que respeita à definição dos limites e excepções aos direitos, tanto mais que no direito comunitário vários instrumentos de harmonização têm operado importantes limitações aos direitos de propriedade intelectual. Serão esses instrumentos válidos face ao TRIPS? Esta questão impõe um olhar europeu sobre este

---

sobre Tarifas e Comércio (GATT). Sobre o ADPIC/TRIPs, *vide* Michael Blakeney, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: a Concise Guide to the TRIPS agreement*, London: Sweet & Maxwell, 1996; Friedrich-Karl Beier and Gerhard Schricker (eds.), *From GATT to TRIPs: the Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights*, Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, New York, NY: VCH, 1996; Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 2nd ed., London: Sweet & Maxwell, 2003. Raoul Duggal, *TRIPs-Ubereinkommen und internationales Urheberrecht: neue Entwicklungen im internationalen Urheberrecht unter dem Einfluss multilateraler Ubereinkunfte*, Koln: Heymann, 2001; Alesch Staehelin, *Das TRIPs-Abkommen: Immaterialguterrechte im Licht der globalisierten Handelspolitik*, Bern: Stampfli, 1999; Carlos M. Correa / Abdulqawi A. Yusuf (eds.), *Intellectual Property and International Trade: the TRIPs Agreement*, London; Boston: Kluwer Law International, 1998; Alberto Bercovitz [*et al.*], *Propiedad Intelectual en el GATT*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997; Idem, *El derecho de autor en el acuerdo TRIPS*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, Lisboa, 1994, p. 877.

[6] Para um tratamento unitário da propriedade intelectual, de tradição anglo-saxónica, ver, nomeadamente, William R. Cornish / David Llewelyn, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks & Allied Rights*, 5th ed., London: Sweet & Maxwell, 2003; Arthur R. Miller / Michael H. Davis, *Intellectual Property: Patents, Trademarks, and Copyright in a Nutshell*, 3rd ed., St. Paul, Minn.: West Group, 2000.

[7] Sobre as implicações económicas e sociais do TRIPS nos países em desenvolvimento, *vide* Carlos M. Correa, *Intellectual Property Rights, the WTO, and Developing Countries: the TRIPS Agreement and Policy Options*, 2000; Peter Rott, *Patentrecht und Sozialpolitik unter dem TRIPS-Abkommen*, Baden-Baden: Nomos, 2002; Jayashree Watal, *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, The Hague; Boston: Kluwer Law International, 2001; Gurdial Singh Nijar, *TRIPs and Biodiversity: the Threat and Responses: a Third World view*, Penang, Malaysia: Third World Network, 1996.

acordo de internacionalização da propriedade intelectual, o que faremos aqui na sequência de anteriores reflexões sobre esta problemática.[8]

2. O problema moral do direito de autor

Para começar, a filosofia do Acordo TRIPS (ADPIC) parece, em larga medida, tratar os direitos de autor como meras mercadorias de comércio. Os direitos de autor parecem ser convertido em *privilégios do comércio*, esquecendo-se até a razão de ser do direito de autor, que é proteger, desde logo, a autoria, isto é, a criatividade do engenho humano ao nível de formas originais de expressão literária e artística. Este valor, no qual deve continuar a assentar o direito de autor, encontra-se consagrado no Art. 27 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no art. 42.º da Constituição da República Portuguesa, e projecta-se na compreensão destes direitos como algo de qualitativamente distinto de meras mercadorias de comércio.

É significativo que o Acordo ADPIC não cuide da dimensão moral dos direitos de autor, bastando-se com o seu valor mercantil, segundo a mais estrita concepção do *copyright*. Com isso gera-se à escala mundial um direito de autor *imoral* ou *sem autor*.[9] Com efeito, apesar de sujeitar os Membros à observância da Convenção de Berna (Acto de Paris 1971), dispõe que eles "não terão direitos ou obrigações ao abrigo do presente Acordo no que diz respeito aos direitos conferidos pelo artigo 6.° *bis* da referida Convenção ou aos direitos deles decorrentes" (art. 9.°, 1, 2.ª parte).

Ora, no direito comunitário, segundo a melhor interpretação, os instrumentos de harmonização vinculam os Estados-Membros a respeitar os direitos morais nos termos da Convenção de Berna. Mas, poderá a OMC vir dizer que a dimensão moral do direito de autor não apenas é completamente estranha às exigências do comércio mundial como também coloca sérios entraves à liberdade do comércio mundial? Não nos parece que se vá tão longe, mas, no plano teórico, é legítimo colocar o problema.

3. Livre comércio e esgotamento do direito de distribuição

O TRIPS foi criado no seio de um acordo sobre a redução ou eliminação das taxas aduaneiras com vista ao comércio livre entre as nações. A questão que se suscita, porém, é saber, utilizando uma expressão corrente, se, com o TRIPS, não se "deixou entrar pela

---

[8] *Vide*, em especial, Alexandre Dias Pereira, *A Globalização, a OMC e o Comércio Electrónico*, in *Temas de Integração, A Globalização, a Organização Mundial do Comércio (OMC) e o Uruguay Round*, n.º 12, 2002, Coimbra, pp. 131-151; Idem, *A Revisão do Acordo ADPIC/TRIPS (alguns tópicos)*, *Direito da Sociedade da Informação*, FDUL/APDI, 2003/2004 (em publicação).

