



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

**A PROTEÇÃO DO *SOFTWARE* APLICADO À PROPRIEDADE
INDUSTRIAL: PROBLEMÁTICA E CONSIDERAÇÕES**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Ana Catarina Fragoso

Orientador: Professor Doutor Ruben Bahamonde

Número da Candidata: 20130420

Dezembro de 2018

Lisboa

AGRADECIMENTOS

Ao longo deste ano recebi o apoio de diversas pessoas, querendo mencionar:

- A minha família pelo o apoio incondicional na decisão deste tema.
- Os amigos por me terem dado diverso alento quando a força não estava lá.
- O meu orientador Professor Doutor Rúben Bahamonde pelo tempo dispendido, conhecimentos fornecidos e pelas recomendações oferecidas.
- A Universidade Autónoma de Lisboa por me ter dado esta oportunidade.
- A biblioteca da Procuradoria Geral da República, pela sua excelente qualidade e quantidade de livros requisitados.

A todos, o meu Muito Obrigada!

RESUMO

A Propriedade Intelectual é um direito *sui generis*, que protege juridicamente as criações feitas a partir do conhecimento humano e fornece direitos exclusivos aos seus criadores. Estes direitos referem-se à sua integridade moral, à concessão de licenças para a disposição da obra e princípios que lhes estão garantidos. Dá-se exemplo do princípio da liberdade de criação cultural, acesso e liberdade de informação, etc.

Dos Direitos de Autor e de Direitos Conexos, toma-se como um direito *strito sensu*, estes direitos encontram-se disponíveis ao autor e retém poder sobre a utilização do seu produto. É um direito exclusivo e excludente em que terceiros só poderão utilizar o nome da obra mediante autorização prévia do seu autor. No entanto, aquele que comprar uma cópia da obra retém a sua propriedade, apenas não pode ter ganhos económicos. O Direito de Autor não necessita de quaisquer requisitos ou registo para que a pessoa obtenha esses direitos de exclusividade. Apenas necessita que a obra seja criada.

A Propriedade Industrial tem características semelhantes ao Direito de Autor, pois trata-se de um direito constitutivo, exclusivo e excludente e tem como objectivo proteger objectos originais que estimulam o desenvolvimento da sociedade. Ao contrário dos Direitos de Autor, é obrigatório o preenchimento de diversos requisitos, sendo igualmente necessário que a Instituição responsável pelo registo de patenteação (e outros tipos de objectos de registo como os Modelos de Utilidade), aceite o pedido e o pagamento de taxas por parte do inventor. Este facto acarreta então, um maior tempo de espera e custos adicionais relativamente à Propriedade Industrial.

Qual o enquadramento jurídico do *Software*? Trata-se de um objecto sem corpo físico, que necessita de um meio físico para alcançá-lo e que se adapta a diferentes tarefas. Há diferentes modos de protecção aplicada, como poderá ser abrangido no Direito Económico em que existe um interesse empresarial. No Direito Civil, aplica-se o Direito de Propriedade que é consagrado nos Direitos de Obrigações e Direito Penal, quando uma entidade usurpa o nome da invenção ou furta a ideia. Assim, protege os interesses do seu criador.

Ao definir estes modos de protecção jurídica, o *Software* é um objecto de natureza mutável que não retém corpo físico podemos questionar a viabilidade que futuramente continua como um objecto protegido pelos Direitos de Autor ou se irá ser criado uma protecção especializada para o *Software*.

Palavras-Chave: Propriedade Intelectual; Copyright; Direitos de Autor; Propriedade Industrial.

ABSTRACT

Intellectual Property is a branch of Law considered as *sui generis*, where its main objective is to protect creations made by human knowledge, while also offering exclusive rights to their creators, enclosing moral rights, economic rights and licensing's, while also providing basic rights, as in, freedom of cultural creation, access and freedom of information.

In *latus sensus*, in what concerns a perspective of the Intellectual Property, it is possible to notice a separation between Author's Rights Law and Industrial Property, being this idea applied in Portuguese National Law. In a more international point of view, this divergence changes, for example in Brazil, where Intellectual property adds another point called *sui generis Law*, applied to Economics Law, while in the UK this division is not applied. It is divided in 4 large areas, as in *Copyright*, patents, design rights and trademarks.

In Author's Right Law it is possible to see that it is a *stricto sensus* law, which means that the rights that are applied in this branch are given only to its creator, being this one able to decide what to do with its name and creation. Thus it is also considered as a probatory and exclusive right, not having any requirements to be fulfilled when the necessary registration of his work is made.

Industrial Property has a different perspective. It is a constitutive, *latus sensus* and excluding characteristic. While also being considered to be a more restrictive and severe registration, having different requisites for patenting and costing more money, also depending on the territorial coverage that the registration refers to and while also having a policy of "first come first serve" meaning, which excludes other people to patenting something that already has been patented.

With this we scrutinize the perspective of judicial protection towards *Software*. As it is an incorporeal object with an ever changing nature of application, it takes in consideration that as an object that needs to have judicial protection, it arises the question if *Copyright* and Author's Law is the most efficient way to protect it or,

because of its nature it can have a different kind of protection, being Civil, Penal or Economical Law or even Patenting Law where some ordenaments already have this idea applied.

However, there are already different ideas, discussed between legalists, jurists and professors with national and international background they have been discussing this idea as a way to create a Law. Although it has a slow development while technology and *Software* evolves fast.

So we can ask if patenting is considered the best way to apply, while also studying its positive and negative effects on this incorporeal object.

KEYWORDS: Intellectual Property; Copyright; Author Rights; Industrial Property.

ÍNDICE

RESUMO	3
ABSTRACT	5
ÍNDICE.....	7
SIGLAS	9
INTRODUÇÃO.....	10
1. A Propriedade Intelectual: Direitos de Autor e Propriedade Industrial.....	11
1.1 A Propriedade Intelectual como ramo de Direito	12
1.1.1 O conceito e objectivo da Propriedade Intelectual.....	12
1.1.2 A Propriedade Intelectual no ponto de vista da doutrina nacional.....	13
1.1.3 A Propriedade Intelectual no Direito Internacional: A OMPI e a EPO	14
1.1.4 Os Tratados e Acordos ao longo da História da Propriedade Intelectual.....	16
1.2 Os Direitos de Autor e Direitos Conexos e a sua participação dentro da Propriedade Intelectual	20
1.2.1 A relevância dos Direitos de Autor e Direitos Conexos e a sua aplicabilidade	20
1.2.2 A diferenciação entre Direitos de Autor e Direitos Conexos e a Propriedade Industrial no foro legislativo.	22
1.3 A Relevância da Propriedade Industrial em Portugal e na Europa.....	25
1.3.1 Definição e Aplicabilidade.....	25
1.3.2 A Propriedade Industrial na Evolução Histórica.....	26
1.3.3 As Convenções aplicadas à Propriedade Industrial.....	28
1.3.4 O INPI e a legislação portuguesa aplicada ao Direito de Propriedade Industrial.....	30
1.3.5 As divergências entre os Direitos de Autor e Propriedade Industrial	31
1.3.6 Jurisprudência aplicável e os diferentes requisitos para o objeto de patenteação	35
2. A Utilização da Informática: Conceitos técnicos sobre Programas de Computador, Algoritmos, Linguagens de Programação e a sua criação	40
2.1 O <i>Software</i> , algoritmos e a relevância das linguagens de programação	41

2.1.1 Conceito de <i>Software</i> /Programas de Computador	41
2.1.2 A ideia internacional de <i>Software</i>	44
2.2 O algoritmo como processo na criação do programa de computador.....	46
2.2.1 Conceito de Algoritmo e Linguagens de Programação.....	46
2.2.2 O processo na criação de <i>Software</i>	50
3. A Proteção Jurídica do <i>Software</i> : Trajetos, Aplicabilidade no Ordenamento Jurídico Português, a perspectiva Internacional e a possibilidade de patenteação.....	54
3.1 A Proteção Jurídica do <i>Software</i> . Sua evolução	54
3.1.1 Pertinência do Direito no <i>Software</i>	55
3.1.2 Evolução do <i>Software</i> face ao Direito.....	56
3.1.3 Teses defendidas em relação a esta proteção aplicados na perspectiva temporal.....	57
3.2 A proteção deste objecto através do <i>Copyright</i> /Direitos de Autor do ponto de vista europeu e nos EUA	59
3.2.1 A evolução histórica até à proteção nos dias de hoje, na perspectiva europeia	59
3.2.2 A proteção do <i>Software</i> perante os EUA	62
3.3. O Objeto de Patenteação de <i>Software</i> : ideia geral, consequência da aplicação e outras direções de proteção	67
3.3.1 As diferentes formas de proteção que contemplam a proteção dos Programas de Computador.	67
3.3.2 A ideia de patenteação dos Programas de Computador e Relevância no mundo do Direito	69
4. A Viabilidade do <i>Software</i> como Objeto de Patenteação. Conclusões Retiradas	71
4.1 A dupla proteção jurídica aplicada ao <i>Software</i>	71
4.2 Vantagens e desvantagens levadas à patenteação de <i>Software</i>	73
4.2.1 Vantagens	73
4.2.2. Desvantagens.....	74
CONCLUSÃO.....	76
FONTES	78

SIGLAS

Art. – Artigo

BGB – *Burgerliches Gesetzbuch*

CC – Código Civil

CEE – Comunidade Económica Europeia

CRP – Constituição da República Portuguesa

CDADC – Código de Direitos de Autor e dos Direitos Conexos

CPI – Código de Propriedade Industrial

DA e DC – Direitos de Autor e Direitos Conexos

EPO – *European Patent Office*

IIC – Invenções Implementadas pelo Computador

INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial

GATT – *General Agreement on Tariffs and Trade*

OMC – Organização Mundial de Comércio

OMPI/WIPO – Organização Mundial de Propriedade Intelectual/*World Intellectual Property Organization*

PI – Propriedade Intelectual

TRIPS – *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property*

UE – União Europeia

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, principalmente nas últimas três décadas, a evolução tecnológica em relação à informática (tecnologias de informação) tem vindo a ter cada vez mais desenvolvimento: por exemplo a utilização do telemóvel que, na década de 80 e 90, era apenas utilizado para fazer chamadas. Actualmente tem tantas aplicações como um computador, tem sofrido uma notória transformação.

Sendo este apenas um exemplo entre vários, vê-se a força que a tecnologia, na sua evolução tem tido dum ponto de vista social e económico, para a sociedade e empresas.

Quando existem normas jurídicas que contemplam as questões técnicas da sociedade, verifica-se que por vezes, tais normas jurídicas não conseguem acompanhar a evolução tecnológica à velocidade que se desejaria.

Por vezes, tal facto, deve-se a uma questão legislativa desadequada, como também a factores políticos que o legislador por vezes não tem em conta. Por outro lado, deve-se também ao facto do Direito ter necessidade de recorrer a outras ciências, designadamente à Medicina, à Física, à Informática, à Matemática e outras. Isto é, o Direito e a Lei em contraponto com certas ciências que se denominam exactas.

Muitas vezes nos ordenamentos jurídicos de vários países, surgem leis normativas, conjuntos de leis e sobretudo jurisprudência um tanto ou quanto inócuas e desajustadas da realidade.

O *Software* abarca no sentido de oferecer protecção jurídica a vários pontos constitutivos do Direito Privado, por exemplo: os Direitos de Autor e Direitos Conexos e Propriedade Industrial, Direitos Reais, entre outros.

1. A Propriedade Intelectual: Direitos de Autor e Propriedade Industrial

A Propriedade Intelectual define-se como um agrupamento de direitos, no qual se procura proteger as criações do intelecto humano, estas criações levam a promover a cultura e a arte e desenvolver a inovação. Por esta via conferem-se direitos exclusivos aos seus autores/criadores, protegendo assim bens inatingíveis (sem corpo físico).

Para diversos teóricos nacionais, considera-se que a Propriedade Intelectual subdivide-se em duas grandes áreas deste direito: os Direitos de Autor e Direitos Conexos e os Direitos de Propriedade Industrial. Como este primeiro Direito indica, tem como objectivo proteger os bens que são considerados artísticos (bens com características patrimoniais), abrangendo as áreas artísticas e literárias e também protegendo a interpretação por parte do autor (bens morais, que têm uma natureza pessoal).

O Direito de Propriedade Industrial aplica-se a outros bens incorpóreos, que maioritariamente são empregues, no sector industrial, tendo este Direito o objectivo de proteger as criações industriais (como as invenções Modelos de Utilidade, desenhos e topografias) e os sinais distintivos (relativamente à marca, sigla e logótipo).

Tradicionalmente, diferentes autores e juristas nacionais consideram que os Direitos de Autor e Direitos Conexos e a Propriedade Industrial estruturam-se a partir da Propriedade Intelectual que é aplicado no nosso ordenamento jurídico, mas que em outros países, tanto na UE¹ como fora, têm uma divisão diferente, dando como exemplo o Reino Unido em que a Propriedade Intelectual pretende abranger tanto as obras que são protegidas pelos Direitos de Autor como os objectos de protecção da Propriedade Industrial (patentes, designs e sinais distintivos).

1.1 A Propriedade Intelectual como ramo de Direito

A tutela das criações intelectuais tem vindo a sofrer uma grande evolução, principalmente como consequência dos progressos tecnológicos e da digitalização da

¹ Através da publicação do “ *European Commission 1996 First Action Plan for Innovation in Europe*” a Europa tem adoptado uma aproximação baseado num sistema eficiente, de modo a que se consiga chegar

economia, onde o resultado levou a adquirir uma maior autonomia nesta área do conhecimento jurídico.

1.1.1 O conceito e objectivo da Propriedade Intelectual

A Propriedade Intelectual pretende proteger as obras criadas por diferentes autores e em determinados âmbitos. O objecto destes direitos está consagrado na Convenção da OMPI onde se define a Propriedade Intelectual como “*a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da actividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à protecção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à actividade intelectual nos domínios industriais, científico, literário e artístico*”².

Mostra que o seu objectivo principal não só protege os interesses dos seus autores, mas também oferece direitos exclusivos na perspectiva moral e económica. Ajuda também o investimento, o desenvolvimento cultural, artístico e tecnológica.

