

PATENTES DE PROGRAMAS E MÉTODOS DE NEGOCIAÇÃO NA INTERNET *

ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA

Sumário: § 1. Patentes de software e métodos de negócios na internet: actualidade e interesse da problemática. § 2. Necessidade e modo de protecção jurídica de software e métodos de negócios na internet. § 3. A delimitação do objecto de patentes no Código da Propriedade Industrial, na Convenção de Munique sobre a Patente Europeia. § 4. As patentes de invenções relacionadas com programas de computador na prática do Instituto Europeu de Patentes. § 5. O objecto do direito de patente no Acordo ADPIC/TRIPS e a recente casuística do direito norte-americano (*State Street, eBay*). § 6. As patentes de software e internet e o desenvolvimento da informática e das redes. § 7. Protecção do software, exigências do direito da concorrência e imperativo da interoperabilidade. § 8. As patentes de software e internet, *ius excluendi omnes alios* e direitos de remuneração. § 9. Preservação do domínio público das ideias e considerações conclusivas. § 10. Legislação.

§ 1. Patentes de software e métodos de negócios na internet: actualidade e interesse da problemática

O nosso tema é de grande actualidade e interesse. Com efeito, estando praticamente exausta a solução software copyright é crescente o apelo a outras vias de protecção jurídica dos programas de computador, com destaque para o direito das patentes, a julgar pelos ventos que sopram do outro lado do atlântico norte; aos programas de computador juntam-se os métodos de negociação na internet, que são de igual modo aplicações informáticas.¹

Na verdade, nos EUA um método de negócio de gestão do portfolio de investimento foi considerado objecto de patente no *State Street Bank & Trust v. Signature Financial Group* (Fed. Cir. 1998). Mais recentemente, na Decisão *eBay Inc v. MercExchange, L.L.C.* o

* Comunicação apresentada ao VII Curso de Verão em Direito da Sociedade da Informação organizado pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ Sobre a questão, e.g. Henri W. Hanneman, *The Patentability of Computer Software*, Deventer: Kluwer, 1985; John Swinson, *Copyright or Patent or Both: An Algorithmic Approach to Computer Software Protection*, Harvard Journal of Law & Technology, 1991, 145-214; Lance Vietzke, *Software Patent Protection*, Computer Law Journal 1993, 25; Manfred Kindermann, *Softwarepatentierung*, CR - Computerrecht 1992, 577, 658; Fritz Teufel, *Patentschutz für Software im amerikanisch-europäischen Vergleich*, in *Information als Wirtschaftsgut*, Hrsg. Fiedler/Ullrich, Schmidt, Köln, 1997, 183; Robert Merges, *As Many as Six Impossible Patents Before Breakfast: Property Rights for Business Concepts*, Berkeley Technology Law Journal, 1999, 577; Jonathan Newman, *The Patentability of Computer-Related Inventions in Europe*, EIPR 1997, 701; Manuel Botana Agra, *En torno a la patentabilidad de los programas y métodos de negocios aplicables en el comercio electrónico*, in J.A. Gómez Segade (Dir.), Ángel Fernández-Albor Baltar / Anxo Tato Plaza (Coords.), *Comercio Electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001, 157; Alexandre Libório Dias Pereira, *Empresa, comércio electrónico e propriedade intelectual*, in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Volume I Congresso Empresas e Sociedades, FDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 439-478.

Supremo Tribunal de Justiça dos EUA não recusou a protecção pelo direito de patente a métodos de negociação pela internet².

Ora, servindo-nos da noção prevista na Lei da criminalidade informática (Lei 109/91), podemos caracterizar os programas de computador como conjuntos de instruções que permitem a uma máquina de processamento de informação desempenhar determinadas funções e produzir certos resultados. Os programas de computador são basicamente de dois tipos, os sistemas operativos e as aplicações, aos quais se junta o firmware (software embutido na máquina). O software é escrito numa linguagem de programação (e.g. Cobol, Fortran, Java), o chamado código-fonte, que é convertido em código-objecto expresso em linguagem binária).