[9] Cfr. José de Oliveira Ascensão, *O direito de autor como direito da cultura*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, Lisboa: Cosmos/Arco-Íris, 1994, p. 1053 ss [Comunicações, II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, Lisboa, 15-18 de Novembro de 1994].

janela, o que terá saído pela porta", substituindo-se os impostos aduaneiros dos Estados pelas *royalties* das empresas privadas.[10] Um exemplo da importância disto pode colher-se no domínio do direito de distribuição e seu esgotamento internacional. O direito de distribuição permite ao titular de direitos controlar, desde logo, a *primeira venda* de um objecto protegido no mercado de um determinado Estado. Tendo em conta o princípio da territorialidade dos direitos de propriedade intelectual, isto significa que o titular de direitos pode controlar as *importações paralelas*, fragmentando os mercados e praticando os preços de primeira venda em cada mercado nacional que mais lhe convierem.

Para solucionar o conflito entre a liberdade mercantil e a propriedade intelectual formou-se no direito comunitário, primeiro por via jurisprudencial[11] e depois por via legislativa, o princípio do *esgotamento comunitário*, nos termos do qual o titular de direitos só pode controlar a primeira venda em todo o mercado único[12]. Isto significa, desde logo, que o titular de direitos não poderá proibir a importação entre Estados-Membros, exercendo o seu exclusivo de distribuição no território de cada um deles, uma vez que a primeira venda no mercado comunitário exaure esse direito.[13]

---

[10] Susan K. Sell, *Private Power, Public Law: the Globalization of Intellectual Property Rights*, Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2003. Sobre os "private sovereigns" *vide* Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth: Aldershot / Brookfield / USA / Singapore / Sidney, 1996, pp. 145 ss. Além de que, sendo uma das partes do ADPIC consideradas mais importantes a que contém normas sobre aplicação efectiva dos direitos de propriedade intelectual (parte III, arts. 41.º ss), os Estados ficariam onerados com os custos administrativos de fiscalização e punição das infracções.

[11] Cfr., *inter alia*, Proc. 78/70 (*Deutsche Gramophon/Metro*), Rec. 1971, p. 487; Proc. 62/79 (*Coditel/Ciné-Vog Films*), Rec. 1980, p. 881; Procs. 55-57/80 (*Musikvertrieb Membran/Gema*), Rec. 1981, p. 147; Proc. 279/80 (*Polydor/Harlequim Record Shops*), Rec. 1982, p. 329; Proc. 262/81 (*Coditel/Ciné-Vog Films*), Rec. 1982, p. 3381; Proc. 156/86 (*Warner Brothers and Metronome Video/Christiansen*), Rec. 1988, p. 2605, Proc. 341/87 (*EMI Electrola/Patricia*), Rec. 1989, p. 79, Proc. 395/87 (*Tournier*), Rec. 1989, p. 2521; Proc. 15/74, 31.10.1974 (*Centrafarm v. Sterling*), ECR 1974, p. 1147 (patentes); Proc. 102/77, 23.5.1978 (*Hoffmann-la Roche*), ECR 1978, p. 1139, e Proc. C-10/89, 17.10.1990 (*Hag II*), ECR 1990, p. 3711 (objecto específico do direito da marca).

[12] Cfr. Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação, art. 4.º (ver considerandos 28 e 29); Directiva 91/250/CEE do Conselho de 14 de Maio de 1991 relativa à protecção jurídica dos programas de computador, art. 4-c); Directiva 92/100/CEE do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual, art. 1; Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Março de 1996 relativa à protecção jurídica das bases de dados, arts. 5.º e 7.º (ver também considerandos 33 e 43). Em matéria de marcas, Primeira Directiva do Conselho de 21 de Dezembro de 1988 que harmoniza as legislações dos Estados-membros em materia de marcas (89/104/CEE), art. 7.º; Regulamento (CE) Nº 40/94 do Conselho de 20 de Dezembro de 1993 sobre a marca comunitária, art. 13.º; em matéria de desenhos e modelos, Directiva n.º 98/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Outubro de 1998 relativa à protecção legal de desenhos e modelos, art. 15.º. O direito de distribuição, ainda que não sujeito ao esgotamento, é também consagrado no Tratado da OMPI sobre Direito de Autor (WCT, Genebra, 1996), arts. 6 e 12.

[13] Sobre o princípio do esgotamento no âmbito da propriedade industrial veja-se, nomeadamente, Pedro Sousa e Silva, *Direito comunitário e propriedade industrial - O princípio do esgotamento dos direitos*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996. Sobre a articulação entre os direitos de propriedade intellectual e as liberdades do mercado europeu veja-se, recentemente, David T. Keeling, *Intellectual Property and EU Law: Free Movement and Competition Law*, Oxford University Press January, 2004. Todavia, no domínio do comércio electrónico directo esse princípio não se aplica, uma vez que se entende que se trata de uma actividade de prestação de serviços (os serviços da sociedade da informação) – cfr. cons. 18 da Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno; art. 5.º-c, e cons. 33, da Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das

A consagração, ainda que com certos limites, do esgotamento comunitário do direito de distribuição não é contrária ao acordo ADPIC, uma vez que este não cuida directamente desta matéria, embora não deixe de consagrar o poder de controlar as importações. De resto, este acordo internacional consagra uma norma nos termos da qual "nenhuma disposição do presente acordo será utilizada para tratar a questão do esgotamento dos direitos de propriedade intelectual" (art. 6.º). Não obstante, de um tratado internacional que se anima pelo comércio livre à escala global talvez fosse de esperar legitimamente a consagração do esgotamento internacional do direito de distribuição, de modo justamente a promover a liberdade de comercialização de objectos protegidos pelos direitos de propriedade intelectual. Pois que a inexistência de um princípio de esgotamento internacional significa que os titulares de direitos poderão controlar as importações entre os Estados, exercendo o seu exclusivo no território de cada um deles.[14] Nesse sentido, os direitos de propriedade intelectual conferem um privilégio comercial muito significativo aos titulares de direitos, privilégio esse que se traduz numa barreira ao livre comércio. Vale isto por dizer que, se por um lado as taxas aduaneiras dos Estados terão que ser gradualmente reduzidas ou eliminadas, os direitos de propriedade intelectual das empresas privadas terão que ser observados à escala global. O que não deixa de ser problemático.