Numa perspectiva da União Europeia com a Directiva 2004/48/CE, de 29 de Abril de 2008, define o respeito pelos direitos da Propriedade Intelectual³ que não só oferece direitos de exploração e trazem benefícios de exploração económica à obra, como faz referência ao Direito Económico. Como exemplo, podemos indicar os livros que se desenvolveram para outras áreas como o cinema, o *merchandising* e videojogos. Do mesmo modo, existe uma protecção contra os diferentes crimes aplicados, que estão associados ao abuso e desrespeito pelos interesses do autor, igualmente protegendo do crime a que é mais utilizado nos dias de hoje: a cópia ou roubo de identidade por parte do criador da obra online, encontra-se este crime no Direito Penal.

² WIPO- *Publications* 2004 trad. [Consult. a 3 de Abril de 2018] de Disponível em <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=99&plang=EN>. E também traduzido em Português <http://200.201.88.180/nit/index.php/propriedade-intelectual/o-que-e-propriedade-intelectual> Também se faz referência à Convenção para o Estabelecimento da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, estabelecida a 14 de Julho de 1967 tendo depois entrado em vigor a 26 de Abril de 1970. Tendo entrado em Portugal pelo Decreto n°9/75.

³ Directiva aplicada à lei que estabelece os direitos respeitantes ao Direito de Propriedade Intelectual- JO-L 157, 30 de Abril de 2004.

Esta tese parte do princípio que uma das autoras internacionais⁴ considera que sem a Propriedade Intelectual não é possível o incentivo à inovação e mostra que este direito é irrepreensível a uma boa prática evolutiva económica, não só na perspectiva nacional mas também global.

1.1.2 A Propriedade Intelectual no ponto de vista da doutrina nacional

Na nossa doutrina⁵ e também na doutrina do Direito da União Europeia considera-se a mercantilização da própria Propriedade Intelectual como um facto, o que mostra que tanto os Direitos de Autor, o Direito da Informática como também os Direitos Industriais, não são protegidos apenas perante o cidadão singular, como autor ou como inventor. Leva igualmente a apaziguar os interesses económicos das grandes empresas, tendo como base justificativa que as patentes terão apenas sido criadas como um meio de recompensa para o inventor, estando no entanto, obrigado a divulgá-las como meio de beneficiar a sociedade.

Todavia, a patente torna-se como um meio exclusivamente comercial, oferecendo maiores benefícios e privilégios aos países industrializados e deixando em prejuízo os países menos economicamente e tecnologicamente avançados. De tomar em consideração outros sinais como a marca e o logótipo, existe um reforço maioritário e constante de os entregar ao próprio titular e protecção sua protecção, passando então a tornar-se mais autónomo em relação a qualquer tipo de problema em que a marca poderá ser confundida com uma outra semelhante se houver lapsos no seu registo.

Isto pode levar a uma desproporcionalização entre as pequenas empresas e as grandes empresas, como refere o Dr. OLIVEIRA DE ASCENÇÃO⁶. Delimita que o

⁴ Fazendo citação a MARIE-THÉRÈSE HUPPERTZ, *"Innovation is thus dependent on the recognition of these intellectual property rights and the adoption of innovation as the prime weapon of competition in many of the leading sectors of the economy may well lead to the continuation of the remarkable growth in the innovative activity"*. Cfr. GOTZEN, F. - *The Future of Intellectual Property in the Global Market of the Information Society*, Capítulo II *The Basic Legal Ingredients of Innovation and Growth : Strong Intellectual Property Rights*. HUPPERTZ, Marie Thérèse pp. 64 – Universidade de Katholieke, Bruxelas, ed. Bruylat.

⁵ Fazendo referência a este autor torna-se relevante citar “ (...) Uma manifestação flagrante está na circunstância de a entidade que é hoje decisiva na disciplina dos direitos intelectuais, não ser hoje nem a UNESCO nem a OMPI mas a Organização Mundial do Comércio. (...) São antes mais objecto do comércio internacional.”, Cfr. ASCENÇÃO, José Oliveira de – Sociedade de Informação e o Mundo Globalizado- Artigo da Sociedade Portuguesa dos Autores pp. 13-14

⁶ “(...) as marcas de grande prestígio são basicamente as marcas de grandes empresas mundiais. (...) sem nenhuma contrapartida em qualquer interesse público, se tende a atribuir a essas empresas, gradualmente, o puro monopólio dum sinal.” *idem*, pp. 15

próprio conhecimento toma-se como um meio de lucro e não de evolução comunitária que a União Europeia tem como um dos seus objectivos a proteger. No entanto, esta ideia é refutada por juristas, notando que a evolução tecnológica e informática são um activo muito valioso para a sociedade independentemente dos lucros gerados. Pensa-se, por exemplo, no *Software Livre* como *Android* e *Linux*, que respectivamente servem como fundação, na qual a maioria dos telemóveis opera em servidores de empresas a um nível elementar⁷.

Com esta crescente evolução tecnológica, torna-se evidente que as sociedades vão investir neste tipo de bens e procurar a protecção contra os outros concorrentes. Neste contexto, a Propriedade Intelectual ganhou um papel cada vez mais relevante no processo concorrencial⁸ e especificamente no domínio tecnológico.

1.1.3 A Propriedade Intelectual no Direito Internacional: A OMPI e a EPO

No que toca a um conceito de valor intrínseco e definitivo ainda nos dias de hoje, gera-se argumentos entre autores e juristas no que toca à sua definição do ponto de vista internacional. No entanto, existe um consenso geral em termos de objectivo aplicado mas, dependendo do país, há diferenças no seu nome. Na perspectiva anglo-saxónica não existe uma diferenciação relativamente à Propriedade Intelectual e à Propriedade Industrial, ambas se fundem⁹ num só Direito, apesar da sua diferenciação. O seu objectivo principal é defender os direitos dos criadores e dos objectos que foram criados. Há uma diferenciação dependendo do ordenamento jurídico criado, de maneira a que não haja quaisquer equívocos que seja possível gerar tanto em termos sociais como legislativos¹⁰.

⁷ Pode-se encontrar que a utilização de *Android* como sistema operativo para o telemóvel consta de 80% a 90% de utilizadores. Comparativamente com outro sistema IOS utilizado pela empresa Apple. Pode-se encontrar mais informação em <https://www.statista.com/topics/876/android/>

⁸ Não querendo entrar muito neste paradigma, ver PEREIRA, Alexandre Dias – Arte, Tecnologia e Propriedade Intelectual pp. 7 e ss [Consult. a 12 de Março de 2018]. Disponível em <http://www.apdi.pt/publicacoes-e-artigos/artigos-2/>.

⁹ Ou seja, aqui não existe o subramo da Propriedade Industrial, apenas coexistem os Direitos de Autor e a Propriedade Intelectual. Usa-se a expressão “*Intellectual Property*”.

¹⁰ Como o caso em Portugal em que se refere a Propriedade Intelectual, tendo esta expressão linguística referente a diferentes autores como ASCENÇÃO, Oliveira de in *Direito Comercial* – vol. II , 1988, MENDES, Ohen in *DIREITO INDUSTRIAL* – vol.I, 1983 entre outros, mas em Espanha refere-se a “*propriedad intelectual*” aquando se refere apenas a Direitos de Autor e Direitos Conexos, e no que toca a Alemanha insere-se a expressão “*geistigen Eigentums*”, que traduzido, refere-se a direito espiritual já que procura proteger bens incorpóreos.

È protegido apenas por uma legislação, sendo necessário, para a Propriedade Industrial, ter diferentes orientações a que se pode ser proteger, já a Propriedade Intelectual influencia e promove a evolução tecnológica e artística. A sua aplicabilidade difere dependendo das diferentes legislações, isto é, havendo três categorias em relação a este Direito¹¹, nomeadamente a Propriedade Industrial¹², as Obras Protegidas pelos Direitos de Autor¹³ e as Estratégias Comerciais¹⁴, que têm protecção ao nível Europeu, através da Convenção da OMPI e outras Convenções Internacionais e Acordos, cada ordenamento jurídico segue a sua legislação nacional.

Como existem diferentes interpretações para o Direito de Propriedade Intelectual a sua documentação deverá ser adaptada à economia e protecção do criador, de uma maneira mais eficiente. No entanto, isto torna-se num processo ineficiente e dispendioso, já que de uma forma comum, poderá haver contratos entre pessoas de diferentes países, tendo então as partes de ser obrigadas a decidir qual as legislações a utilizar, tornando a adaptabilidade dos contratos de transferência e concessão de tecnologia bastante deficientes, pois na formação destes contratos ao fazer as diversas alterações poderá levar a diferentes erros entre as legislações aplicadas em dois países ou mais.

¹¹ Podendo encontrar relativamente a isto mais informação em https://europa.eu/youreurope/business/start-grow/intellectual-property-rights/index_pt.htm.

¹² Sendo este Direito o que está mais evidenciado e dando mais detalhe ao longo deste projecto.

¹³ Coloca-se em evidência a inserção de Programas de Computador.

¹⁴ Aqui inserem-se os Acordos *Know-How*, os contratos de confidencialidade, segredos comerciais e os contratos de transferência de tecnologia rápida.

1.1.4 Os Tratados e Acordos ao longo da História da Propriedade Intelectual

Em termos históricos, a Propriedade Intelectual começou a ter a sua relevância mais precisamente na Convenção de Paris¹⁵ em que instituiu a Organização Mundial de Propriedade Industrial (OMPI)¹⁶, fazendo com que mais de 180 países se unissem para definir a protecção de direitos aduaneiros. A origem da OMPI¹⁷ foi criada em 1883, relativamente à Convenção de Protecção de Propriedade Industrial¹⁸ e em 1886 com a Convenção de Berna¹⁹ e a Protecção de Obras Literárias e Artísticas. Tendo a Convenção de Paris como objectivos²⁰ a promoção de protecção da Propriedade Intelectual pelo mundo inteiro e estabelecer uma cooperatividade administrativa perante as Uniões Aduaneiras, estabelecidos neste mesmo Tratado. Nos dias de hoje ambos estes Tratados continuam a ser bastante relevantes nas diferentes instituições como a OMPI, mas também no Instituto da EPO²¹.

Em relação ao objecto jurídico em que a Propriedade Intelectual é aplicado nesta Convenção, também é dada como uma definição, que visa proteger os “*Bens Intangíveis*” ou também referido como Bens Incorpóreos²², estes bens que ao contrário de outros bens que têm corpo físico, não têm qualquer propriedade física, necessitando de um meio físico levando à ideia que assim não se protege o bem em si, mas sim a ideia deste e o seu produtor, à semelhança da nossa doutrina portuguesa²³.

¹⁵ Convenção de Paris que Institui a Organização Mundial de Propriedade Industrial, de 20 de Março de 1883, tendo sido revista em Bruxelas em 1900, também em Washington em 1911, Haia em 1925, Londres em 1934, Lisboa 1958 e Estocolmo em 1967, tendo depois ter sido ratificado pelo DL. nº 22/75 de 22 de Janeiro.

¹⁶ Cfr. *WIPO CONVENTION- Convention Establishing the World Intellectual Property Organization*, tendo sido assinada em Estocolmo a 14 de Julho de 1967 e por sua vez, entrando em vigor em 1970 tendo tido a sua última retificação a 28 de 1979.

¹⁷ Também conhecido como WIPO em inglês.

¹⁸ Que num capítulo próximo será mais delimitado.

¹⁹ Convenção de Berna Relativa à Protecção de Obras Literárias e Artísticas, 9 de Setembro de 1886. Ato de Paris, 24 de Julho de 1971, tendo sido depois aprovado para a sua adesão pelo Decreto-Lei nº 73/78, e publicado em Diário da República nº 170 a 26 de Julho de 1978.

²⁰ Cfr. *idem* art.3.

²¹ *European Patent Office*- Instituição equivalente à INPI que regista invenções, patentes e outros componentes da Propriedade Industrial em toda a União Europeia.

²² Guia Manual de Propriedade Industrial e Intelectual para empreendedores e empresas de base tecnológica- INESPO Jorge Dominguez pág. 3

²³ “*Ideações que uma vez saídas da mente e, por conseguinte, discerníveis, ganham autonomia em face dos meios que as sensibilizam ou exteriorizam e em face da própria personalidade criadora justificando uma tutela independente da tutela da personalidade como da tutela dos meios ou objectos corpóreos que são o suporte sensível dessas mesmas ideias*” in CARVALHO, Orlando de – Direito das Coisas, Ed. Coimbra 1977, pp. 181.

Igualmente encontra-se na legislação alemã a denominação de coisas previstas no art.º 90 do BGB²⁴ em que se cita “*Coisas no sentido da lei são apenas objectos corpóreos*”, referindo-se a ideias de obras literárias e outros objectos como os Programas de Computador, considerados pelo direito alemão como “*Direito Espiritual*”²⁵. Estes bens incorpóreos não são possíveis de serem visualizados sem necessitar de um meio físico. Assim torna-se possível discernir que a Directiva Europeia que está aplicada leva a alguns problemas em termos do seu enquadramento, tanto numa perspectiva dogmática dos Direitos de Autor mas também de Propriedade Industrial, já que ambos gozam de protecção constitucional relativamente à sua propriedade e exploração.

Ainda querendo referenciar autores da nossa doutrina²⁶, considera-se que o Direito Industrial, não pode ter a sua definição baseada puramente no estado físico do objecto. Não podendo então ser considerado como o Direito das Coisas Incorpóreas.

Dos argumentos defendidos por autores, categoriza-se diferentes bens incorpóreos, o que pode existir uma concordância no que concerne à aplicabilidade relativamente a uma obra musical. É o oposto de um sinal distintivo e diferente de uma criação industrial, apesar de todos estes bens pertencerem ao grupo dos bens incorpóreos, no sentido de tanto criação e utilização, como também o seu conteúdo de direito em termos de originalidade ou património e referente à validade de objecto. Este facto mostra que relativamente a um ponto de vista estritamente dogmático-jurídico por parte do Direito Industrial, não pode estar completamente fixado na categoria dos bens incorpóreos, a que o autor refere.

A ideia geral do objecto incorpóreo aplica-se relativamente aos Direitos de Autor e é aplicado aos Direitos do Inventor e apesar de pertencerem ao nosso ordenamento legislativo, divergem em duas partes, o primeiro de Propriedade Industrial referentemente ao inventor e o segundo que se propaga para os Direitos de Autor. Apesar destes dois sujeitos singulares reterem um poder semelhante perante a legislação

²⁴ Artigo 90º *Bergiff de Sasche* (Código Civil Alemão) de 1998.