Por seu turno, os métodos de negociação na Internet são aplicações informáticas que se traduzem em ferramentas do comércio electrónico. Pense-se, por exemplo, num método de procurar na Internet a tarifa mais baixa de um bilhete de avião, um algoritmo de cálculo financeiro utilizado num programa de computador, a tecnologia do “carrinho de compras” e do “leilão electrónico”, a “tecnologia push” no hipertexto, os sistemas de controlo de acesso do utilizador ao servidor e de análise de perfis de internautas, publicidade digital activa, ou o método de vendas em tempo real mediante distribuição electrónica por catálogo.

§ 2. Necessidade e modo de protecção jurídica de software e métodos de negócios na internet

Uma vez identificado o segmento da realidade que constitui objecto do nosso estudo (grosso modo, a factualidade), podemos avançar seguidamente para a questão de política legislativa que consiste em saber se os programas de computador e os métodos de negociação na internet carecem de protecção jurídica.

A razão de ser do sistema de protecção jurídica de bens intelectuais afigura-se igualmente válida neste domínio. Com efeito, a criação e o desenvolvimento de programas de computador e de métodos de negociação na Internet exigem investimentos de recursos humanos e financeiros. Existindo um sistema de protecção jurídica de bens intelectuais, ao qual se convencionou chamar propriedade intelectual, faz sentido não excluir à partida aqueles bens deste sistema, na medida da identidade de razão entre a protecção dos bens já tutelados e os novos bens que reclamam protecção.

Posta a questão nestes termos impõe-se verificar antes de mais se já existem alguns meios de protecção jurídica, questionando de igual modo a sua suficiência.

² Peter Lee, *The Evolution of Intellectual Infrastructure*, Washington Law Review, 2008, 39.

Os programas de computador são objecto de protecção por direitos de autor, em termos análogos às obras literárias.³ Todavia, a protecção pelos direitos de autor abrange apenas as expressões, já não as ideias, processos, métodos de execução ou conceitos matemáticos, enquanto tais, tal como é previsto no Código do Direito de Autor (Art. 1.º, 2) e ressalvado na Directiva 91/250 bem como no diploma interno de transposição (DL 252/94) e ainda nos instrumentos internacionais (ADPIC, art. 10.º, 1; OMPI, art. 4.º). A sujeição da protecção jurídica do software a este limite fundamental dos direitos de autor – que no direito norte-americano remonta ao caso *Baker v. Selden* (1879) e consta expressamente, desde 1976, da Sec. 102(b) do Copyright Act – significa que a parte mais valiosa do software (os algoritmos) pouca ou nenhuma protecção terá ao abrigo dos direitos de autor. A esta conclusão chegou a jurisprudência norte-americana, ao aplicar no campo do software, enquanto obra literária, as doutrinas tradicionais do copyright, nomeadamente a doutrina da fusão entre ideia e expressão (*merger doctrine*) depois desenvolvida numa série de casos (abstracção-comparação-filtragem). Daqui decorre igualmente que a via dos direitos de autor pouca valia terá para os métodos de negociação na Internet, já que a função dos algoritmos desenvolvidos por estes métodos ficará sem protecção.⁴

Quanto a outras formas de protecção, seria possível tanto para os programas de computador como para os métodos de negócios na internet o recurso à sua protecção como know-how ou segredos de negócio. Contudo, esta via não confere um direito oponível contra todos os que exerçam actividades mercantis, já que pressupõe a mediação da concorrência desleal e, por conseguinte, o seu âmbito de protecção é restrito a concorrentes, i.e. aos que operam no mercado relevante. Quer se construa a tutela do know-how como um direito exclusivo de oponibilidade restrita, quer se perfilhe a figura do efeito externo das obrigações, no sentido da oponibilidade a terceiros das cláusulas contratuais de confidencialidade dos segredos de negócios, em qualquer das concepções é chamado a intervir o operador da concorrência desleal, que impõe a limitação da protecção dessas informações confidenciais a terceiros concorrentes.