4. Os limites aos direitos de autor

O TRIPS limita a liberdade dos Estados Contratantes no que respeita à existência de limitações e excepções aos direitos exclusivos, sujeitando as legislações dos Estados-Membros à chamada regra dos *três passos*, nos termos da qual as excepções aos direitos exclusivos serão restritas a casos especiais que não obstem à exploração da obra e não prejudiquem de forma injustificável os legítimos interesses do titular do direito (art. 13.°), em sintonia com a Convenção de Berna (art. 9.°, 2)[15]. Isto significa que as leis nacionais dos Estados Contratantes estão sujeitas ao controlo desta regra, tendo-se antecipado um movimento forte de "caça às excepções".[16] Valerá isto também para os limites

---

bases de dados; cons. 19 da Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação; Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social - Comércio electrónico e fiscalidade indirecta - COM (98) 374 final; Tratado OMPI sobre Direito de Autor, art.6.º e respectivas declarações acordadas, WCT, Dezembro de 1996. Para desenvolvimentos sobre esta questão *vide* o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Ivridica, 55, Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 568 ss, com mais referências.

[14] Porém, o não esgotamento internacional cede perante o esgotamento comunitário na União Europeia.

[15] Relativamente aos direitos conexos, o Acordo ADPIC remete para os termos em que as limitações e excepções são permitidas pela Convenção de Roma (art. 14.°, 6). O Tratado OMPI sobre direitos conexos também consagra, neste domínio, a referida regra dos três (art. 16.°).

[16] Sobre o tema *vide*, por exemplo, Robert Burrell, *The Future of the Copyright Exceptions,* in D. McClean and K. Schubert (eds.), *Dear Images: Art, Copyright and Culture*, London: Ridinghouse, 2002, pp. 434 ss.

estabelecidos por instrumentos de harmonização comunitária, ou terão estes por efeito "salvar" a legislação interna dos Estados-membros do controlo da sua conformidade com os interesses do comércio mundial, em caso de conflito?

A directiva europeia sobre aspectos do direito de autor na sociedade da informação[17], baseando-se no entendimento de que "a cultura tem um valor económico que a insere em certa medida numa lógica de mercado"[18], harmonizou o tronco patrimonial deste instituto, definindo os direitos de reprodução, de comunicação ao público e de distribuição (incluindo o seu esgotamento comunitário) e prevendo a protecção jurídica dos sistemas técnicos de identificação e protecção. Ora, em matéria de excepções e limitações, exclui do exclusivo as reproduções técnicas meramente temporárias (art. 5.º, 1), de modo a facilitar a circulação da informação através da Internet, na linha dos preceitos de isenção de responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação previstos na directiva sobre comércio electrónico[19]. Depois, prevê um catálogo exaustivo de excepções e limitações, de adopção opcional e facultativa (art. 5.º, 2 e 3) no quadro da regra dos três passos, isto é, "em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material protegido e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito" (art. 5.º, 5).[20]

Ora, a introdução de excepções legais aos direitos de autor está sujeita ao controlo da OMC, que poderá aferir da sua conformidade com a regra dos três passos prevista no TRIPS. Em última instância, a quem competirá definir o sentido desta regra? Às instâncias comunitárias ou à OMC? Poderá esta vir a julgar que a directiva comunitária viola o TRIPS em matéria de excepções? Se assim for, isto é, se couber em última instância à OMC dizer que excepções estarão em conformidade com a regra dos três passos, então as exigências do comércio mundial poder-se-ão sobrepor à liberdade dos Estados no que respeita à adequação da sua legislação sobre direitos de autor aos fins de política cultural, educativa

---

[17] Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação.

[18] *O direito de autor e os direitos conexos na sociedade de informação*, Livro Verde, COM(95) 382 final, 19.7.95, p. 15-6.

[19] Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno ("Directiva sobre comércio electrónico").

[20] Isto parece ser uma *contradição*, uma vez que as excepções previstas na directiva deveriam ser já permitidas pela regra dos três passos. Não se compreende bem a referência à regra dos três passos depois de terem sido definidas todas as excepções possíveis, pelo menos enquanto critério que vincula os actos de legislação nacional que transpõem a directiva. Seria razoável, porém, que se tratasse de um critério interpretativo para os tribunais, tal como parece ter sido antes consagrado pelas directivas sobre os programas de computador (Directiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador, art. 6.º, 3) e sobre as bases de dados (Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados, art. 6.º, 3), enxertando-se num regime de tipificação fechada das excepções uma cláusula de *fair use* ou *fair dealing* típica dos sistemas anglo-saxónicos. Ou será antes uma espécie de cláusula de salvaguarda, no sentido de abrir a possibilidade de controlo por parte da OMC?

e científica, instituindo excepções (art. 13.º), ainda que por via de instrumentos de harmonização comunitária.

A este respeito interessa notar que, historicamente, a lei dos direitos de autor prevê excepções aos direitos exclusivos destinadas a promover a ciência, a investigação, a educação, o acesso público à informação e a preservação da herança cultural. De igual modo, são tradicionalmente contempladas excepções destinadas a permitir o livre fluxo da informação através dos média, para além de que os direitos de autor não protegem determinados tipos de informação e são limitados no tempo. Além disso, os direitos de autor consagram excepções para fins de arquivo, permitindo a preservação da memória cultural em arquivos e centros de documentação.