²⁵ PEREIRA, Alexandre Dias – Arte, Tecnologia E Propriedade, artigo Associação Portuguesa de Autores

²⁶ “*Os bens incorpóreos não são todos iguais ou equivalentes. (...) não se pode aceitar uma unidade jurídica à volta dos bens corpóreos (...) podem falar-se de uma natureza incorpórea comum de distintos objectos de direito, mas não de uma disciplina jurídica comum sobre os bens incorpóreos ou imateriais;*”. COUTO GONÇALVES, Luís M.- Manual de Direito de Propriedade Industrial 2015 pp. 19.

portuguesa aplicada, ambos tem duração de prazos de protecção dos seus direitos e deveres diferentes.²⁷

Em Portugal como em Espanha, tanto a Propriedade Intelectual como a Propriedade Industrial, são ambas regulamentadas pelas leis nacionais que contêm organismos responsáveis na sua aplicação como o INPI em Portugal e a OEPM em Espanha. Ambas estão perante a alçada da União Europeia, como também, numa perspectiva intercontinental, têm um sistema comum de protecção.

Igualmente, existe relevância no Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio²⁸, tendo sido assinados em 1994. É bastante relevante para a Propriedade Intelectual, começando a ter efeito a partir de 1 de Janeiro de 1995, tratando-se de um documento multilateral, o qual levou à definição dos objectivos mínimos para a protecção de cada Estado-membro participante. Estes objectivos foram aplicados e definidos, como também existe direitos-base que lhes são conferidos e aplicado um prazo em que estão sujeitos a essa protecção. Protegendo os grandes ordenamentos jurídicos desenvolvidos, também abrange os países menos desenvolvidos tecnologicamente, de modo a que não haja discriminação perante os Estados-Membros que tenham assinado este Acordo.

Este Acordo, é bastante relevante nos meios de Propriedade Industrial, ajudando a responder à constante e rápida evolução tecnológica como também a globalização da economia. Isso leva a um maior fluxo de comunicação entre diferentes sociedades do ponto de vista social e económico. Com esta revolução, a era da globalização fez com que se tornasse necessária esta comunicação, pois o que hoje se considera a “*Aldeia Global*” estaria na altura a ser formada cada vez mais rapidamente.

²⁷ Sendo que a duração de protecção de Direitos de Autor durarem 70 anos após a morte do autor. Cfr. DL nº 63/85 de 14 de Março, art.º 31 encontrando-se no Código de Direitos de Autor e de Direitos Conexos.

Quando se refere em relação à protecção do Inventor, este aplica-se se tendo em atenção de que se está a falar de uma patente, dependendo do tipo de bem industrial estes prazos diferem como nos casos de Modelos de Utilidade há interpretação diferente do prazo. No entanto em relação à patente, esta dura 15 anos a contar da concessão da mesma ou 20 anos a contar desde a data do pedido, tendo como regra a aplicação do prazo mais longo em que se este se está disposto no DL 141/96, de 23 de Agosto, já num Decreto-Lei mais antigo. Cfr. DL 36/ 2003 de, 5 de Março, art.º 6 nº1 do Código de Propriedade Industrial.

²⁸ Também definido como Acordos TRIPS/ADPIC. Sendo o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, tendo este acordo em particular, torna-se parte como Anexo IC do Acordo que instaurou a Organização Mundial do Comércio (OMC) tendo sido assinado em Marrocos, a 15 de Abril de 1994, e que terá sido aprovado para ser rectificado pela Resolução Assembleia da República nº 75-B/94, sendo depois rectificado novamente pelo Presidente da República nº 82-B/94, com a sua publicação na DR I-A com o nº 298, 5º suplemento em 27 de Dezembro de 1994, não tendo depois mais nenhuma alteração até á data.

O Acordo TRIPS, toma como objectivo no art.º 7²⁹, a estimulação da evolução tecnológica, tendo também contribuído para que a inovação do conhecimento. Procura através deste documento beneficiar aqueles que procuram fazer parte dessa corrida tecnológica.

No entanto, poder-se-á compreender que a razão que levou com que o Acordo sobre os *Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio*³⁰, terá sido em abono da Convenção de Paris referente à protecção da Propriedade Industrial que terá revolucionado a disciplina sobre a Propriedade Intelectual³¹. Anteriormente, a Propriedade Intelectual assentaria nos acordos bilaterais como também se baseava no Direito Nacional e na Convenção de Berna em que confere protecção dos Trabalhos Literários e Artísticos e que também se assentaria numa perspectiva individualista, mas terá tido uma extensão mais significativa³² em relação aos outros Estados-Membros que fazem parte destas Convenções, mas que não dariam qualquer tipo de tutela mínima, relativamente à harmonização entre os Estados-Membros.

Apesar de este Acordo ter surgido mais recentemente do que estas duas Convenções, este documento terá sido criado com o intuito de preencher estes entraves, havendo diversas críticas perante os dois documentos anteriores sobre não ter qualquer esforço na imposição de medidas de resolução de litígio entre os Estados, sendo necessário a instauração de princípios aplicados a todos os procedimentos presentes nos Direitos de Propriedade Intelectual, como também dando provisões de teor civil e administrativo, medidas de procedimentos, soluções, critérios e instrumentos, especialmente definidos, de modo a que possam estar sempre disponíveis para ser possível a aplicação desses direitos. Não só isso, como também, perante este documento,

²⁹ Cit. “A protecção e a aplicação de normas de protecção dos direitos de Propriedade Intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social económico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.”

³⁰ RIBEIRO DE ALMEIDA, Alberto Francisco – Os Princípios Estruturante dos Acordos TRIP's : Um contributo para a liberalização do Comércio Mundial. Gênese do acordo Trip's, Revista Ordem dos Advogados, ano 64 2004 Vol. I/II.

³¹ Apesar de se estar a falar de Propriedade Intelectual, este se refere na perspectiva de Propriedade Industrial que os Direitos de Autor se enunciam perante a Convenção de Berna, podendo colocar a sua extensividade graças a um dos seus princípios estruturante, designado como o princípio da reciprocidade.

a resolução de conflitos entre Estados é um dos pontos mais importantes. Através da resolução de litígios aplica-se o respeito perante o TRIPS de modo a que haja uma resolução justa.

Sendo que no Acordo TRIPS colocam-se como meios, face ao esforço de resolução perante a Convenção de Paris com o seu art.º 28 e a Convenção de Berna, ambas não têm aplicação efectiva na resolução, a apresentação perante o Tribunal Internacional de Justiça seria apenas voluntário, por entre Estados- Membros, se no caso de ambas partes integrantes decidissem comparecer na audiência. O que aqui coloca uma grande derrogação, havendo necessidade de criar este Acordo.

1.2 Os Direitos de Autor e Direitos Conexos e a sua participação dentro da Propriedade Intelectual

Os Direitos de Autor colocam uma grande participação na protecção de diferentes formas de arte, oferecendo diversos incentivos morais para os seus autores. Estes direitos contam como parte integral para a evolução tecnológica.

1.2.1 A relevância dos Direitos de Autor e Direitos Conexos e a sua aplicabilidade

Os Direitos de Autor, nas décadas de 2000 e 2010, não só ao nível de bibliografias, artes plásticas, obras musicais³³ e peças artísticas e com o uso de redes sociais e plataformas digitais, ofereceu uma maior facilidade de difusão do autor na sociedade. Ao mesmo tempo comporta maiores riscos, sendo mais fácil o furto de identidade das obras ou levados ao uso público para lucro económico, sem a autorização devida por parte do autor original. Engloba também na arte, o formato digital levando a serem criados diversos Programas de Computador, como a criação de programas de captação de plágio, havendo assim uma adaptabilidade entre a arte e a tecnologia.

³³ Fazendo aqui uma pequena referência ao *Copyright*, que apesar de não ser utilizado no nosso ordenamento jurídico utiliza-se este ramo de Direito, ao nível internacional como o exemplo dos países anglo-saxónicos (muitas vezes se coloca em relação aos Estados Unidos da América), é utilizado diversas vezes como meio de protecção e uso exclusivo perante o autor da obra.

A definição deste objecto de Direito Privado, aplicado de um modo directo e simples, regula a protecção de obras intelectuais artísticas³⁴, presente no próprio Código de Direitos de Autor e dos Direitos Conexos³⁵, encontra-se definido no art.º 1 n.º 1³⁶ deste Código, traduz em conjuntos a que estão autorizados a utilização destas obras e que estão reservadas aos autores ou ao terceiro detentor deste direito de exclusividade. Significa que quando o autor extingue a sua personalidade jurídica, o detentor do seu direito e a autoria da obra é transitada, na maioria dos casos.

Após a morte do autor, os seus direitos como autor e a sua decisão para dispor, utilizar ou autorizar totalmente ou parcialmente, são transferidos para os seus descendentes e tem a duração 70³⁷ anos após a sua morte. Após terminar esse prazo, a obra cai em domínio público.

No art.º 39 n.º 2³⁸ do Código, o Estado retém os poderes de autor, beneficiando de uma extensão de 25 anos de prazo desde que entrou no domínio público, mas mesmo que tenha entrado, uma pessoa³⁹ que utilize ou exponha a obra, está perante as mesmas ilegalidades que ao desrespeitar os direitos, que seriam aplicados quando o autor estava vivo ou que ainda vigorasse nesses 70 anos de prazo.

Numa perspectiva internacional o *Livro Verde*⁴⁰ sobre os Direitos de Autor, tendo sido assinado pela Comissão Europeia em 16 de Março de 1989, a resolução de questões que terão sido suscitadas pelo impacto da evolução crescente das novas

³⁴ Nota-se que aqui se fala de obras intelectuais e não de obras literárias, mas apesar de falar de obras intelectuais não abrange os objectos jurídicos incorpóreos a que estão aplicados perante a Propriedade Industrial a que se encontra no n.º 2 do art.º 1 do seu Código, citando “*As ideias, os processos, os sistemas, os métodos operacionais, os conceitos, os princípios ou as descobertas não são, por si só e enquanto tais, protegidos nos termos deste Código.*”

³⁵ Tendo a sua abreviatura CDADC, estando perante legislação o DL n.º 63/85, de 14 de Março, transpondo a Directiva Europeia 2004/48/CE, tendo a sua última actualização em 2017 com o DL n.º 100/2017, de 23 de agosto.

³⁶ Art.º 1 n.º 1- “*Consideram-se obras as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas, que, como tais, são protegidas nos termos deste Código, incluindo-se nessa protecção os direitos dos respectivos autores.*”

³⁷ Faz aqui referência ao art.º 38 n.º 2 do CDADC, podendo fazer aqui uma breve nota pela Directiva n.º 2006/116/CE Europeia referente à alteração dos prazos dos Direitos de Autor, como também em relação a alguns Direitos Conexos, em que foi alterada pela Directiva 2011/77/UE do Parlamento e Conselho Europeu de 27 de Setembro de 2011, dando uma perspectiva relativamente aos Direitos Conexos no aumento dos prazos como também relativamente a *edições críticas e científicas* dando um aumento para 30 anos em vez dos 25 aplicados. Ver ponto 27 no capítulo de Propriedade Intelectual.

³⁸ Art.º 39 n.º 2 cit. “*As publicações críticas e científicas de obras caídas no domínio público beneficiam de protecção durante 25 anos a contar da primeira publicação lícita.*”

³⁹ Mesmo que essa pessoa seja família do Autor, esta é considerada como pessoa terceira e tem de respeitar os direitos do Autor.

⁴⁰ Não só relevante para os Direitos de Autor mas também para a Propriedade Intelectual, como também para a difusão da tecnologia, havendo também outros *Livros Verdes* para uma noção mais abrangente.

tecnologias ao encontro dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos, mais concretamente, às matérias tomadas sobre a circulação de serviços de informação.

Este documento coloca uma resolução por parte da União Europeia e com a evolução da internet, tornou-se possível a difusão digital das suas obras artísticas, sendo possível a produção infinita de cópias da obra com a qualidade original.

Na perspectiva doutrinária⁴¹ ser o titular de Direitos de Autor, apesar de receber o poder de capacidade de expor a sua obra, não significa que isto apesar de ser um direito, seja igualmente um dever. Trata-se de um poder *erga omnes*, podendo proibir a sua cópia, comunicação global e também ter a sua disponibilização, não estando limitado a ter o controlo sobre certos pontos referentes a apresentação ou exploração da sua obra utilizando os seus direitos morais, por exemplo, no caso da criação de um filme baseado numa obra literária.

1.2.2 A diferenciação entre Direitos de Autor e Direitos Conexos e a Propriedade Industrial no foro legislativo.

Apesar destes direitos serem considerados como absolutos, são igualmente limitados. Findo o prazo de 70 anos que se encontra estabelecido pela União Europeia e em termos de paródias, citações para outras obras, como as monografias, bibliografias, dissertações e teses, e usos didáticos, não é possível o seu impedimento, sendo considerados como excepções com este direito, já que existe aqui diferentes interesses, maioritariamente sociais e até mesmo económicos que poderá estar em jogo.

No Direito de Propriedade Industrial, os prazos são diferentes dos de Direitos de Autor, aplicados os 20 anos relativamente ao detentor da patente⁴², em vez dos 70 anos.

Relativamente à compra de uma obra, o legítimo autor da obra poderá fazer exposição ou até mesmo venda da obra, mas ao contrário de um bem imóvel em que os

⁴¹ Cit, “*Ser titular de Direitos de Autor significa ser detentor de um conjunto de poderes. um autor tem direitos de exclusivo, de proibir, que são absolutos (erga omnes), ou seja, oponíveis a todos. Assim, o titular de Direitos de Autor terá o direito de proibir o resto do mundo de utilizar a sua obra numa determinada maneira.*” SOUSA E SILVA, Nuno – Uma Introdução ao Direito de Autor Europeu, Janeiro 2014 pp 1333.