Além disso, é preciso não esquecer que o objecto das cláusulas de confidencialidade deve ser legalmente válido, querendo com isto dizer que os contratos de know-how não podem nomeadamente criar direitos sobre bens do domínio público em que consistam as

³ No plano comunitário e interno, veja-se a Directiva 91/250, transposta pelo DL 252/94, e, no direito internacional, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (TRIPS/ADPIC, 1994, Anexo IV ao Acordo que instituiu a Organização Mundial do Comércio (OMC) e o Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre Direito de Autor (Dezembro de 1996).

⁴ Alexandre Libório Dias Pereira, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

referidas informações confidenciais (os algoritmos do software e dos métodos de negócios da internet).

Pelo que, em suma, embora possível, a via dos segredos de negócios oferecerá quanto muito uma reduzida protecção tanto para o software como para os métodos de negócios na Internet. Mas, será possível o recurso à via das patentes?

§ 3. A delimitação do objecto de patentes no Código da Propriedade Industrial e na Convenção de Munique sobre a Patente Europeia

Com esta interrogação entramos directamente no nosso tema. Trata-se de saber se os programas de computador e os métodos de negócios podem ser objecto de patentes. Para o efeito, consideremos desde logo as fontes do direito industrial vigente em Portugal, começando pelo Código da Propriedade Industrial (CPI).

Em termos gerais, o art. 51.º do CPI dispõe que podem ser objecto de patente as invenções novas, implicando actividade inventiva, se forem susceptíveis de aplicação industrial, podendo obter -se patentes para quaisquer invenções, quer se trate de produtos ou processos, em todos os domínios da tecnologia, desde que essas invenções respeitem os requisitos de patenteabilidade (art. 55.º). Para começar, uma invenção é considerada nova quando não está compreendida no estado da técnica, o qual é constituído por tudo o que, dentro ou fora do País, foi tornado acessível ao público antes da data do pedido de patente, por descrição, utilização ou qualquer outro meio, bem como pelo conteúdo dos pedidos de patentes e de modelos de utilidade requeridos em data anterior à do pedido de patente, para produzir efeitos em Portugal e ainda não publicados (art. 56.º). Depois, uma invenção implicará actividade inventiva se, para um perito na especialidade, não resultar de uma maneira evidente do estado da técnica. Finalmente, uma invenção é susceptível de aplicação industrial se o seu objecto puder ser fabricado ou utilizado em qualquer género de indústria ou na agricultura (tangibilidade ou realidade da aplicação).

Ora, se o software e os métodos de negócios satisfizessem estes requisitos, poderia equacionar-se a sua protecção pelo direito de patente. Todavia, é extremamente duvidosa a possibilidade de satisfação do requisito da tangibilidade ou realidade da aplicação. Por isso, tradicionalmente, os métodos de negócios encontravam-se ou no domínio público ou eram apenas protegidos como segredos comerciais. Não eram considerados como

possíveis objectos de patente porque se trataria de meros conceitos sem conexão com os objectos físicos.⁵

Por outro lado, a Convenção de Munique sobre a Patente Europeia (1973) estabelece que os programas de computador e os métodos de negociação, enquanto tais, não podem ser objecto de patentes (CPE, art. 52.º). Em conformidade, o CPI dispõe no art. 52.º, 1-d, que os projectos, os princípios e os métodos do exercício de actividades intelectuais em matéria de jogo ou no domínio das actividades económicas, assim como os programas de computadores, como tais, sem qualquer contributo, não podem ser objecto de patentes. O nº 3 do mesmo artigo ressalva, porém, que nestas situações só é excluída a patenteabilidade quando o objecto para que é solicitada a patente se limite aos elementos nele mencionados.