Ora, em que medida o valor social[21] destas excepções será tolerado pelos interesses do comércio mundial que norteiam o TRIPS? E em que medida se conciliarão esses interesses com o Tratado da OMPI de 1996 sobre direito de autor, que também consagra expressamente a regra dos três passos no art. 10.°.[22] Este Tratado destina-se a actualizar a Convenção de Berna às exigências próprias do ambiente digital. Em matéria de excepções, lê-se nas Declarações Acordadas que as Partes Contratantes podem "continuar e estender apropriadamente no ambiente digital as limitações e excepções nas suas leis nacionais que têm sido consideradas aceitáveis ao abrigo da Convenção de Berna. Em termos idênticos, estas disposições devem ser interpretadas no sentido de permitir às Partes Contratantes configurar novas excepções e limitações que são apropriadas no ambiente de rede digital." Esta Declaração é da máxima importância, pois permite às Partes Contratantes adequar o direito de autor à sua política cultural, educativa e científica, instituindo novas excepções e limites no ambiente de rede digital.

Todavia, isto é susceptível de gerar um conflito entre dois instrumentos de direito internacional, tanto mais que é forte o movimento contra a repressão jurídica das novas potencialidades tecnológicas, numa espécie de movimento libertador dos códigos informáticos contra a sua "colonização" pelos códigos legais, em defesa da liberdade das

---

[21] Não é por acaso que se ouvem vozes no direito norte-americano a defender a inconstitucionalidade da lei do *copyright* na parte em que proíbe as chamadas obras derivadas (direito de adaptação, tradução, etc.) por violar a liberdade de imaginação garantida pelo *First Amendment* - Jed Rubenfeld, *The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality*, The Yale Law Journal, 112/2002, pp. 1-60 ("the freedom of imagination articulates the First Amendment's core commitment: no one may be legally punished for thinking an unauthorized thought or for expressing an unauthorized idea."). Além disso, a análise económica do direito desmontou já o argumento instrumental dos direitos de propriedade intelectual enquanto mecanismos de promoção do progresso das artes, das ciências e das tecnologias – cfr. Richard Posner, *Law and Literature*, enlarged and revised edition, Harvard University Press, 1998; Idem, *Public Intellectuals: A Study of Decline: A Critical Analysis*, Harvard University Press, 2001; sobre a análise económica da propriedade intelectual ver também, por exemplo, Ilkka Rahnasto, *Intellectual Property Rights, External Effects, and Anti-trust Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003.

[22] Sobre estes tratados *vide*, desenvolvidamente, Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet: the 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford: Oxford University Press, 2002.

ideias e da cultura.[23] Ora, sendo objectivo da directiva comunitária a incorporação do Tratado OMPI sobre direito de autor num instrumento de harmonização, qual será o valor de uma decisão tomada pelos órgãos competentes da OMC que se pronuncie pela contrariedade de uma excepção consagrada pela directiva à regra dos três passos iluminados pelos interesses do comércio mundial, não obstante julgada conforme ao Tratado da OMPI? A resposta, a nosso ver, passará pelo papel que se atribua neste processo à OMPI, e dela dependerá, por exemplo, a liberdade de navegação na internet e de cópia privada.

4.1. A liberdade de navegação na internet assenta em diversos factores, nomeadamente a licitude de actos de reprodução meramente técnica e de descompilação de software, e do regime das protecções tecnológicas.

No direito comunitário, a directiva sobre comércio electrónico determina as condições segundo as quais o direito de reprodução não abrange esses actos, no sentido de serem excluídos do exclusivo os actos de simples transporte e armazenagem temporária e em servidor («*mere conduit*», «*system caching*», «*hosting*»), isentando de responsabilidade os prestadores de serviços da sociedade da informação relativamente à prática de tais actos. Além disso, a directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação (2001/29/CE) veio esclarecer que não são abrangidos no exclusivo de reprodução os actos transitórios e episódicos (1) que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico (2) cujo único objectivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário (3.1.) ou uma utilização legítima de uma obra ou de outro material a realizar (3.2.), e que não tenham, em si, significado económico (4). Isto significa que também o «*browsing*» é excluído do direito de reprodução, bem como, a nosso ver, os actos de hiperligações (*hyperlinks*), sejam simples, profundas ou mesmo incorporantes (o que não significa que não possam ser proibidos por outros institutos jurídicos, nomeadamente a concorrência desleal). Por outro lado, a directiva sobre programas de computador, norteada pelo imperativo da interoperabilidade informática, estabeleceu a licitude de operações de descompilação (ou engenharia regressiva) em ordem à criação de produtos compatíveis ainda que concorrentes.[24]

---

[23] *Vide* Lawrence Lessig, *Code and other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 2000, Id., *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, Vintage Books, 2002, Id., *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, The Penguin Press, 2004; Siva Vaidhyanathan, *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity*, New York University Press, 2003.

[24] Neste sentido, a Lei Milénio Digital dos EUA consagrou expressamente, em forma de lei, o *case law* deste país elaborado pela jurisprudência com base no princípio de *fair use*.

A liberdade de navegação na internet depende ainda nomeadamente de uma regulamentação das licenças contratuais de utilização de bens informacionais em suporte electrónico, bem como assim da protecção dos sistemas técnicos de protecção e identificação, que impeça que a propósito da liberdade contratual e, em especial, do direito de autor se acabe por instituir uma espécie de "propriedade tecnológica", legitimando a chamada *electrificação da rede*.[25] Tenha-se em conta a importância de decidir que excepções aos direitos de autor (e em especial, no direito comunitário, ao direito do fabricante de bases de dados[26]) deverão justificar a licitude de actos de neutralização (e de actividades acessórias) de medidas tecnológicas de protecção. Com efeito, se toda e qualquer neutralização de um sistema técnico de protecção for ilícita então de nada valerão as excepções ao direito de autor, não se prosseguindo no ambiente digital os interesses que acautelam. Pense-se, nomeadamente, na importância dessas excepções para o ensino à distância.