⁴² Art.º 6 n.º1. do CPI. “1 - As patentes cujos pedidos foram efectuados antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de Janeiro, mantêm a duração de 15 anos a contar da data da respectiva concessão, ou de 20 anos a contar da data do pedido, aplicando-se o prazo mais longo, nos termos em que o Decreto-Lei n.º 141/96, de 23 de Agosto, o dispunha.”

direitos como também os deveres sobre a coisa são sucedidas ao comprador, nesta situação, apesar de o comprador ficar com a propriedade e a posse da obra, este se refere na maioria das vezes à sua cópia⁴³, os direitos concedidos ao autor⁴⁴ não se extinguem, tendo então, o comprador de utilizar a obra para o seu uso pessoal e privado, mas mesmo que seja utilizado nesse sentido, o comprador não recebe o direito de copiar, explorar ou transmitir a obra para ganho pessoal, podendo, injustificadamente, causar prejuízo ao nome do autor, já que a sua autoria não se extingue.

A Convenção de Berna de 1886⁴⁵ é considerada como o marco para a protecção dos Direitos de Autor e Direitos Conexos. No entanto, este leva como linhas de guia o Acordo TRIPS⁴⁶ referentemente à aplicação do direito ao favorecimento dos Estados-Membros que se encontram menos desenvolvidos, não só este Acordo, mas também aplica-se igualmente aos membros da Organização Mundial do Comércio (OMC)⁴⁷ tendo como meio princípios estruturantes, que se tornam imprescindíveis para os Direitos de Autor.

Perante ANTÓNIO MARIA PEREIRA⁴⁸, este subdivide a Convenção de Berna em duas instâncias, normas de conflito e as normas convencionais, tendo as de conflito obrigatoriedade e abrangem todos os Membros, sendo que as convencionais resolvem problemas ao nível internacional, aplicados à exploração da obra, obrigando através das Convenções, os Estados a legislar o modo instituído, mas se isso não for possível então aplica-se as normas internacionais definidas no Acordo TRIPS. Quando as normas de conflito não resolvem nenhuma situação mas que as regulam, remetem-se para o Direito

⁴³ Excepto quando o caso de leilão de obras de arte em que os direitos de posse são dados ao comprador, mas a assinatura do artista mantêm-se na obra.

⁴⁴ Refere-se aqui ao direito da autoria nunca se extinguir apenas a posse e o Direito de Propriedade se altera.

⁴⁵ WIPO- Convenção de Berna <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/summary_berne.html> [Consultado a 4 de Abril de 2017].

⁴⁶ Apesar de quando se fala neste acordo, liga-se à Propriedade Industrial, também contém uma relação com a Convenção de Berna, parte II secção 1 art.º 9 intitulada de “Direitos de Autor e Direitos Conexos”, fazendo até uma concatenação com artigo 1 a 21 da Convenção.

⁴⁷ Aqui a OMC tem como objecto a cooperação económica entre os Membros a que estão subscritos, no domínio das três grandes áreas relativas a comércio de mercadorias, serviços e perspectiva comercial referente à Propriedade Intelectual, tendo também uma aproximação horizontal em matérias na resolução de litígios e examinação das políticas comerciais dos Estados-Membros

⁴⁸ Cit. “A Convenção de Berna contém, desde a sua origem, duas grandes categorias de disposições: em primeiro lugar, as disposições substanciam ou de fundo que regulamentam o chamado direito material; em seguida, as disposições administrativas e as cláusulas finais que tratam das questões de carácter administrativo ou estrutural. “PEREIRA, António Maria – GUIA da CONVENÇÃO DE BERNA Relativa à Protecção de Obras Literárias e Artísticas (Acta de Paris 1971) Organização Mundial de Propriedade Industrial, Genebra 1980, pp. 2 e ss cit.

Nacional e as cláusulas finais que levam à Convenção, mais especificamente do art.º 1 ao 21 mais os anexos que contêm as disposições de fundo, enquanto os arts.º 22 a 38 definem as disposições administrativas.

A Convenção de Berna tem como objectivo a protecção de trabalhos e os direitos dos seus autores, garantir as bases mínimas de protecção e reforçar provisões especiais para os países em desenvolvimento. Estes documentos contêm três princípios estruturantes que levam à sua aplicação, sendo estes o princípio do tratamento nacional⁴⁹, o princípio da protecção automática⁵⁰ e o princípio da independência de protecção⁵¹. Estes princípios são derogados para o autor, mas não são apenas aplicados em relação aos Direitos de Autor como também aos Direitos Conexos.

Apesar destas bases aplicadas, a sua implementação tomou-se deficiente. Foi necessário a inserção do Acordo TRIPS, com a incorporação dos resultados obtidos referentemente ao GATT⁵² e a inserção dos seus princípios básicos neste documento, tentando oferecer uma complementaridade através deste Acordo.

No entanto, voltando a fazer referência ao TRIPS, existem duras críticas em termos de aplicação da resolução de conflitos, estando a par com a Convenção de Paris relativamente à Propriedade Industrial, deve-se à deficiência na resolução de litígios, como já foi anteriormente referido aplicado a ambas as partes⁵³.

Apesar de apresentar uma base mínima de conteúdo entre os Estados-Membros, é deixado livre aos Membros no sentido da conformidade, podendo levar a um interesse desajustado aplicado às empresas multinacionais, tal como a Convenção de Paris

⁴⁹ Este princípio encontra-se no artigo 3º nº1 do Acordo TRIPS, cit. “ *Cada Membro concederá aos nacionais dos demais Membros tratamento não menos favorável que o outorgado a seus próprios nacionais com relação à protecção da Propriedade Intelectual (...)* ”.

⁵⁰ A protecção da obra não poderá ser condicionada sobre qualquer tipo de conformidade com qualquer tipo formalidade.

⁵¹ A protecção aplicada é independente daquela que existe no país onde origina a obra. Mas se no caso o Estado Contraente oferecer um maior prazo de protecção que os mínimos subscritos pela Convenção e a obra deixa de protegida no seu país de origem, a protecção convencionada será negada assim que a protecção do país de origem seja cessada.

⁵² *General Agreement of Tariffs and Trades*, de um modo simplificado, trata-se de um acordo contratual entre os Estados, já que não denomina membros mas sim partes contraentes. Tendo sido assinado em Marraquexe e iniciado o seu acordo em 1947.

⁵³ Aplicando-se aqui o artigo 33º nº1 da Convenção de Berna, cit. “ *Qualquer diferendo entre dois ou vários países da União relativo à interpretação ou aplicação da presente Convenção, que não seja resolvido por meio de negociação, pode ser levantado por qualquer dos países em causa perante o Tribunal Internacional de Justiça, por meio de requerimento em conformidade com o Estatuto do Tribunal, a menos que os países em causa não convencionem outra forma de regulamentação.* ”

também coloca, em face ao princípio de tratamento nacional, mas de uma maneira mais extensiva⁵⁴.

1.3 A Relevância da Propriedade Industrial em Portugal e na Europa

Ao contrário dos Direitos de Autor, a Propriedade Industrial tem diferentes características no que toca à protecção dos objectos, sendo bastante restritiva.

1.3.1 Definição e Aplicabilidade

A Propriedade Industrial, sendo um objecto de Direito Privado semelhante aos Direitos de Autor e Direitos Conexos, tem como objectivo a protecção de um conjunto bastante específico de direitos, relativamente a bens incorpóreos, sendo estas, as criações de foro industrial como também aplicados aos sinais distintivos.

A Propriedade Industrial tem como legislação o seu Código⁵⁵, sendo uma legislação avulsa baseada no Direito da UE. Dentro das criações industriais está salvaguardado as patentes de invenção, os Modelos de Utilidade, os desenhos, os modelos e as topografias de produtos semicondutores. Para os Sinais Distintivos, coloca-se em evidência a marca, o logótipo⁵⁶, a recompensa, a indicação geográfica e a denominação de origem.

O objectivo principal deste Direito é ser o meio de garantia em que a utilização da criação é de uso exclusivo da pessoa que a criou, legitimamente fornece protecção do foro jurídico, isto é, estando presente o princípio da exclusividade⁵⁷ tanto para o Autor como para o Inventor contra o plágio e o uso não-autorizado das suas obra. Na

⁵⁴ Poderá até se dizer que pode haver uma certa subordinação ao princípio da reciprocidade.

⁵⁵ Sendo este abreviado para CPI, tendo como base legislativa o DL n° 36/2003 de 5 de Março, tendo anteriormente redigido, simplificado e actualizado do DL n°16/95 de 24 de Janeiro, transpondo as Directivas da CEE n° 98/44/CE, de 6 de Julho e n° 98/71/CE, de 13 de Outubro.

⁵⁶ Todavia, houve uma alteração do CPI, através do DL n° 143/2008 , de 2 de Julho em que foi feita uma espécie de fusão em relação a três das modalidades do direito de Propriedade Industrial, nomeadamente aos nomes, insígnias e logótipos, tornando-se em um só, sendo este o logótipo.

⁵⁷ Tendo este principio torna-se estruturante tanto ao nível dos Direitos de Autor como de Propriedade Industrial um ponto de vista penal, em que se coloca em causa os bens jurídicos, independentemente se se trata de corpóreo ou incorpóreo

Propriedade Industrial, aplica-se contra a imitação ou o uso indevido da marca⁵⁸ devidamente em termos de prazos, existe uma diferenciação⁵⁹.

Este ramo de Direito surge, como meio de resolução de um problema a que teve origem durante a revolução industrial e colocou um marco não só para a tecnologia mas também para a protecção dos direitos económico-empresarial.⁶⁰

1.3.2 A Propriedade Industrial na Evolução Histórica

No contexto histórico da Propriedade Industrial, é possível desenvolver então três fases distintas do nível evolutivo, de um modo mais simplificado. A primeira fase, centraliza-se no desenvolvimento nacional, aplicado quase totalmente durante o séc. XIX. A segunda fase, iniciou nos finais do séc. XIX chegando até aos anos 90 do século passado, havendo então um desenvolvimento, desta vez, internacional. A terceira fase na actualidade em que estamos predominantemente na era da globalização, desenvolvendo o termo “aldeia global”.

Na primeira etapa, a partir do séc. XIX, tomou como início, o nascimento do Direito Industrial, numa perspectiva de direito económico. Tratou-se de um produto que teve como resultado dois pontos dinamizadores: a revolução francesa⁶¹ e a revolução industrial.

Isto, levou a uma evolução e desenvolvimento nacional, em que a necessidade de ser definida uma legislação, devido ao aumento dos interesses de uma economia estruturada derivada da revolução francesa e industrial era premente. A produção industrial teve como causa a produção mecanizada em série. Os bens como a marca e as invenções levaram a indústria a tornasse homogénea, sendo necessário então a inserção de sinais de diferenciação.

⁵⁸ Faz-se relevância para o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Lisboa de 17 de Abril de 2008, em que foi proferido no Processo nº08A375 em que coloca a relevância que a cópia não se aplica à imitação mas que é ilegal perante a cópia da marca sem a devida autorização perante o titular da marca.

⁵⁹ Ver ponto 27.

⁶⁰ Sendo aqui cit. “ (...) o direito da Propriedade Industrial é o ramo de direito que surgiu para resolver um problema que se começou a manifestar com particular especificidade após a, dignada, revolução industrial: a necessidade de proteger a identidade da empresa e respectivos modos de afirmação concorrencial.”. COUTO GONÇALVES, Luís M. – MANUAL DE DIREITO INDUSTRIAL, Propriedade Industrial e Concorrência, 6ª Ed Rev. e act. Almedina 2015 pp. 20 em nota.

⁶¹ Havendo uma liberdade de propriedade privada como também de liberdade de iniciativa, enquanto para a outra trata-se da produção em série.

Ao ser um direito de natureza sectorial, aplicou-se um interesse não tanto tecnológico e invocativo, oferecendo uma perspectiva de interesse económico nacional, mas deu-se ênfase nas relações entre indústrias, consumidores, trabalhadores⁶² e relações dentro do meio, tendo uma abrangência relativa à concorrência desleal, criações industriais, liberdade de concorrência e sinais distintivos.

Ainda no direito sectorial, aplicado ao conceito económico industrial, procurou-se salvaguardar os interesses de nível cooperativo dos sectores industriais, dando-se uma aplicação do território, levada ao nacionalismo, aplicando-se o princípio básico da territorialidade.

Este princípio teve como objectivo, a garantia de um aumento da produtividade interna do país como também ofereceu um estímulo à livre circulação de bens ao nível interno.

Com esta revolução , é possível encontrar a primeira definição aplicada ao Direito Industrial, como considera RENOUD *“Le droit industriel embrasse les rapports légaux et juridiques qui se creant entre les hommes par la production des choses et par l’application des choses aux services humains”*⁶³.

Passando para a segunda fase desta evolução histórica, este ramo começa a abrir portas em direcção ao Direito Internacional, mas não deixa ao abandono os seus direitos nacionalistas.

Nesta fase, o entendimento que tem desenvolvido o conceito de Progride da doutrina italiana⁶⁴, que depois da criação e entrada em vigor da Convenção de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial em 1883 em e que Portugal foi um dos países fundadores, como também a Convenção de Berna para a protecção de Obras Literárias e Artísticas de 1886. Foi aqui que o Direito de Propriedade Industrial deixa de ser considerado como o direito à protecção empresarial no sentido objectivo, passando a ser considerado como o Direito dos Bens incorpóreos, abrangendo as obras autorais, as criações industriais e os sinais distintivos.

⁶² Sendo que isto também influenciou o direito de trabalho bem como dando aos trabalhadores industriais protecções, deveres e direitos.

⁶³ *DU DROIT INDUSTRIEL*, Paris, 1850, pp.8 (GONÇALVES, Luís M. Couto, ob.cit. pp.15)

⁶⁴ Fazendo referência que ainda nos dias de hoje, ainda se baseia o conceito de Direito Industrial, na doutrina italiana, apesar de ter isto formado no final da primeira fase evolutiva deste direito.

Entrando então na terceira⁶⁵ etapa evolutiva deste direito, a partir dos meados do século passado, define-se como o Direito de Concorrência. No entanto, em termos da concretização no teor conceptual não mostrou um consenso perante os diferentes autores e juristas sobre a visão doutrinária. Depreende-se com que seja relevante para o Direito Intelectual, composto pela defesa da concorrência, noções e estruturas do sector empresarial, como também nos direitos de autor.

Tornou-se necessário nesta altura, devido à revisão do GATT o Acordo TRIPS, tratando-se de um anexo, e torna-se como parte integrante do Tratado de Organização Mundial do Comércio, dando igualmente, uma fortificação das bases de Direito Intelectual e Direito Industrial.