§ 4. As patentes de invenções relacionadas com programas de computador na prática do Instituto Europeu de Patentes

A referida ressalva tem em conta a casuística do Instituto Europeu de Patentes, que tem admitido patentes de invenções relacionadas com programas de computador desde o caso SOHEI (um sistema informático que envolvia um conjunto de tarefas de gestão independentes, incluindo gestão financeira e de inventários, e um método de operação do sistema - T769/92, OJ 1995, 525). Com efeito, apesar da proibição convencional, a casuística deste Instituto tem admitido patentes de programas de computador que produzam efeitos técnicos não materiais, com destaque para o sector das tecnologias da saúde.⁶

Assim, a não protecção dos programas de computador, enquanto tais, significará que, de modo a que uma invenção relacionada com programa de computador possa ser objecto de patente é necessário que tenha natureza técnica, utilizando meios técnicos, resolvendo algum problema técnico e produzindo algum efeito técnico. Tenha-se em mente, por exemplo, um software de navegação GPS que permite calcular o caminho mais rápido entre dois pontos. Mas pense-se ainda nos programas de computador que controlam o robot de produção de automóveis, de circuitos integrados ou até de pilotagem automática de aviões.

§ 5. O objecto do direito de patente no Acordo ADPIC/TRIPS e a recente casuística do direito norte-americano (State Street, eBay)

⁵ WIPO/MOST, *Patenteability of Computer Software and Business Methods*, Genebra, 2003.

⁶ Alexandre Libório Dias Pereira, *Patentes de software: sobre a patenteabilidade dos programas de computador*, Direito Industrial - I, FDUL/APDI, Almedina, Coimbra, 2002, § 7.

Uma outra fonte do direito intelectual vigente em Portugal é o Acordo ADPIC/TRIPS, o qual todavia não exclui os programas de computador nem os métodos de negócios do objecto das patentes. Com efeito, este Acordo estabelece que, em princípio, as patentes devem proteger quaisquer invenções, quer se trate de produtos ou processos, em todos os campos da tecnologia, na medida em que seja novas, envolvam actividade inventiva e possam ter aplicação industrial (art. 27.º, 1). O Acordo acrescenta, no n.ºs 2 e 3 do artigo 27, certas invenções para as quais os Estados podem recusar patentes.

Todavia, os programas de computador e os métodos de negócios não são expressamente excluídos do objecto das patentes nem aí incluídos, ficando o problema em aberto, podendo a sua protecção ser justificada enquanto processos da tecnologia informática na medida em que não sejam "óbvios".

Ora, com efeito, debaixo do «guarda-chuva» internacional co-existem o direito norte-americano, que tem assistido a uma explosão das patentes de software e de comércio electrónico (rege a máxima "patent first, discuss later"), e o direito europeu, que continua a admitir apenas as patentes de invenções relacionadas com programas de computador. Com efeito, nos EUA um método de negócio de gestão do portfolio de investimento foi considerado objecto de patente no *State Street Bank & Trust v. Signature Financial Group* (Fed. Cir. 1998). Mais recentemente, na Decisão *eBay Inc v. MercExchange, L.L.C.* o Supremo Tribunal de Justiça dos EUA não recusou a protecção pelo direito de patente a métodos de negociação pela internet.

§ 6. As patentes de software e internet e o desenvolvimento da informática e das redes

Todavia, esta jurisprudência é muito criticada, em especial pelo movimento *Open Source*. Alega-se que as patentes de software e de métodos de negociação na internet são um entrave ao desenvolvimento da informática e das redes.⁷

A patente dá ao seu titular um direito exclusivo à exploração comercial da invenção durante um período de tempo limitado em troca pela divulgação pública da invenção. A justificação deste sistema é fornecida pela teoria da recompensa, nos termos da qual a recompensa decorrente da exploração da patente e a divulgação pública das invenções daí resultantes encorajará a subsequente inovação, elevando desse modo o nível técnico da indústria de um país com as evidentes vantagens comerciais daí resultantes.