Ora, em que medida serão compatíveis as exigências do comércio mundial com a licitude de actos de reprodução meramente técnica, de descompilação de software, e de um regime de protecções tecnológicas que atenda ao interesse geral? Levarão tais exigências a que a regra dos três passos não permita sequer o espaço de interesse geral deixado aos Estados-Membros pelas directivas comunitárias? E será a cópia privada tolerável por tais exigências?

4.2. Uma das maiores preocupações suscitadas pela internet é o facto de permitir a instauração tecnológica de um "panóptico ciberespacial" ou "Big-Brother electrónico", que controlará virtualmente todos aqueles que queiram ver/ouvir/ler sem pagar ou, ao menos, sem licença. Os direitos de autor poderão aqui surgir como pretexto para se invadir a esfera privada dos cibernautas, tratando cada computador pessoal ligado à rede como um potencial servidor, como se quem estivesse em linha estivesse em público, e procurando, no fundo, eliminar a liberdade de cópia privada no ambiente digital. Por via disso, pretender-se-á justificar a licitude de os detectives electrónicos da cyberpol se alojarem na memória dos computadores pessoais, passando-os em revista, para saber se contêm reproduções não autorizadas de obras e prestações protegidas.

---

[25] Cfr. o nosso *Copyright Issues of Techno-Digital Property*, in *Intellectual Property in the Digital Age: Challenges for Asia*, IEEM Conference Series, Heath/Sanders (eds.), Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2001, pp. 65 ss.

[26] Com efeito, no direito comunitário, o direito especial do fabricante de bases de dados beneficiará de toda a protecção jurídica do arsenal tecnológico da criptografia; sendo que esse direito protege o que o direito de autor não protegia e no seu recorte negativo não se contam excepções que tradicionalmente estão presentes no direito de autor. A lógica deste direito é apenas a lógica da protecção do investimento, em ordem a promover a chamada indústria e o mercado da informação, sobrepondo-se aos demais imperativos do direito de autor ao nível da definição da sua estrutura como pilar da sociedade da informação.

As opções tecnológicas disponíveis para proteger as obras digitais (por ex., os envelopes criptográficos), bem como o arsenal já adoptado de tutela jurídica dessas barreiras tecnológicas, permitiriam satisfazer convenientemente os interesses dos titulares de direitos através da instituição de uma compensação equitativa pela reprodução privada de obras em suportes informáticos, tal como, aliás, parece resultar da directiva sobre direito de autor na sociedade da informação (art. 5.º, 2-a).[27] Todavia, esta directiva permite a reprodução electrónica ou digital "para uso privado de uma pessoa singular e sem fins comerciais", na medida em que "os titulares de direitos obtenham uma compensação equitativa que tome em conta a aplicação de medidas de carácter tecnológico" (art. 5.º-b), mais acrescentando que tal excepção só será permitida "em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito" (art. 5.º, 5).

De novo, esta referência à regra dos três passos parece contraditória com com a concretização da cópia privada como caso especial segundo a Convenção de Berna. Além disso, o instrumento comunitário permite que um Estado-Membro tome medidas no sentido de os beneficiários da excepção de cópia privada possam dela tirar partido, isto é, um Estado-Membro poderá prever na sua lei interna que a utilização (bem como a sua promoção, distribuição, etc. – art. 6.º, 1 e 2) de dispositivos de neutralização de um sistema anti-cópia não será proibida, "a menos que a reprodução para uso privado já tenha sido possibilitada por titulares de direitos na medida necessária para permitir o benefício da excepção ou limitação em causa e em conformidade com o disposto no n.º 2, alínea b), e no n.º 5 do artigo 5.º, sem impedir os titulares dos direitos de adoptarem medidas adequadas relativamente ao número de reproduções efectuadas nos termos destas disposições" (art. 6.º, 4. par. 3).

Parece resultar disto que o legislador comunitário se dá bem com a erradicação da liberdade de cópia privada no ambiente digital, como já o fizera para os programas de computador e as bases de dados[28], permitindo aos titulares de direitos substituírem-se aos Estados-Membros na delimitação desse espaço de liberdade, que se antecipa muito escasso (ou talvez o quanto baste para justificar a compensação devida pela reprodução). E por isso mesmo, na questão da cópia privada, talvez não se coloque o problema da

---

[27] Onde essa liberdade parece ser, de todo, excluída é no domínio do *pay-per-view* interactivo, uma vez que o estrito regime da liberdade de cópia privada digital "não se aplica a obras ou outros materiais disponibilizados ao público ao abrigo de condições contratuais acordadas e por tal forma que os particulares possam ter acesso àqueles a partir de um local e num momento por eles escolhido" (art. 6.º, 4, par. 4).

[28] Porém, no que toca aos programas de computador, é permitida ao utilizador legítimo a realização de uma cópia de segurança, pelo que talvez, afinal, a directva do *software* possa servir de exemplo no que toca à regulamentação dos direitos dos utilizadores de obras em suporte electrónico (textos, músicas, imagens, jogos, etc.).

conformidade da directiva com uma regra dos três passos interpretada pela OMC à luz dos interesses do comércio mundial. Restará, todavia, saber se os Estados-Membros poderão seguir via diversa, na medida em que tal se julgue possível nos termos do Tratado da OMPI.