1.3.3 As Convenções aplicadas à Propriedade Industrial

Do ponto de vista Europeu e olhando para a Convenção de Munique⁶⁶ sobre a Patente Europeia, o artigo 52º n.º⁶⁷ deste documento, excluem as invenções que são patenteáveis, em situações em que são correspondentes presente no artigo 52º n.º1 do Código de Propriedade Industrial, que aqui inclui os Programas de Computador.

Nestas Convenções, inicia-se um princípio emergente relativamente à igualdade de tratamento entre as leis nacionais. Aos países que se encontram subscritos à Convenção de Paris, também lhes é concedido como um direito aos Estados-Membros, dentro de um prazo bastante curto. Confere-lhes prioridade ao direito básico de pedido de protecção a qualquer país, a todo aquele que seja titular do direito de teor privativo ao país que se encontre aderido a esta Convenção.

Faz-se destaque ao Tratado de Cooperação de Patentes, assinado em 1970, tendo este documento sido o primeiro instrumento jurídico ao nível internacional, capaz de construir um sistema para a formação de patentes como, controlo de validade

⁶⁵ Coloca-se aqui a palavra “supostamente” já que apesar de neste momento encontrarmo-nos na era tecnológica e de informação, não significa que a evolução deste ramo ou de qualquer outro direito se estagne. Continuará a ter diferentes etapas evolutivas nos próximos anos e séculos.

⁶⁶ Tendo sido aprovado para adesão de Portugal, pelo Decreto-lei nº 52/91, de 30 de Agosto, fazendo a rectificação da Convenção de Munique, tendo tido depois as devidas rectificações.

⁶⁷ Aqui neste artigo é referido, na alínea c) deste artigo presente nesta Convenção refere-se “(...) planos, princípios e métodos no exercício de actividades intelectuais, em matéria de jogo ou no domínio do exercício de actividades intelectuais, em matéria de jogo ou no domínio das actividades económicas, assim como os Programas de Computador.”

relativamente aos pedidos de patenteação de invenções que se aplica aos Estados-Membros.

Nesta etapa do Direito de Propriedade Industrial, o comércio tem tido a sua etapa evolutiva, tanto no nível espacial como de duração, com a tecnologia, permitiu a que o Direito desenvolva-se para uma área mais universal e internacional, levada a cabo pela informática, electrónica, comunicação, robótica e biotecnologia. Devido a estes aspectos, a circulação de bens leva a que seja bastante vasta e heterogénea o que coloca vários perigos relativamente à defesa do Direito Industrial um ponto de vista jurídico.

O Acordo TRIPS pretende ser um código legislativo e que regula totalmente o sector da Propriedade Intelectual, porém não pretende ser uma directiva para harmonizar as normas nacionais. Com isto, consagra disposições ao nível transitório em que retém prazos para aplicação muito mais alargados, dados a países subdesenvolvidos.

Numa posição de englobamento mais abrangente, a Propriedade Intelectual abrange um conjunto diverso de institutos, tratando-se então de criações industriais, empresas e contratos empresariais, concorrência desleal e defesa da concorrência e sinais distintivos. Havendo discordâncias entre juristas e autores da altura, como GHIRON⁶⁸ e ASCARELLI⁶⁹ consideravam perante a doutrina italiana que o Direito de Industria apenas se aplicaria à concorrência.

Não é possível colocar aqui a categoria do direito da concorrência, já que este direito nasceu como um meio de resolução de uma problemática causada pela concorrência, consagrando uma autonomia doutrinária e legislativa, tendo em atenção o seu objecto levando à resolução da problemática de afirmação empresarial num mercado aberto, como também referencia à produção em série, protegendo assim o sector económico da entidade empresarial.

Neste sentido, foi necessário levar dois lados distintos em consideração: por um lado, através da atribuição de direitos de teor privativos, referente a certas formas de afirmação económicas empresariais que tornaram possível a protecção jurídica, podendo ser por afirmações técnicas, apelando tanto pelas Invenções e Modelos de Utilidade. Por

⁶⁸ GHIRON – *CORSO DI DIRITTO INDUSTRIALE*, vol.I 1935 - concorrência, estabelecimento, nome; vol. II – sinais distintivos, marca insígnias, invenção industrial, desenhos e modelos (COUTO GONÇALVES, ob, cit pp.16)

⁶⁹ ASCARELLI - *TEORIA DELLA CONCORRENZA Y DEI BENI IMMATERIALI*, 1960 (*idem*)

outro, nas afirmações estéticas, sendo inseridos os desenhos industriais ou modelos, e as afirmações distintivas em que aplica-se aos sinais distintivos de comércio, aplica-se também a proibição de certos comportamentos concorrenciais⁷⁰.

1.3.4 O INPI e a legislação portuguesa aplicada ao Direito de Propriedade Industrial

Na legislação aplicada no Direito de Propriedade Industrial, encontra-se CPI, nomeadamente no seu preâmbulo, que nota a importância da Propriedade Industrial no seu objecto⁷¹.

Indo ao encontro do ponto de vista do CPI de 1995, seguindo do CPI de 1940, a Propriedade Industrial trata do Direito Comercial, estuda os bens industriais como também as normas contra a concorrência desleal.

Segundo a nossa doutrina⁷², considera-se a concorrência desleal e o Direito da Propriedade Industrial como dois pontos opostos. Defende-se que o Direito Industrial apenas abrange os direitos privativos industriais, enquanto este direito apenas pertence ao direito empresarial não tendo qualquer tipo de relação com o direito comercial. Por outro lado a concorrência desleal pertence ao direito empresarial. No entanto, não tem qualquer tipo de relação com o Direito Industrial pois considera que a concorrência desleal regula a actividade industrial, quando o Direito Industrial regula os bens ou situações jurídicas.

Relativamente à sua protecção, estão presentes os bens jurídicos criados pelo pensamento humano, relativamente às criações industriais, engenhos e sinais distintivos. Tudo que está derogado à Propriedade Industrial, rege-se pela lei nacional. Evidentemente o seu registo não é obrigatório, mas bastante aconselhável, tendo como órgão protector, de um modo geral, aquele que tem o poder para a atribuição de direito

⁷⁰ Podemos fazer até uma referência em relação à concorrência desleal, já que certos comportamentos podem colocar um grande detrimento não só perante as empresas a que estas estão concorrentes, como no caso de empresas tecnológicas como a *Apple* e a *Microsoft* em que têm que ser neutros perante os consumidores.

⁷¹ Cit. “ (...) quando associado ao desenvolvimento científico e tecnológico e ao crescimento sustentado e sustentável da economia, inspirando e protegendo os resultados (...)”. Note-se neste ponto, a importância como se trata a evolução e até mesmo a revolução tecnológica e a necessidade de actualização por parte do Direito, não só na perspectiva internacional mas também referente ao nosso Direito nacional.

⁷² Direito Comercial- Direito Industrial, vol. II 1988, pp 3 e ss. (ob. cit. COUTO GONÇALVES - Manual de Direito Industrial).

de exclusividade por parte do autor do engenho, independentemente, se se trata de invenção, marca ou *design*. O INPI retém esse poder, tendo poderes baseados na EPO e na OMPI e que procura oferecer os direitos exclusivos dos inventores, mas cujo poder, ao nível geográfico apenas fica retido até ao fim do nosso ordenamento jurídico.

Nos outros países, o registo de patenteação fica retido no país onde o Instituto é sediado. É necessário um novo pedido de registo se o criador da sua invenção desejar ter mais cobertura para sua protecção. Pode, se desejar também, fazer o seu registo numa perspectiva internacional fora da União Europeia ou ainda numa maior abrangência fazer um pedido para a WIPO que cobre diversos países fora da UE.⁷³

1.3.5 As divergências entre os Direitos de Autor e Propriedade Industrial

Há várias diferenciações entre estes dois objectos de Direito, relativamente à protecção de patentes, tendo não só requisitos necessários, mas também no seu próprio núcleo diversas camadas de protecção em termos de territorialidade.

Uma empresa⁷⁴ pode ter em sua posse um direito de patente, no caso de esta ter sido o primeiro a inventar ou até mesmo registar. É possível haver duas entidades a inventarem um objecto, mas o primeiro a registar como patente retém então o direito de protecção do inventor, sendo um direito exclusivo e excludente.

Devendo fazer-se uma categorização das patentes⁷⁵, estas dividem-se em duas posições, podendo ser patentes de produto, em que um objecto físico, como máquina, aparelho, composição ou substância, tendo em conta que estes objectos necessitam de uma máquina para exteriorizar a invenção.

A outra categoria são as patentes de processo que se colocam perante uma actividade física, ou seja, trata-se de um método⁷⁶ ou uso⁷⁷, respeitando a sucessão de

⁷³ DOMINGUEZ, Jorge - INESPO, Guia-Manual de Propriedade Industrial e Intelectual para empreendedores e empresas de bases tecnológicas. Pp. 51

⁷⁴ Considera-se como pessoa colectiva, refere-se mais evidentemente a empresas do sector industrial, ou sociedades unipessoais, já que maioritariamente as invenções são derrogadas por empresas tecnológicas e/ou fabris.

⁷⁵ Encontrando esta categorização no artigo 51º nº2 do Código de Propriedade Industrial.

⁷⁶ Tratando-se de um conjunto de regras usadas para fazer alguma coisa.

⁷⁷ O uso toma-se como uma utilização completamente nova de tanto um processo como um produto que seja já conhecido.

Tanto o uso como o método encontram-se mais detalhados em termos de definição na Convenção das Patentes Europeias

operações que foram realizadas em que levam à obtenção de um produto novo. Devendo ter em conta que tanto as máquinas, substâncias e aparelhos não esgotam a invenção, apenas a exteriorizam.

Considera-se também que o direito de patentes⁷⁸ tem influência relativamente ao âmbito político da protecção dos direitos humanos, no sentido em que é aplicável às ciências e saúde como também no desenvolvimento da protecção ambiental. Dá-se como exemplo o aparecimento de um novo método de produção de certos medicamentos ou até mesmo métodos de produção de anticorpos, havendo assim uma evolução na medicina.

Encontra-se citado na nossa Constituição que a invenção é um direito fundamental, mais precisamente no art.º 42 n.º2⁷⁹ da CRP. Claro está, coloca-se como contraposição em relação ao sistema de segredo de empresa mais conhecido como o *know-how*⁸⁰ já que a protecção com base no segredo empresarial comporta diferentes riscos aliados à invenção do objecto. No entanto, pode ser considerada como uma protecção contraditória, se o objectivo desta invenção for para a comercialização do mesmo.

É de salientar que existem diversas controvérsias⁸¹ no direito das patentes, está-se perante a protecção do inventor, diversas vantagens, oferecendo tanto segurança, como também eficiência e equilíbrio, fazendo-se referência ao estímulo da ciência e tecnologia, protecção do criador, incluindo o desenvolvimento da actividade inventiva como também a consciencialização do conhecimento.

Encontra-se a definição da patente, como também o modelo de utilidade, no Código de Propriedade Industrial, mais precisamente no art.º 51. Este artigo tem uma

⁷⁸ Cit. “O sistema de patentes serve um conjunto vasto de interesses da sociedade que não se limitam aos tradicionais interesses económicos e empresariais” COUTO GONÇALVES, Manual de Direito Industrial, 2015, pp. 37 e ss.

⁷⁹ 2. “ Esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística (...)”

⁸⁰ Também isto é uma das vertentes de bens incorpóreos a que está protegido pelo direito de Propriedade Industrial.

⁸¹ Tocando-se aqui no tema tecnológico relativamente ao Software e aos Programas de Computador, também se insere aqui a biotecnologia que, em capítulos futuros, será largamente definido.

das principais relevâncias referente à patente, sendo que o nº1⁸² fornece a definição e o nº2⁸³ do mesmo artigo aplica-se aos Modelos de Utilidade.

Levando isto a cabo e respeitando o que se encontra designado no artigo anterior, no nº3⁸⁴, não perde relevância em relação aos outros, já que junta à patenteação objectos incorpóreos. Devido ao nº5, não necessita fazer a sua transcrição, referindo que o pedido poderá ser feito simultaneamente para patente e para Modelos de Utilidade.

Relativamente ao prazo, aplica-se num período de um ano a contar do dia em que o primeiro pedido tenha sido aplicado, independentemente se foi pedido modelo de utilidade ou patente primeiro.

Com isto, deve-se ter em conta que, no que respeita à invenção, não existe qualquer tipo de definição legal, estipulada pelo Instituto Nacional que regula o direito de protecção, o INPI. Perante o Código de Propriedade Industrial a que se encontra regulada, não se encontra a definição deste objecto jurídico. No entanto, o Instituto coloca a definição como *“uma invenção é uma solução técnica para um problema técnico específico”*. Este bem pode ser protegido por duas vertentes, tanto por meio de patenteação como por aplicação de Modelos de Utilidade.

É possível através do CPI retirar certos pontos definidos no artigo 52º nº1, em que se colocam limitações⁸⁵ a que possam ser considerados como objectos, com a restrição referente a modelos matemáticos ou teorias de foro científico, materiais naturais. Como por exemplo, novos materiais que poderão ser regidos na tabela periódica e a novos animais nas profundezas do oceano, criações estéticas ou seja obras de exposição, os Programas de Computador⁸⁶ e apresentações de informação.

⁸² Este artigo fixa-se pelo Título II Capítulo I, define o objecto das patentes como *“Podem ser objecto de patente as invenções novas, implicando actividade inventiva, se forem susceptíveis de aplicação industrial, mesmo quando incidam sobre um produto composto de matéria biológica, ou que contenha matéria biológica, ou sobre um processo que permita produzir, tratar ou utilizar matéria biológica.”*

⁸³ Faz-se referencia aqui, quando se enuncia os *“produtos ou processos em todos os domínios da tecnologia”* aos Modelos de Utilidade. Evidentemente este nº está arrogado ao número anterior pertencendo á protecção de patente.

⁸⁴ *“Podem igualmente ser objecto de patente os processos novos de obtenção de produtos, substâncias ou composições já conhecidos.”*

⁸⁵ Ao estudar isto, consegue-se verificar as diferenciações existentes entre os requisitos para a protecção da obra, mostrando que não é tão restrito e severo, em comparação com o que é considerado como objecto de protecção.