Argumenta-se, todavia, que as patentes de software e de métodos de negócios na internet inibiriam a concorrência neste sector, em virtude da natureza da inovação

⁷ E.g. Jacqueline Lipton, *E-Commerce in the Digital Millennium: The Legal Ramifications of the DMCA and Business Method Patents*, Rutgers Computer & Technology Law Journal 2001, 333; Philip J. Weiser, *The Internet, Innovation, and Intellectual Property Policy*, Columbia Law Review, 2003, 4.

informática, que é de natureza cumulativa e sequencial, envolvendo processos de imaginação colectiva. Trata-se também de deixar espaço para a concorrência dos programadores independentes e de garantir a interoperabilidade dos sistemas e das redes. Pergunta-se ainda se o impacto do software no direito de patente não levará a “perecimento” de certos princípios básicos deste ramo da propriedade intelectual, em especial o princípio da *disclosure*.⁸

Quanto aos métodos de negócios na Internet, tratar-se-ia apenas de adaptação através de aplicações informáticas de métodos dos negócios tradicionais, pertencentes ao domínio público. Pelo que conceder patentes a estes métodos significaria restringir a liberdade de comércio no ambiente electrónico, sem que houvesse um contributo inventivo que o justificasse.

§ 7. Protecção do software, exigências do direito da concorrência e imperativo da interoperabilidade

Coloca-se por conseguinte a questão de saber se as patentes de software e de métodos de negociação na internet constituem um entrave ou antes um incentivo ao desenvolvimento da informática e das redes. Poderia também argumentar-se no sentido de as patentes de software constituírem um obstáculo ao desenvolvimento dos cérebros cibernético.

De todo o modo, impõe-se considerar o problema da compatibilidade destas patentes com as exigências da liberdade de concorrência no comércio electrónico e do imperativo da interoperabilidade, estabelecido na directiva copyright software e salvaguardado na proposta de directiva sobre patentes de invenções relacionadas com programas de computador.

Este conjunto de questões conduz-nos às ao campo do direito da concorrência. E a este propósito diremos apenas, por agora, que mesmo que a política legislativa avance no sentido da emissão de patentes de software e de métodos de negócios na internet, sempre as exigências do direito da concorrência deverão ser atendidas, tal como aliás tem sido prática constante da jurisprudência comunitária ao nível da articulação entre novos direitos exclusivos e a protecção da concorrência mercantil.

Com efeito, tendo em conta a jurisprudência já firmada nomeadamente no caso *Magill* e, mais recentemente, no caso *IMS Health* (Acórdão de 29 de Abril de 2004), o Tribunal de Primeira Instância (TPI) confirmou a decisão da Comissão, entendendo que a recusa por

⁸ Denis Borges Barbosa, *A Propriedade Intelectual: Direitos Autorais, Direitos Conexos e Software*, Lúmen, Rio de Janeiro, 2003, 166.

parte de uma empresa dominante de licenciar informação para interoperabilidade pode constituir um abuso nos termos do art. 82.º do Tratado de Roma quando a informação é indispensável para o exercício de uma actividade num mercado conexo ou vizinho (1), a recusa é susceptível de eliminar a concorrência efectiva (2), e impede o surgimento de um novo produto para o qual existe potencial procura dos consumidores, incluindo através da limitação do desenvolvimento técnico em detrimento dos consumidores, salvo quando essa recusa for objectivamente justificada (3)

Além disso, o TPI determinou que o nível de informação para interoperabilidade será definido por referência ao que for necessário de modo a que os concorrentes da empresa possam manter-se viáveis no mercado, se bem que tenha eliminado a obrigação imposta pela Comissão à Microsoft de esta se sujeitar a uma monitorização por parte de agente independente com acesso nomeadamente à sua informação, documentos e código fonte dos seus programas em causa (caso *Microsoft v. Comissão*, 17 de Setembro de 2007).