5. Limites ao direito de marca e ao direito de patente

Os princípios equitativos que subjazem à regra dos três passos em matéria de direitos de autor valem também, *mutatis mutandis*, em matéria de patentes, marcas e outros direitos de propriedade intelectual (ADPIC, arts. 17.º, 26.º, 2, 30.º). Assim, por exemplo, em matéria de *marcas* as excepções são permitidas, como por exemplo a utilização leal de termos descritivos, desde que tenham em conta os legítimos interesses do titular da marca e dos terceiros (art. 17). Isto levanta diversos problemas. Tomemos como exemplos a publicidade comparativa e os metadados. Vejamos depois como se coloca a questão no domínio do direito de patente.

5.1. Para começar, no direito comunitário *a utilização de marcas em publicidade comparativa* é admitida em determinadas condições restritas.[29] Com efeito, em ordem a

[29] *Vide* Directiva n.° 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997 (que altera a Directiva n.° 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa). Esta directiva veio estabelecer, a nível comunitário, as condições em que a publicidade comparativa é considerada lícita (cfr. art. 3.º-A), definindo-a como a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente. Trata-se de uma medida considerada necessária à realização do mercado interno, tendo em conta o aumento exponencial da variedade da oferta e a importância da publicidade enquanto meio muito importante para os consumidores em ordem a criar em toda a Comunidade oportunidades reais de mercado para todos os bens e serviços. Nesse sentido, considera-se que a harmonização do regime da publicidade comparativa contribuirá para demonstrar objectivamente as vantagens dos diferentes produtos comparáveis, podendo servir de estímulo à concorrência entre fornecedores de bens e serviços no interesse dos consumidores (cons. 2). Depois, umas das preocupações do regime instituído é evitar que, nomeadamente, as empresas sejam expostas a formas de publicidade desenvolvidas por concorrentes os quais não estão em posição de poder responder em pé de igualdade, assegurando-se, por outro lado, a liberdade de prestação de serviços em matéria de publicidade comparativa (cons. 3). A harmonização da licitude da publicidade comparativa tinha sido ressalvada na directiva sobre publicidade enganosa, correspondendo a uma orientação comunitária no sentido de promover o direito à informação como um dos direitos fundamentais do consumidor (Resolução do Conselho, de 14 de Abril de 1975, relativa a um programa preliminar da Comunidade Económica Europeia para uma política de protecção e informação do consumidor, alínea d) do ponto 3 do anexo d; Resolução do Conselho, de 19 de Maio de 1981, relativa a um segundo programa da Comunidade Económica Europeia para uma política de protecção e informação do consumidor, anexo, ponto 40). Com efeito, entende-se que a publicidade comparativa, quando compara características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas e não é enganosa, pode constituir um meio legítimo de informar os consumidores dos seus interesses. Nesse sentido, considera-se desejável prever uma definição ampla de publicidade comparativa que cubra todos os tipos de publicidade comparativa (cons. 4, 5). Ao mesmo tempo, porém, procura-se impedir que a publicidade comparativa seja usada de uma forma anti-concorrencial e desleal, autorizando-se apenas comparações entre bens e serviços de natureza idêntica e ressalvando a aplicabilidade das convenções internacionais sobre o direito de autor e as disposições nacionais sobre responsabilidade contratual e não contratual quando, na publicidade comparativa, se referem ou reproduzem os resultados de testes comparativos levados a cabo por terceiros (cons. 9, 10). Por outro lado, em ordem a assegurar o efeito útil da publicidade comparativa, entende-se que é indispensável identificar os produtos ou serviços de um concorrente, através de referências à sua designação comercial ou a uma marca de que seja titular, não infringindo a utilização da marca, da designação comercial ou de qualquer outra marca distintiva de outrem o direito exclusivo do titular, na medida em que cumpra as condições estabelecidas na directiva, já que o objectivo consiste unicamente em acentuar objectivamente as respectivas diferenças (cons. 14, 15). Um outro aspecto a destacar é o facto de que a licitude da publicidade comparativa

assegurar o efeito útil da publicidade comparativa, entende-se que é indispensável identificar os produtos ou serviços de um concorrente, através de referências à sua designação comercial ou a uma marca de que seja titular, não infringindo a utilização da marca, da designação comercial ou de qualquer outra marca distintiva de outrem o direito exclusivo do titular, na medida em que cumpra as condições estabelecidas na directiva, já que o objectivo consiste unicamente em acentuar objectivamente as respectivas diferenças (cons. 14, 15). Ora, poderá a OMC considerar que o regime da publicidade comparativa previsto na directiva não está em conformidade com a regra do TRIPS?

A questão reassume especial importância no domínio da internet, em especial no que respeita à utilização de marcas como metadados. Os metadados («*meta-tags*») são "etiquetas electrónicas" ou "descritores digitais" das páginas da rede, que permitem a sua identificação e catalogação por motores de pesquisa. Na jurisprudência do direito comparado a utilização de signos protegidos pelo direito de marca como metadados foi já considerada como violação do direito de marca, ao mesmo tempo que em outros casos se afirmou a possibilidade de utilização legítima de marcas como metadados em virtude do princípio de *fair use* no direito das marcas. De igual modo, coloca-se a questão da licitude da venda de marcas como metadados pelas chamadas empresas da Internet, de modo a que sempre que num motor de pesquisa se procure uma determinada palavra protegida como marca certos sites apareçam nos primeiros lugares dos resultados de pesquisa ou então uma janela para esses sites seja automaticamente aberta (*pop up*). É problemático que tais usos sejam abrangidos pelo conteúdo do direito de marca, embora nos inclinemos para o entendimento de que se poderá tratar de uma utilização publicitária de signos protegidos, reservada, nessa medida, ao respectivo titular de direitos, dentro dos limites da lei.