⁸⁶ Havendo aqui uma grande discussão, sendo no capítulo seguinte dada uma definição e um escrutínio mais abrangente.

Há necessidade de mostrar os requisitos aplicados neste Direito de Propriedade Industrial, que ao contrário dos Direitos de Autor, possui diferentes considerações necessárias para a devida protecção. Para que a invenção tome a forma de patente, são necessários os requisitos de novidade, a originalidade, também conhecido como a capacidade inventiva e a aplicabilidade industrial.

O requisito da novidade encontrando-se no artigo 55º nº1⁸⁷ do CPI quando se refere ao estado da técnica⁸⁸, encontra a sua definição no artigo seguinte em que num contexto territorial, tudo o que está dentro e fora do nosso país fica acessível ao público anteriormente à data do pedido de patente através da descrição. Sendo que no número a seguir do mesmo artigo, compreende-se o conteúdo dos pedidos em data anterior à do pedido original, de modo a que produza efeitos no nosso país. Estes não foram publicados.

No Código de Propriedade Industrial, os Modelos de Utilidade e as patentes são semelhantes, presentes no Código de 2003, nos arts.º 121 a 123 e o art.º 125 e não só. Estes pontos que definem a sua regra geral, os direitos dados aos inventores e as regras de utilidade fazem remissão para os direitos anteriores aplicados sobre as patentes, existindo certas semelhanças aplicadas. No entanto em certas situações os Modelos de Utilidade serão preferidos às patentes.

Tendo em conta o objecto dos Modelos de Utilidade, o seu registo protege as invenções consideradas menores, ou seja, invenções que aplicam soluções técnicas que se limitam a modificações formais mas que são inseridas em objectos ou autómatos já conhecidos. No entanto, existem bastantes diferenciações relativamente às patentes, nomeadamente aos prazos, abrangência e o âmbito de protecção. No conteúdo abrangem reivindicações à descrição dos desenhos e interpretações⁸⁹

Nos Modelos de Utilidade, os prazos diferenciam-se, tendo como prazo máximo 10 anos a contar da data da apresentação do respectivo pedido, iniciando-se com 6 anos de duração do modelo (nº1) do 142º, no qual este artigo refere que o criador do modelo poderá requerer um prolongamento do prazo para mais 2 anos⁹⁰ (nº2), podendo apresentar um segundo e último pedido (nº3) adicionando mais 2 anos, perfazendo

⁸⁷ 1. “Uma invenção é considerada nova quando não está compreendida no estado da técnica.”

⁸⁸ Artigo 56º do CPI.

⁸⁹ Artigo 140 nº1. Secção III do CPI.

⁹⁰ Encontrando-se ao longo do artigo a somatória dos 10 anos.

então o prazo máximo de 10 anos a que são aplicados. Nota-se assim, que relativamente à patente esta conta com 20 anos⁹¹ e com uma complexidade diferente.

O modelo, ainda, considera o seu conteúdo como mais fraco, embora os requisitos às patentes, em termos de prazo e abrangência territorial estejam designados em mais Estados, mas, sendo aplicado um registo por cada ordenamento jurídico⁹². Porém, as referidas taxas de manutenção aplicadas nos prazos de concessão são bastante distintas, pois para os modelos o prazo é mais curto e menos dispendioso.

Anteriormente ao CPI que se encontra em vigor, o modelo de utilidade apenas protegia a utilidade do produto conhecido, tal como foi delineado num termo técnico versus estético ou geométrico, mostra a invenção de um processo revolucionário, não se trata com um modelo. Este presente regime sofreu diversas alterações em que a situação de protecção se afigura diferentemente: em função do objecto de protecção, (qualquer invenção), podendo tanto ser de produto ou de processo poder ser protegido por patente ou por modelo, oferecendo assim ao seu criador um direito de escolha⁹³. Denota as excepções aplicadas à biotecnologia⁹⁴ e invenções químicas e farmacêuticas em que estas estão apenas subjugadas à matéria das patentes⁹⁵.

1.3.6 Jurisprudência aplicável e os diferentes requisitos para o objecto de patenteação

O requisito da novidade, não se torna imprevisível como meio. Para a patente, equaciona-se o seu carácter absoluto e sendo designada numa escala global, não é considerados como preenchendo este requisito. Se este pedido couber no âmbito de

⁹¹ Refere-se aqui, ao artigo 99º do CPI, sendo desnecessário fazer a sua citação.

⁹² Dependendo do tipo de patente como também da abrangência territorial.

⁹³ Faz aqui remissão aos artigos 51º nº4 referente ao objecto da patente, concatenado com o 117º nº3 em relação ao objecto do modelo de utilidade.

⁹⁴ Em termos da biotecnologia, tal como os Programas de Computador, sofrem diversas nuances o que leva ao debate entre legisladores, havendo uma base para coisas naturais que foram descobertas não podem ser consideradas como invenções. No entanto certos processos, invenções, que poderão alterar o curso da medicina, levam a diferentes debates. Ver MARQUES, João Remédio – O Regime Português de Utilidade (antes e depois) da Tentativa de Harmonização Legislativa da União Europeia, Edi.Lusíada, Porto 2010, pp. 166 e ss.

⁹⁵ Esta anotação encontra-se no art.º 119 al. b) e c).

conhecimentos aplicados nos dias de hoje⁹⁶, encontra-se referido no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa nº 893/1995.L1-2⁹⁷.

Para que uma invenção não seja considerada como nova, é exigido que todos os elementos técnicos da invenção que terá sido reivindicada estejam presentes no estado da técnica, ou seja, para ser identificada a falta de novidade é aplicado por estrita identidade, neste caso, uma fonte anterior só terá o seu pedido antecipado se tiver em si todos os elementos essenciais da invenção. Definido no art.º 57 do CPI, tem em si situações que não prejudicam a novidade da invenção.

Este estado de técnica é constituído por tudo o que é revelado à sociedade, independentemente de se encontrar dentro ou fora do ordenamento jurídico onde o pedido de patente terá sido realizado. A invenção só é considerada como nova quando não existe estado de técnica.

No segundo requisito de capacidade inventiva, a sua definição no nº2 do art.º 55⁹⁸, tendo uma ponderação por parte da nossa doutrina⁹⁹, deve-se ao facto da invenção ter uma progressão natural no que concerne à técnica, mas o seu resultado não ser totalmente óbvio, referidamente ao estado de técnica ao tempo do pedido, isto é, que não seja apenas o cidadão comum que por acaso encontre a invenção que revolucione a sociedade. Pelo contrário, deve tratar-se de alguém que mostre inteligência bem como perseverança e determinação no estudo e resolução da causa.

No que concerne o último requisito de aplicação industrial¹⁰⁰, apesar do seu nome, não pode ser considerado no sentido restritivo, só chega a abranger não só a indústria como igualmente a agricultura. Implica que seja suficientemente claro, de

⁹⁶ Cfr. Cit. “ (...) a novidade não pode considerar-se como um requisito autónomo da invenção, mas como uma parte de um todo que é o carácter inventivo, pois para que a invenção possua carácter inventivo, é necessário que se possua novidade. “SILVA CARVALHO – O Objecto da Invenção, Coimbra 1970, pp 16. ob. Cit.

⁹⁷ Acórdão nº 893/1995.L1-2, acórdão sobre a patenteação de bem médico, e o seu uso comercial indevido.

⁹⁸ Art.º 55 nº2 – “Considera-se que uma invenção implica actividade inventiva se, para um perito na especialidade, não resultar de uma maneira evidente do estado da técnica”.

⁹⁹ Torna-se relevante fazer esta citação já que define mais directamente quais os requisitos necessários para a implementação do título de patente. “Não basta que a invenção seja nova: é necessário ainda que um perito da especialidade não seja capaz de chegar, de uma maneira evidente, a um mesmo resultado, no momento em que a protecção é solicitada”, COUTO GONÇALVES, Luís M.- Manual de Direito Industrial, Almedina, 2015 pp.66 e ss.

¹⁰⁰ Art.º 55 nº3 “Considera-se que uma invenção é susceptível de aplicação industrial se o seu objecto puder ser fabricado ou utilizado em qualquer género de indústria ou na agricultura”

modo a que peritos possam usá-la na resolução de problemas técnicos, contribuindo também para o desenvolvimento económico.

Apesar de Portugal reter a legislação sobre os modelos, a protecção aplicada no CPI não abrange todos os ordenamentos jurídicos. Ao contrário das patentes, encontra-se presente, numa perspectiva internacional, mais especificamente na Convenção de Paris de 1883 em que a legislação portuguesa se baseia. Faz-se referência no art.º 1 n.º2 no qual se refere à abrangência dos objectos de protecção. No entanto, houve uma falta de consciencialização perante os outros Estados-Membros, em que, ao contrário das patentes, os Modelos de Utilidade não são nomeados ao longo do TRIPS.

Ora, em território nacional, os Modelos de Utilidade sofreram alterações referentes à sua posição, o que pelo CPI de 1995, terá ajudado o seu aparecimento, como forma de protecção das invenções novas, detentoras de capacidade inventiva, e também susceptíveis de aplicabilidade industrial¹⁰¹, encontrando-se no artigo 50º do CPI de 1995, conferindo assim uma configuração, mecanismo e estrutura aos objectos, o que leva ao aumento da utilidade ou até mesmo, à melhoria relativamente ao seu aproveitamento.

No CPI que está em vigor, há várias alterações em que o legislador português baseou esta conotação legal. A proposta da Directiva referente as Modelos de Utilidade, que logo posteriormente terá sido abandonada¹⁰², pois devido às alterações aplicadas poderá não ter sido acolhida e com isto, não houve qualquer tipo de progresso das negociações a nível europeu.

No âmbito de aplicação de requisitos dos métodos de utilidade, não se diferencia em função das patentes, sendo os requisitos a novidade, capacidade inventiva e aplicação industrial. No que refere ao último, em termos de aplicativos da concessão do direito, apesar de sofrer de um prazo bastante alargado, concerne uma morosidade, bastante onerosa e complexa a que se encontra subjugada a um exame técnico mas

¹⁰¹ Mostrando uma semelhança, estes requisitos das modalidades, são igualmente aplicados às patentes. É por isso quando do CPI mais recente, se refere aos requisitos estes fazem uma remetem para o artigo aplicado às patentes (ver art.120 n.º4 do CPI actual).

¹⁰² Refere-se à Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e Conselho relativamente à aproximação dos regimes jurídicos de protecção de invenções e Modelos de Utilidade 12/12/1997 JO-C 36 de 3/03/1998 pp. 13 e ss., sendo depois modificado perante a resistência do Parlamento Europeu, fazendo com que SE origina assim a Proposta. Que terá sido alterada, de Directiva do Parlamento Europeu e Conselho relativamente à aproximação dos regimes jurídicos de protecção de invenções e Modelos de Utilidade de 28/06/1999.

também substancial e que procure aplicar todos os requisitos necessários de patenteabilidade. Porém, nos Modelos de Utilidade, prescinde-se do exame de requisitos, baixando assim o custo, conseguindo o direito de protecção mais rapidamente.

Sendo necessário por isso, quer INPI, em vez que travar o exame técnico necessário que é concessionado às patentes para que realize um exame formal, como também faça controlo das limitações em relação ao objecto apresentado. Para os Modelos de Utilidade, apesar de ter todas estas perspectivas positivas em termos de força jurídica, esta torna-se muito mais fraca, sendo considerado até mesmo como modelo provisório, em comparação com as patentes.

O criador, ao pedido de modelo, tem o direito de escolha tratando-se do direito de protecção provisório, que perante o artigo 130º previsto no CPI, é concedido quando não tenha sido requerido o exame e não haja oposição, em que apenas o título da concessão é dado ao inventor quando tenha sido requerido. Todavia, quando a validade do pedido de exame de revisão deste título cessa, este modelo de utilidade provisório só pode actuar quando houver violações sobre os seus direitos se tiver sido requerido, por parte do seu criador, o exame substancial. Se não for feito este exame, coloca-se em causa a credibilidade desta protecção dando origem a questões que juristas¹⁰³ portugueses tentam revolucionar.

Divergindo-se então do direito provisório, também há uma ramificação da escolha do modelo, denominado de modelo definitivo, em que este recebe o exame a fundo técnico, em que se, confere ao seu criador o direito de exploração durante os 6 anos que lhe são concedidos¹⁰⁴, não podendo durar os 10 anos totais aplicados.

Em caso da natureza da invenção se esta se tratar de um produto¹⁰⁵, o inventor tem o direito de proibir o uso por parte de terceiros, bem como na falta de conhecimento, tanto o fabrico como também de utilização, o que origina ganhos económicos ou a

¹⁰³ “ (...) a ausência de exame prévio para a concessão de modelo de utilidade aumenta as assimetrias informativas entre os titulares de Modelos de Utilidade e os terceiros que desenvolvam actividades cujo exercício possa conflitar com a protecção provisoriamente concedida, verificando-se o inerente aumento dos custos da informação jurídica acerca da lesão, real ou potencial, a tais direitos. *idem*. pp. 182.

¹⁰⁴ Quando dos 6 anos, já anteriormente referido, ainda poderá usufruir, através do pedido por parte do inventor, da concessão de mais 4 anos a partir de mais dois períodos de 2 anos, encontrado no art.º 142

¹⁰⁵ Aplicado ao artigo 144º n.º 2 - Se o objecto do modelo de utilidade for um produto, confere ao seu titular o direito de proibir a terceiros, sem o seu consentimento, o fabrico, a utilização, a oferta para venda, a venda ou a importação para estes fins do referido produto.

importação dos produtos levado ao fim do objecto criado. Então, neste sentido, poderá proibir a utilização e a execução dos actos aplicados por terceiros a que possam levar ao produto obtido e que se encontra protegido.

2. A Utilização da Informática: Conceitos técnicos sobre Programas de Computador, Algoritmos, Linguagens de Programação e a sua criação

O computador retém uma história¹⁰⁶ bastante detalhada, podendo dizer-se que a ideia de “computação” é a mais antiga relação de computadores e programas, pois mesmo com o uso de lápis e de papel ou até mesmo de giz e pedra, o estudo de computação através de números já seria possível, a partir do uso de ábacos. O primeiro computador, apesar de haver diferentes tipos de computador, foi um mecânico em que terá sido criado por Charles Babbage em 1822¹⁰⁷ e levou a mais desenvolvimentos sendo o mais conhecido a “*Máquina de Turing*”, em 1936, tendo sido criado por Alan Turing¹⁰⁸ e sofrido uma evolução cada vez mais célere no século XX e especialmente no século XXI.