§ 8. As patentes de software e internet, *ius excluendi omnes alios* e direitos de remuneração

Se as exigências específicas do direito da concorrência podem justificar a desconsideração dos direitos exclusivos enquanto tais, tal não significa todavia a plena ineficácia desses direitos. É antes de considerar a possibilidade de, verificadas certas circunstâncias, as patentes de software e de métodos de negócios na internet poderão conferir apenas direitos de remuneração.

Foi esse, pelo menos, o entendimento Supremo Tribunal de Justiça dos EUA na decisão *eBay Inc v. MercExchange, L.L.C.* Não recusou a protecção pelo direito de patente de métodos de negociação pela Internet, mas negou-lhe a força de direito exclusivo ao limitar a sua eficácia enquanto direitos a remuneração.

Considera-se que a patente infringida se situa no nível da infra-estrutura intelectual, que o infractor a utiliza enquanto infra-estrutura, e que a invenção patenteada não está disponível em termos razoáveis por via de licenciamento.⁹

Em suporte desta decisão aponta-se uma corrente jurisprudencial texana com vários casos análogos, de que nos dá conta Lee.

Desde logo, na decisão *z4 Technologies, Inc. v. Microsoft Corp.* (Texas 2006) o júri entendeu que o software Windows e Office violavam as patentes da z4 sobre tecnologia de activação de software. Ao invés de condenar a Microsoft a retirar os produtos, que seriam 450 versões do Office e 600 versões do Windows, o tribunal considerou que seria bastante

⁹ Peter Lee, *The Evolution of Intellectual Infrastructure*, Washington Law Review, 2008, 104 (“eBay opens the door for a social feedback mechanism in patent law that relaxes exclusive rights on inventions that become infrastructure.”).

uma indemnização por perdas e danos. Tanto mais que um novo lançamento destes programas iria causar danos em massa, tendo em conta a sua adopção generalizada. Em suma, o Tribunal condenou a Microsoft numa indemnização de 115 milhões de dólares e a Autodesk em 18 milhões.

O mesmo tribunal, num outro caso análogo, ainda que relativo a sector de actividade diferente (Paice v. Toyota Motor Corp., Texas 2006), entendeu que a Toyota violara as patentes da Paice na tecnologia de motores híbridos, mas recusou condenar a Toyota a retirar os produtos do mercado, condenando-a apenas numa indemnização por perdas e danos (uma espécie de *royalties* compulsórias de criação judicial). O tribunal teve em conta que a Paice não estava a explorar directamente a patente, mas apenas a explorar o seu licenciamento.

Nestes casos, não estariam em causa sequer invenções directamente extraídas da infra-estrutura intelectual. Estas empresas utilizariam as patentes apenas como armas de ameaça para exigir royalties muito elevadas.

§ 9. Preservação do domínio público das ideias e considerações conclusivas

Sem por em causa o acerto desta jurisprudência, que para nós tem valor meramente informativo, destaca-se de todo o modo a importância de preservar como bens do domínio público os fenómenos físicos, as leis naturais e ideias abstractas.

Além disso, desenha-se uma linha de analogia entre os vários ramos da propriedade intelectual, no sentido da elaboração de princípios comuns, nomeadamente o princípio da liberdade das ideias – enquanto infra-estrutura intelectual essencial -, que justifica nomeadamente a não protecção pelos direitos de autor de ideias, processos, sistemas, métodos operacionais, conceitos, princípios ou descobertas, uma vez que estes elementos, por si só e enquanto tais. Neste sentido, tal como os tribunais em casos de nomes genéricos consideram dados de mercado, inquéritos de consumidores e informação industrial para determinar se uma marca se tornou genérica, também nos casos de patentes os tribunais poderiam considerar provas semelhantes para determinar de que modo uma utilização particular de uma invenção patenteada é infra-estrutural.¹⁰

Concluindo, a tendência para o alargamento do objecto do direito de patente, no sentido de incluir os programas de computador e os métodos de negócios na internet, está longe de ser pacífica. Além disso, não deixa de ser significativo que mesmo nos EUA, onde

¹⁰ Peter Lee, *The Evolution of Intellectual Infrastructure*, Washington Law Review, 2008, 118 (“One could also analogize this proposal to a doctrine of *scenes à faire* for patents. If a patented invention becomes ‘stock’ or ‘standard’ for conducting a wide range of valuable downstream research, it becomes subject to liberalized access.”).

essa tendência é mais forte, as patentes de software e internet sejam reduzidas a meros direitos remuneratórios, sem os poderes de um *ius excluendi omnes alios*.