Isto significa, porém, que, no direito comunitário, a utilização de marcas como metadados será válida no quadro de publicidade comparativa lícita. Ora, poderá a OMC sobrepor a este espaço de liberdade demarcado pelo direito comunitário uma interpretação diversa da regra dos limites ao regime das marcas definido pelo TRIPS?[30]

---

pressupõe a licitude da publicidade a produtos ou serviços (cons. 21, 22) e, finalmente, que a directiva consagra uma harmonização completa do regime da publicidade comparativa, não permitindo aos Estados-membros manterem ou adoptarem disposições para assegurar uma protecção mais ampla dos consumidores, das pessoas que exercem uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal e do público em geral (cons. 18). Para mais indicações sobre este importante tema *vide*, nomeadamente, W. Kilian, *Vergleichende Werbung in Deutschland (Auswirkung der geplanten Richtlinie der EU)*, Äachen: Shaker, 1995.

[30] Claro que a questão poderá colocar-se também noutro sentido: fornecerão os instrumentos de direito comunitário o arrimo interpretativo no que respeita às cláusulas do TRIPS que possibilitam limites à propriedade intelectual, gerando-se assim uma mundialização do direito europeu da propriedade intelectual por via do acordo internacional?

5.2. O Acordo ADPIC (TRIPS) parece consagrar uma ampla noção de objecto patenteável, abrangendo as invenções não apenas de produtos mas também de processos (art. 27.º, 1). Ora, questão muito debatida no espaço europeu é a patenteabilidade de processos e métodos funcionais de escrita de programas de computador (os algoritmos e outros elementos do código genético do software), tendo em conta o valor económico destas informações tecnológicas. Com efeito, a Convenção de Munique sobre a Patente Europeia exclui dos objectos de patente os programas de computador, enquanto tais.

A protecção do software pelo direito de patente não é expressamente prescrita pelo TRIPS, ao invés do que sucede com a protecção dos programas de computador, quer sejam expressos em código fonte ou em código objecto[31], pelo direito de autor enquanto obras literárias ao abrigo da Convenção de Berna (art. 10.°, 1).[32] Declara também o princípio de que a protecção do direito de autor abrange as expressões, e não as ideias, processos, métodos de execução ou conceitos matemáticos enquanto tais (art. 9.°, 2). Por outras palavras, a protecção pelo direito de autor dos processos funcionais utilizados para a escrita de programas é excluída, ficando a via aberta para o direito de patente.

A questão que se coloca é então saber se o TRIPS impõe a protecção pelo direito de patentes dos processos de escrita dos programas, ou se apenas a permite. Se se entender que a primeira via é adequada, então gera-se um conflito de direito internacional, relativamente aos Estados que são parte da Convenção de Munique. Além disso, poder-se-á questionar a conformidade com o TRIPS de uma legislação que não permita a emissão de patentes para códigos de programação informática ao abrigo da referida Convenção de Munique.

Trata-se, na realidade, de uma questão muito actual, tanto mais que nos EUA se tem assistido a um crescente recurso à via da patente para proteger o *software* (incluindo os métodos de negociação na Internet), depois de a jurisprudência deste país ter deixado a descoberto a «espinha dorsal» dos programas, aplicando-lhes critérios idênticos aos utilizados para as obras literárias ao nível da dicotomia ideia funcional/forma de expressão, por um lado, e julgando lícitas ao abrigo do *fair use* as práticas de engenharia regressiva para fins de interoperabilidade informática, à semelhança do previsto na directiva comunitária sobre a protecção dos programas de computador, por outro.[33]

---

[31] A protecção do código-objecto dos programas de computador é, a nosso ver, altamente questionável, já que são tradução automática do código-fonte, isto é, ao nível do código-objecto não existe liberdade de criação, pelo que não se justifica a protecção.

[32] Além disso, com especial relevo para o tráfego jurídico electrónico, estabelece que as compilações de dados ou de outros elementos, quer sejam fixadas num suporte legível por máquina ou sob qualquer outra forma, que constituam criações intelectuais, em virtude da selecção ou da disposição dos respectivos elementos constitutivos, serão protegidas enquanto tal, exceptuando-se os próprios dados ou elementos, e não se prejudicando os eventuais direitos de autor aplicáveis a esses dados ou elementos (art. 10.°, 2).

[33] *Vide*, desenvolvidamente, o nosso *Patentes de Software: Sobre a Patenteabilidade dos Programas de Computador*, Direito Industrial, I, APDI, Coimbra, 2001, pp. 387 ss.

Em todo o caso, a nosso ver, mesmo que a protecção pelo direito de patente seja possível para os códigos de programação utilizados na escrita de programas de computador, tal não deverá prejudicar a licitude da sua utilização no quadro de operações lícitas de descompilação (*reverse engineering*) destinadas a prosseguir a interoperabilidade.[34]

6. Apontamento sobre as relações entre o direito comunitário e o direito da OMC

Várias das questões enunciadas colocam a questão se saber qual é a relação entre o direito comunitário e o direito da OMC. Com efeito, quer em matéria do esgotamento de distribuição, quer em especial no que toca às excepções aos direitos de propriedade intelectual[35], o intérprete é confrontado com o problema das relações entre o direito comunitário e o direito da OMC, neste caso o TRIPS. Em suma, para responder a várias destas questões torna-se necessário saber qual é a relação entre o direito da OMC, incluindo o ADPIC, e a ordem jurídica da Comunidade Europeia.