Apesar de a sua evolução ter sido cada vez mais rápida, principalmente nos últimos 90 anos, torna-se bastante difícil decidir qual foi verdadeiramente, o primeiro computador na história, não há conhecimento de quando é que terá sido criado o primeiro programa de computador, já que para a evolução do *Software* os criadores baseiam-se em outros programas.

O *Software* tem adquirido cada vez mais potência mundial, tornando-se até mesmo um negócio de milhares de milhões de euros e todos os anos cada vez se torna relevante perante investimentos, podendo-se ver que em 1977, quando se apresentava o início primordial do *Software*, já teriam sido investidos mais de 13 biliões de euros em relação ao investimento e manutenção de *Software*¹⁰⁹. Esse número tem vindo a aumentar todos os anos, com a criação de novas empresas e negócios.

¹⁰⁶ Pensa-se que a origem da ideia do computador remonta à antiga Babilónia (hoje o Iraque) através da invenção do ábaco. Sendo possível encontrar mais detalhes acerca disto em DUBOFF, Leonard D. – *Introduction to Computer Law, 14 Hastings Comm. & Ent.L.J.* 215 (1991).[Consult. a 12 de Abril de 2018] Disponível em https://repository.uchastings.edu/hastings_comm_ent_law_journal/vol14/iss2/1, pp. 216 e ss.

¹⁰⁷ Podemos até dizer que as calculadoras manuais, máquinas de contagem e ábacos foram fonte de inspiração para a criação do computador. Ler “*When was the first computer invented?*” [Consult. a 12 de Abril de 2018] Disponível em <https://www.computerhope.com/issues/ch000984.htm>

¹⁰⁸ Chegando este homem a ser até considerado o pai do computador, deu um grande estímulo ao desenvolvimento do computador, tendo sido esta máquina bastante importante para a 2ª GM e através da sua actividade fundamental, inspirou os computadores dos dias de hoje.

¹⁰⁹ Pode ser possível encontrar mais acerca desta informação em Organização Mundial de Propriedade Intelectual in *Model Provisions on the Protection of Computer Software*, de 1977. Também *Measures to Enhance International Cooperation in the Field of Legal Protection of Computer Software*, 1ª Sessão,

Olhando igualmente para a nossa Constituição, dentro dos princípios fundamentais, encontra-se o Direito à Utilização da Informática, mais concretamente no art.º 35¹¹⁰, em que delimita que todos podem utilizar os seus dados, devendo ter as devidas precauções. Evidentemente isto não se aplica apenas ao nosso ordenamento jurídico, mas também diferentes outros países, dentro e fora da União Europeia.

Ora, antes de questionar se é possível considerar o *Software*, ou seja, um bem incorpóreo como uma invenção deve-se primeiramente, encontrar uma definição e delinear o enquadramento conceitual acerca dos Programas de Computador. Esta não é apenas definido por si só, devendo colocar os Programas de Computador à parte do *Software* e dos algoritmos.

Relativamente ao objecto, ao longo das últimas décadas tem sido cada vez mais utilizado na linguagem corrente e que com isto, as pessoas sabem o que são Programas de Computador, mesmo na nossa língua, já que cada vez mais o computador é utilizado pelo cidadão comum.

2.1 O *Software*, algoritmos e a relevância das linguagens de programação

2.1.1 Conceito de *Software*/Programas de Computador

Quando se pensa em Programas de Computador e o seu suporte técnico, alude-se ao *Software*. Mas, destacando estas expressões, têm no seu conteúdo, distinções diversas. Encontra-se a sua legislação no DL nº 252/94, de 20 de Outubro em que se transpõe a Directiva do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativamente à protecção dos Programas de Computador e se encontra a definição deste objecto¹¹¹. Igualmente, na anteriormente revogada Lei nº 109/91 de 17 de Agosto, referida como Lei da

Genebra 1979 [Consult. A 23 de Maio de 2018] Disponível em https://www.wipo.int/mdocsarchives/LPCS_I_79/LPCS_I_2_E.pdf

¹¹⁰ Devendo-se olhar com atenção para o nº6 deste artigo em que se define “A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional.”, Apesar de ter mais relevância relativamente á protecção de dados, existe aqui um ponto de interesse, já que o *Software* e a Internet, tornaram-se tão mundanos na vida social do homem comum, que foi necessário implementar este artigo como um princípio básico fundamental.

¹¹¹ Encontra-se no preâmbulo, no artigo 1.º nº3, do DL (ou o nº1 do art.º 1º da Directiva) diz que a expressão do programa de computação tem em *equiparação o material de concepção preliminar*, no entanto quando se refere a palavra inclusão e equiparação não são considerados como sinónimos.

Criminalidade Informática, terá já sido definido¹¹² apesar de ter o artigo desta definição sido revogado ainda retém parte da sua relevância.

No *Software*, existem diversas definições quanto ao que lhe está aplicado, tendo primeiramente o conhecimento sobre este bem jurídico diversamente mutável na sua aplicabilidade seja fundamental, o que leva a diversas questões relacionados com a sua protecção jurídica,¹¹³ devido à sua natureza e ao seu desenvolvimento e manutenção surgem diversas questões¹¹⁴ tanto ao nível nacional como internacional.

Os Programas de Computador (*Software*)¹¹⁵, são um conjunto de variadas instruções, linguagem e suporte, sendo também detentores não só dessas instruções, mas também das ideias neles inseridos, conceitos e algoritmos, que se tornam acessíveis à máquina (*Hardware*)¹¹⁶ ou seja, este último conceito, trata-se de componentes físicos que se conseguem manusear. Quando se refere *Hardware* estamos a falar do monitor, rato e teclado. Porém, podemos estar a referir-nos a outro tipos de máquina como as industriais e a ferramentas médicas para a utilização de microcirurgia.

Com isto, certos autores¹¹⁷, colocam outra representação de *Software*, denominado de *Firmware* e fazendo parte de um conjunto de instruções. Este tipo de programa apresenta-se sob uma forma que se encontra directamente decifrável pelo computador, sendo então considerado como uma tradução da linguagem do programa, na sua linguagem de programação, para deste modo ser legível para a própria máquina, o que de uma outra maneira deveria ser directamente escrito, dando mais eficiência a esta etapa.

Há quem defenda que o *Firmware* se encontra entre a máquina e o programa (intermédio entre o *Software* e o *Hardware*), ou que poderá ser considerado como um

¹¹² “ (...) um conjunto de instruções capazes, quando inseridas num suporte explorável em máquina, de permitir à máquina que tem por funções o tratamento de informações indicar, executar ou produzir determinada função, tarefa ou resultado.”

¹¹³ Irá ser posteriormente mais delimitado neste trabalho.

¹¹⁴ Ver. MARCELINO, João e ROCHA, Manuel Lopes – Guia Prático do Produtor de Tecnologia, IAPMEI, 2ª Ed. Biblioteca IAPMEI

¹¹⁵ No que consta deste objecto, encontra-se ainda incluídos, programas, ficheiros, base de dados, desenhos preparatórios e manuais para utilizadores - BAINBRIDGE, David I.- *Introduction to Computer Law*, 2º Ed. Pitman Publishing, 1993 pp. 19. (retirado de MARQUES Garcia e MARTINS, Lourenço – Direito da Informática pp.400)

¹¹⁶ Ver J. MARTINS, Lourenço., MARQUES, Garcia e DIAS, Pedro Simões- *Cyberlaw em Portugal- O Direito das Tecnologias de Informação e e Comunicação*, cap. 2. Protecção Jurídica do Software, ed. Centro Atlântico, 2004, pp. 115 e ss.

¹¹⁷ SAAVEDRA, Rui – A Protecção Jurídica do Software e da Internet, 1998, pp.22 (já referido).

“*Software materializado*”, ou um *Software* presente num *Hardware*. Isto é, o suporte lógico que se encontra integrado num suporte físico”¹¹⁸

Existem duas diferentes categorias de *Software*: o *Software de Sistema*, em que se encontra programas que têm a seu cargo a administração do *Hardware* do computador, como aplicações e datas. Enquanto, o *Software de Aplicação*, também conhecido como programas de produtividade, ajuda o utilizador a completar tarefas.¹¹⁹

Há um terceiro tipo de programas referidos como o *Software de Produto*¹²⁰. Estes programas incluem-se dentro dos de aplicação e visam satisfazer as necessidades de ordem geral e sectorial. Sendo criados cada vez mais, este tipo de programas pré-definidos para o seu uso, normalmente encontram-se destinados para bancos, colectividades locais, como também para profissões médica.¹²¹

Igualmente, ainda outros autores consideram que o termo “*Software*” poderá equiparar-se a um suporte lógico, porque tem uma maior amplitude do que a expressão “programa de computador”, abrange um conjunto de programas acompanhando a documentação, bem como, procedimentos executados por máquinas que só assim podem funcionar. Para um maior entendimento no que se refere à documentação, esta inclui não só a documentação preparatória, mas também o fornecimento do programa de computador, também tratado por *manual de utilizador*.¹²²

Os Programas de Computador necessitam sempre de uma máquina para ser possível aceder e alterar, já que uma máquina, não pode funcionar sem *Software*, tornando-se apenas uma coisa inútil pois uma máquina não poderá proceder ao seu trabalho sem que lhe seja programado aquilo que deve fazer, isto é apenas um “corpo sem cérebro”.

¹¹⁸ *idem*. pp 23.

¹¹⁹ Dando exemplos de *Software* de sistema temos o caso dos sistemas operativos como o *Windows*, *Linux*, e para o *Software* de aplicação temos como exemplo o *gmail*, *word*, *excel*, etc.

¹²⁰ Também é referido como “programas-produto” ou “packages” cfr. MARQUES Garcia e MARTINS Lourenço - Direito da Informática, pp.402 já referido.

¹²¹ Evidentemente, apesar de serem definidos estes tipos de *Software*, deve-se evidenciar que existem igualmente, diversos outros tipos de Programas de Computador. Dando aqui exemplos de programas lúdicos (jogos de computador), programas didáticos (utilizados na educação) ou programas por encomenda (programas que são criados para uma natureza específica empresarial) e que são também conhecidos como *taylor-made* ou *custom-written*. Mas existem outros tipos de Programas de Computador. Não querendo divergir do tema principal e querendo definir este tema de um modo simplificado e sucinto, ver. SAVEEDRA - A Protecção Jurídica do *Software* e a Internet, ponto 3. pp. Pág 26 e ss.

¹²² Cfr. MARQUES, Garcia e MARTINS, Lourenço – Direito da Informática, Almedina, 2000, pp. 400 e ss.

Quando o *Software* é colocado numa máquina, consegue-se visualizar o quão vital é que os dois componentes se complementem um ao outro. Não poderá correr sem o seu corpo, havendo a necessidade de aceder para conseguir fazer o *input* das instruções, fazendo a máquina realizar as acções que são necessárias para o processo.

Numa outra perspectiva¹²³ na nossa doutrina, considera-se que os Programas de Computador são meras instruções para a máquina¹²⁴. No entanto, estas instruções aplicam-se apenas à máquina a que são dirigido, mas não ao utilizador dessa máquina. São instruções de utilização e não de programação. As instruções que são fornecidas ao utilizador não são Programas de Computador.

2.1.2 A ideia internacional de *Software*

Do ponto de vista internacional, mais concretamente na perspectiva da OMPI, o *Software* é colocado perante uma tripla subdivisão¹²⁵: Primeiramente refere o programa de computador como um conjunto de instruções¹²⁶ capaz, ao ser incorporado numa máquina que tenha capacidade de processar essa informação, de indicar, de realizar a acção ou atingir a função, acção ou resultado. Estas instruções são ao longo do tempo, provisionadas e actualizadas, sendo bastante regular essa manutenção quando o programa é lançado e com o passar do tempo tem intervalos cada vez mais espaçados de actualização ficando o programa em modo de “manutenção”.

Tem como segundo ponto a “descrição do programa”, que corresponde a uma apresentação procedimental completa, na forma verbal, tanto esquemática ou outro tipo, de forma suficientemente detalhada, que possa tornar possível a determinação de certas instruções que constituem um programa de computador. Na concepção do programa, não se trata de uma descrição geral, mas sim, de todos os passos que levaram ao resultado que deve ser descrito com bastante rigor e detalhe. Desta forma, o único

¹²³ OLIVEIRA DE ASCENÇÃO, José de – A Protecção Jurídica dos Programas de Computador, 1988, pp. 72 e ss. [Consult. a 5 de Julho de 2018]. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B639e8fc8-d372-43d0-8a42-c429d91445f8%7D.pdf>

¹²⁴ Claro que isto apresenta mais nuances, tratando-se de um documento que perante o avanço da tecnologia torna-se já deveras desactualizado, mas que é relevante quanto à definição muito mais simplificada de como se trataria o *Software*, nos dias de hoje, passados já mais de 2 décadas e com os diferentes programas de linguagem existentes, coloca-se muitos mais nuances perante esta definição.

¹²⁵ Ver Organização Mundial de Propriedade Intelectual in *Model Provisions on the Protection of Computer Software*, de 1977.

¹²⁶ Pode-se reparar que o Prof. Oliveira de Ascensão baseia a sua definição nesta documentação internacional. *idem*, pp. 77 e ss.

apontamento que deverá ser preenchido será a conversão, de modo a que possa ser lido pelo computador¹²⁷.

A última subclasse, refere-se ao “material de suporte”. Trata-se de qualquer tipo de material, não sendo programa de computador ou um programa descritor. Terá sido criado com o objectivo de auxiliar o entendimento ou até mesmo a aplicação por parte do programa de computador, dando como exemplo a descrição do problema e as instruções para o utilizador. Isto é, aplicado aos utilizadores juntamente com as duas outras categorias, tem o objectivo de facilitar e auxiliar a adaptação do programa. Igualmente, tenta resolver o problema descritivo ou outra documentação descritiva, como também documentação explicativa¹²⁸.

Para a OMPI, estas três categorias destacadas beneficiam de diferentes níveis de protecção, usando a documentação que é apresentada na secção 5¹²⁹. Trata-se da protecção aplicada pelo proprietário, que é definido como pessoa colectiva e que tem, em si estabelecido direitos de acordo com a 2ª Secção¹³⁰, na qual está incluído o seu sucessor em título.