Quem defendia que na busca da solução mais adequada para a protecção do software a “aproximação deve fazer-se com as patentes, e não com o direito de autor”¹¹, talvez encontre no actual movimento de patentes de software e internet um reconhecimento tardio do acerto dos argumentos apresentados na discussão então travada. Reconhecimento que acaba por ser imposto, de igual modo, pela exaustão da via software copyright, tal como mostra a casuística americana ao nível da aplicação das doutrinas *merger* e *scènes a fair*, e do teste abstracção-filtragem-comparação para identificar os elementos dos programas susceptíveis de protecção, bem como pela aplicação do princípio do *fair use* ao software traduzido nomeadamente na licitude do *reverse engineering* para fins de interoperabilidade.

De resto, no direito comunitário, apresentou-se como provisória a solução harmonizadora da Directiva 91/250 (“numa primeira fase”), e, além disso, o regime de descompilação que inovadoramente consagrou pouco ou nada tem a ver com direitos de autor clássicos. Em causa está, fundamentalmente, a equiparação directa dos programas de computador às obras literárias, que a nossa lei interna recusou DL 252/94 aquando da transposição da directiva comunitária.

Seja como for, existirá um conflito entre dois instrumentos de direito internacional, já que o Acordo ADPIC/TRIPS parece permitir o que a Convenção de Munique sobre a Patente Europeia exclui, i.e. as patentes de programas de computador, enquanto tais, i.e. qua tale ainda que não relacionados com quaisquer outras invenções.

No direito interno o novo Código da Propriedade Intelectual alterou a redacção da norma que delimita o objecto das patentes, no sentido de excluir apenas os programas de computador enquanto tais, sem qualquer contributo (art. 52.º, 1/d). Poderá identificar-se aqui uma influência do critério mais amplo do “não óbvio” previsto no Acordo ADPIC e um sinal de abertura para as patentes de software e internet segundo a política do “*patent first, discuss later*”.

Da nossa parte, somos favoráveis à admissibilidade de patentes para processos codificados nos programas de computador, em que se traduzem os algoritmos implementados na sua escrita. É sobretudo a este nível que se dá a inovação tecnológica neste campo, pelo que não se compreenderá a exclusão dos frutos da inventividade deste ramo da propriedade intelectual, que de outro pouco beneficiará.

¹¹ José de Oliveira Ascensão, *A protecção jurídica dos programas de computador*, ROA 1990, 117. Ver Livro Verde da Comissão, *Os direitos de autor e o desafio da tecnologia*, 1988, 176.

De todo o modo, impõe-se um criterioso escrutínio sobre a existência de contributo inventivo, de modo a evitar que o direito de patentes se converta num sistema de apropriação privada de bens do domínio público.

Além disso, parece-nos claro que, tal como as exigências da concorrência podem impor compressões significativas ao software copyright, o mesmo valerá para as patentes, além de que “a função social destes direitos justifica, em sede de patentes, que o respectivo titular possa ser obrigado a conceder licença para a exploração do respectivo invento.”¹²

§ 10. Legislação: Convenção relativa à concessão de patentes europeias, de 5 de Outubro de 1973; Directiva n.º 87/54/CEE, do Conselho, de 16 de Dezembro de 1986; Directiva n.º 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador, transposta para a ordem jurídica interna pelo Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro; Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março; Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, alterado e republicado em Anexo pela Lei n.º 16/2006, de 1 de Abril; Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (TRIPS/ADPIC, 1994).

¹² Alexandre Libório Dias Pereira, *Patentes de software*, cit.