Ora, a este propósito, parece que o Tribunal Europeu estará a funcionar como um autêntico "guardião" do direito comunitário contra a "invasão" do direito da OMC[36], elaborando uma importante jurisprudência neste domínio. Entende-se para começar, que o direito da OMC, enquanto acordo internacional celebrado pela Comunidade, é parte do direito comunitário. Depois, presume-se que o direito comunitário é compatível com o direito da OMC. Além disso, as instituições comunitárias interpretam o direito da OMC na sua prática diária e os tribunais europeus utilizam o direito da OMC para interpretar o direito comunitário. Depois, no que respeita à questão das relações entre o direito da OMC e os particulares, nomeadamente empresas, a jurisprudência comunitária firmou vários princípios reguladores. Primeiro, o direito da OMC (tanto os acordos da OMC como os

---

[34] Tanto mais quanto se atender ao facto de que "as patentes geram a maior parte dos seus problemas nas indústrias de telecomunicações, informática e Internet", sobrepondo-se e bloqueando o desenvolvimento das necessárias melhorias." Mark A. Lemley, *Intellectual Property Rights and Standard-Setting Organizations*, California Law Review, 90/2002, p. 1971, sustentando que o sistema "confusamente privado" dos organismos de normalização poderá contribuir para o desempenho da função do sistema de patentes, que é justamente a promoção da inovação.

[35] Recordem-se os problemas suscitados ao nível da interpretação da regra dos três passos (com implicações na liberdade de navegação na Internet e na cópia privada), bem como ao nível da definição dos limites aos direitos de marca e de patente (com implicações nomeadamente no que toca à publicidade comparativa, aos metadados e à interoperabilidade do software).

[36] Cfr. Francis Snyder, *The Gatekeepers: The European Court and the WTO law*, CMLR 40, 2/2003, pp. 313-367 (analisando a jurisprudência comunitária e concluindo, quanto à integração comunitária, que o direito da OMC fornece uma base importante de harmonização comunitária das ordens jurídicas internas, embora a monitorização comunitária do cumprimento das obrigações da OMC pelos Estados-Membros se dirija a estes enquanto Estados-Membros). Sobre as relações entre o direito da OMC, em especial o Acordo ADPIC, e o direito comunitário, veja-se, também, Sonja Kreibich, *Das TRIPs-Abkommen in der Gemeinschaftsordnung: Aspekte der Kompetenzverteilung zwischen WTO, Europaischer Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten*, Frankfurt am Main: P. Lang, 2003; Christoph Julius Hermes, *TRIPS im Gemeinschaftsrecht: zu den innergemeinschaftlichen Wirkungen von WTO-Ubereinkunften*, Berlin: Duncker & Humblot, 2002.

resultados de procedimentos de resolução de conflitos) não tem efeito directo na ordem jurídica comunitária. Segundo, o direito da OMC não fornece critérios para aferir da "legalidade" do direito comunitário derivado, excepto quando os instrumentos comunitários fazem referência explícita ao direito da OMC ou se destinam a transpor ou receber esse direito. Terceiro, não obstante, no que respeita às violações comunitárias do direito da OMC, o dever de fundamentação dos actos comunitários não inclui o dever de fundamentação da compatibilidade desses actos com o direito da OMC, por um lado, e a Comunidade não incorre em responsabilidade extra-contratual pelas violações do direito da OMC.

7. Conclusões

Com o TRIPS foi dado um passo grande no sentido da internacionalização da propriedade intelectual. Insere-se num acordo mais geral sobre tarifas e comércio que é animado pela filosofia do livre comércio à escala mundial. Todavia, ao mesmo tempo que se aponta no sentido da redução ou eliminação das taxas aduaneiras dos Estados, de modo a que não existam fronteiras para o livre comércio, é instituído um sistema global de propriedade intelectual, nos termos do qual essas barreiras surgem novamente, ainda que agora em benefício directo de outros agentes.

O TRIPS destina-se a proteger os interesses dos titulares de direitos propriedade intelectual no comércio mundial. Todavia, no extremo, o interesse geral dos Estados em diversos domínios fica subordinado a esses interesses. A questão assume especial delicadeza no que respeita à definição dos limites e excepções aos direitos, tanto mais que no direito comunitário vários instrumentos de harmonização têm operado importantes limitações aos direitos de propriedade intelectual.

Neste trabalho, apresenta-se um olhar europeu sobre a questão, levantando-se algumas hipóteses de possiveis conflitos entre o direito comunitário (e os direitos nacionais) e o direito intelectual da OMC, nomeadamente o problema moral do direito de autor em face das exigências do comércio mundial, o direito de distribuição e o problema do esgotamento internacional, a concretização da regra dos três passos em matéria de limites aos direitos de autor (tendo em conta a sua importância para definição da liberdade de navegação na Internet e da cópia privada), e limites aos direitos de marca e de patente (e.g., publicidade comparativa e metadados, e a articulação das patentes de software com o imperativo da interoperabilidade).

Em muitas destas questões é decisivo saber os termos das relações entre o direito comunitário e o direito da OMC, constatando-se que o Tribunal de Justiça da UE tem

actuado como um verdadeiro guardião da “soberania” da ordem jurídica comunitária, segundo o estado actual da jurisprudência.

Abstract –The TRIPS agreement is a complex piece of international trade law, and a major tool of globalization of IP rights. Several questions, however, are posed by the regulation provided therein. Does it mean the replacement of public taxes by private royalties? Why are moral rights of human creators (authors and inventors) simply ignored by the rules of world trade? Moreover, the exceptions to intellectual property rights (copyright and related rights, patents, trademarks, etc) are submitted to a general “three steps rule” of fairness which is primarily aimed to protect the demands of the world trade (more in concrete, the interests of world traders who hold IP rights). However, are national scientific, education, cultural and public health policies submitted to the demands of world trade related with intellectual property rights? What is the relation between EC law and WTO law, in special the TRIPS Agreement? These are the main questions addressed in this paper, which is aimed to provide a European perspective of the internationalization of intellectual property rights.