A sua aplicação na perspectiva americana¹³¹, aplica-se aos programas que assistem a todos os utilizadores de um tipo de computador, de modo a que possam retirar o máximo proveito da máquina, por oposição a programas específicos que estão descritos para certo tipo de utilizador.

Refere-se o *Livro Verde* dos Direitos de Autor e o Desafio da Tecnologia, que quando menciona a *Software*, define-a como o de *suporte lógico*, no qual o programa se baseia e também o material de apoio preparatório de concepção. Dando à mesma os

¹²⁷ Todavia, a descrição do programa não tem em seu poder, a capacidade de transformação num único conjunto de instruções, mas sim vários conjuntos de instruções semelhantes que na maioria dos casos, originados do mesmo programa descritivo, aplicado especialmente quando estes conjuntos estão a ser feitos de uma certa forma e que se encontram independentes a certos tipos de computador. Devendo sempre ter um elo que se possa reconhecer entre os possíveis conjuntos de instruções e os passos que terão sido indicados na descrição do programa.

¹²⁸ Quando se refere a este tipo de documento, refere-se às instruções do utilizador, em que explica como o programa funciona, que tipo de data poderá ser preparado, bem como indica quais os tipos de computador em que este documento poderá ser utilizado.

¹²⁹ *idem*, secção 5, referente aos Direitos do Proprietário;

¹³⁰ *idem*, secção 2, referente aos Detentores de Propriedade; Relativamente à Transferência e Devolução dos Direitos em Respeito ao Software Computacional.

¹³¹ PLATTON, Guy - *The Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs: An Unsatisfactory Balance of Competing Interest*, *American University International Law Review* 7, nº 2, Washington, de 1992, pp. 238 e ss.

fundamentos de constituição do *Software*, trata-se do mesmo¹³². Ao nível terminológico a distinção entre Programa de Computador e *Software*, aproximam-se ou até mesmo podemos referir uma equiparação do *Software* como suporte técnico.

2.2 O algoritmo como processo na criação do programa de computador

Estes dois objectos, tomam-se como meio principal para o surgimento do programa de computador, auferindo bases e auxiliando o seu criador, no entanto com características diferentes.

2.2.1 Conceito de Algoritmo e Linguagens de Programação

Numa maior compreensão do que é o *Software* e a sua criação, devemos ter conhecimento do algoritmo, pois, trata-se de um dos meios para a obtenção de um programa de computador.

O algoritmo, perante os programadores, encontra-se à parte do *Software*, trata-se de uma ideia, mas que também poderá ser uma solução matemática ou lógica em que se encontra uma base do procedimento¹³³.

Podendo encontrar isto na sua perspectiva legislativa, presente no preâmbulo da Directiva nº 91/250/CEE¹³⁴ e igualmente o Decreto-Lei nº 252/94, mais concretamente no art.º 2 nº2, esta afirmação aplica-se relativamente aos algoritmos, mas não explicita o seu significado. Esta alusão coloca o sentido de se excluir da sua protecção jurídica tanto as ideias e os princípios subjacentes a qualquer elemento do programa, onde se inclui os que se encontram subjacentes às suas interfaces¹³⁵ e também os que se encontram presentes tanto nos algoritmos, como na lógica e nas linguagens de programação.

¹³² COM (88) 172 Final, de 16 de Março de 1989, já anteriormente referido.

¹³³ ASCENÇÃO, José de Oliveira de – A protecção jurídica dos Programas de Computador, Revista da Ordem dos Advogados, 1988 pp. 73.

¹³⁴ Directiva da União Europeia que define a protecção dos Programas de Computador.

¹³⁵ Quando se refere a interfaces, trata-se de elementos de ligação com outros programas, mas que também poderá ser com outros utilizadores.

Internacionalmente, dá-se relevância à Lei nº 62, de 14 de Junho de 1985. A legislação japonesa define o algoritmo como “(...) *os métodos em que são permitidos combinar num programa as instruções que são fornecidas pelo computador*”.

Aqui, as instruções para a máquina ainda não estão formadas, levando então à resolução do problema que terá sido definido em primeiro lugar. No entanto, faz parte da base para algumas das soluções que são propostas e assim o algoritmo pode então ser considerado como uma ideia desse resultado, enquanto o programa é concebido como a concretização ou a expressão desse resultado.

De acordo com diferentes autores¹³⁶ considera-se como uma sucessão ou sequência de etapas finitas, que têm um número limitado de instruções e que poderão resolver os problemas de uma certa espécie ou até determinadas classes de problemas, tornando-se como elementos essenciais e básicos para os Programas de Computador. São traduzidos numa linguagem que se encontra executável pelo *Hardware*, aplicado a um programa em que seja capaz de ser lido pela máquina ou até mesmo uma rede de máquinas em que processa informação online¹³⁷.

Criam-se algoritmos com o intuito de os aplicar em certas situações, dando como exemplo os métodos matemáticos, como o cálculo de Fourier¹³⁸; métodos aplicados ao processamento de controlo da máquina, métodos em que contêm regras de aplicação de negócio, relativamente a produtos pela Internet¹³⁹, entre outros diferentes modos de aplicação.

Numa concepção mais abrangente, os algoritmos são considerados como conjuntos sequenciais e ordenados com todas as instruções precisas, analíticas, abstractas, gerais e finitas, em que se encontram formuladas numa natureza *ex ante*, e com uma aplicação, directa, literal e minuciosa, permitindo a obtenção do resultado ou a execução procurada e desejada.

¹³⁶ MARQUES, João Paulo F. Remédio – Patentes de Programas de Computador e Sistemas Informáticos de Jogos Electrónicos/Patentes de métodos e de Exercício de Actividades Económicas?, 2016, pp. 4 e ss. e MARQUES, García. e MARTINS, Lourenço - Direito Da Informática, 2ª Ed. Coimbra, Ed. Almedina, 2006 pp. 54.

¹³⁷ Sendo então executado pela internet, sendo cada vez mais este o processo mais utilizado.

¹³⁸ Trata-se de uma séria aplicada à trigonometria, sendo usada para representar funções consideradas infinitas e periódicas na física.

¹³⁹ Dando aqui exemplo de sites como a *Amazon*, *Ebay*, *Olx*, entre outros.

Tal como o *Software*, o algoritmo também possui diferentes naturezas na sua aplicação, tendo diferentes naturezas entre si, ou seja, se um está a manipular uma tabela e outro uma árvore, todos reflectem um modelo diferente. Então a sua expressão torna-se diferente ao nível textual, diferente dos outros algoritmos.¹⁴⁰

Sendo então usados na formação do programa de computador, os algoritmos aplicam-se juntamente com a *estrutura de dados*, definidos como um conjunto de informações organizadas, normalmente consideradas como uma memória. Para uma melhor eficiência de algoritmos, encontra-se isto em listas amontoadas, filas, dicionários, ou até mesmo o nome e a morada da pessoa.¹⁴¹ É possível aplicar diferentes algoritmos à mesma estrutura de dados. No entanto cada um destes objectos encontra-se ligado de um modo particular que tenha escolhido para indexar palavras.

Nisto torna-se compreensível que para a criação de um programa de computador e de um modo mais simplificado podemos colocar:

$$\text{Estrutura de dados} + \text{algoritmo} = \text{programa de computador}^{142}$$

O algoritmo também se subscreve à sua linguagem, mas torna-se diferente da linguagem aplicada para a sua utilização, existem diferentes tipos como os de baixo e alto nível¹⁴³. Assim, o algoritmo subscreve-se pela pseudolinguagem.

Relativamente a estes níveis, presentes na linguagem de programação, como a pseudolinguagem, a linguagem de baixo nível e a de alto nível¹⁴⁴: quando nos referimos ao primeiro ponto, existe já conhecimento da sua aplicação, mesmo que o programador utilize a pseudolinguagem através de sintetização ou utilização de abreviaturas, a linguagem aplicada ao algoritmo, não possa ser compacta e com uma conotação invariável quando posta no computador.

¹⁴⁰ LEITH, Philip-*Software and Patents in Europe*, pp. 47.

¹⁴¹ Podendo encontrar mais sobre esta noção em inglês, em PIETERSE, Vreda e BLACK, Paul E. *Dictionary of Algorithms and Data Structures*, National Institute of Standards and Technology, 2004. [Consult. 4 de Julho de 2018] Disponível em <https://xlinux.nist.gov/dads/>

¹⁴² Claro que não é só assim que se forma um programa, tem também muitas mais nuances, cfr *idem*. LEITH pp. 44.

¹⁴³ Dando exemplos então de linguagem de baixo nível, é mesmo possível encontrar, diferentes gerações, sendo que a primeira é a única em que um micro processador pode executar directamente na máquina, já na 2ª geração aplica-se a linguagem de Assembly. Relativamente à linguagem de alto nível tem-se exemplo de linguagens como C++, em que está abstraído da máquina.

¹⁴⁴ Citando até mesmo o *Livro Verde* mais concretamente no ponto 5.1.5 este documento, define “ Os programas de código-objeto ou código- máquina encontram-se expressos em dígitos binários, enquanto os programas em código-fonte são expressos noutra forma e convertidos automaticamente em dígitos binários por um compilador do computador.”

Além de serem definidos os tipos de linguagem existentes, é necessário identificar as “*linguagens de assembler*”¹⁴⁵ e “*linguagens de compilers*”. São necessárias para a leitura do código. Qualquer que seja a linguagem utilizada, é exigido por parte do computador receber o programa como uma sequência de números. Isto é, o computador converte o programa que se encontra escrito, para uma linguagem compreensível e executável pela máquina, faz-se um tratamento ao programa e código que terá sido escrito pelo programador transformando-o em dados, que por sua vez o lêem como se se tratasse desses mesmos e depois os convertem numa outra forma de dados.

Para ser possível que a máquina mova, esta utiliza a linguagem de baixo nível, sendo que o computador consegue atingir a sua complexidade através de um maior despojamento possível da linguagem, em que assenta então, o sinal electrónico, baseado na tecnologia dos semicondutores que ainda hoje se utiliza.

Nos Programas de Computador a composição não poderá ser escrita com linguagem normal. São utilizados então as diferentes linguagens de programação, como *JAVA*, *PHYTON*, *C* e *C++*¹⁴⁶, tratando-se de linguagens formais em que se aplica um conjunto de instruções específicas, levando a que sejam formados diferentes formas de *outputs*, ou seja, tarefas. Estas compõem-se, na sua generalidade de instruções para o computador.

Dependendo das tarefas que o programador procura realizar, as linguagens diferem na sua aplicação. No entanto o modo de implementação é igual, só a sua especialização difere. Vê-se então a diferenciação entre a *sintaxe* (forma), e a sua *semântica* (significado).

As linguagens que aqui foram descritas, não são obrigadas a serem utilizadas pelo programador. Existem mais de 1,500 linguagens de programação ao nível mundial.

¹⁴⁵ Os dois programas têm funções diferentes, já que o programa assembler ou assembler tem a função de interpretador, examinando as frases do código-fonte uma a uma e depois transforma-as numa sequência de instruções codificadas numa outra linguagem, sendo depois enviado ao microprocessador. No programa o compilador é usado como um tradutor, que elabora o programa-fonte e depois passa o código-fonte para outro código.

¹⁴⁶ Nota-se aqui que C e C++ não são a mesma linguagem, sendo que a primeira é orientada para a estrutura, com um nível médio no que toca à programação usada para desenvolver aplicações de baixo nível, enquanto o segundo é centrado no objecto. É uma extensão de C, tornando-se numa linguagem híbrida. Mais informações em <https://www.computerscience.org/resources/computer-programming-languages/> e AABY, Anthony-*Introduction to Computer Language* 2004. [Consult a 3 de Julho de 2018] Disponível em <https://web.archive.org/web/20121108043216/http://www.emu.edu.tr/aelci/Courses/D-318/D-318-Files/plbook/intro.htm>

Este número encontra-se cada vez mais em crescimento, já que diferentes empresas, tal como a *Google*, *Bing* e *Microsoft* usam linguagens próprias dentro das suas instituições e que muitas vezes se encontram-se vedadas ao público.

Necessariamente, o facto de existir este número tão elevado, e sendo o *Software* um processo tão mutável, leva a que haja diferentes processos aplicados aos instrumentos como compiladores e descompiladores que se tornam num tradutor de linguagem mudando expressões de Programas de Computador para uma linguagem base que se aplica nos programas acima descritos, uma linguagem de máquina, ou seja, para uma linguagem binária.¹⁴⁷

2.2.2 O processo na criação de *Software*

Deve ter-se em conta que o *Software* é um processo bastante complexo. Não se trata apenas de instruções, a sua composição contem diversos elementos que são compreendidos pelo computador, como também os diferentes modos de aplicação a esses elementos, levando assim a diferentes representações que são definidos perante estes Programas de Computador¹⁴⁸.

O Programa de Computador tem em si um processo bastante complexo, requerendo um meio de estudo, não podendo o programador ser uma pessoa sem os conhecimentos básicos e que seja capaz de realizar, diversas linguagens que levam ao desenvolvimento dessas instruções, devendo ter toda a informação necessária para que seja possível o computador proceder às acções que levam ao resultado desejado. Todavia, não significa que ao reter todas estas informações não poderão acontecer erros¹⁴⁹. Na maioria das vezes são corrigidos e tornam-se operacionais antes de serem comercializados.

Ao longo deste processo formativo, os modos de representação do próprio objecto terão sido variados, ou seja, logo no primeiro momento poderá ser criada a descrição do problema e ao longo do processo vão sendo criadas descrições

¹⁴⁷ Ver REYNOLDS, George W. – *Ethics In Information Technology*, 5ªed. Universidade de Strayer, Virgínia, 2015, pp. 237 e ss.

¹⁴⁸ Podendo encontrar mais informação acerca da definição e noção de programa de computador em SAVEDRA, Rui- A Protecção Jurídica do Software e a Internet, Sociedade Portuguesa de Autores, Ed. Dom Quixote, Lisboa, 1998, pp. 21 e ss.

¹⁴⁹ Quando se fala sobre os erros ao compilar um código, refirmo-nos a um “bug”.

relacionadas com o método adoptado, as etapas principais do programa e os passos que estão a ser levados na sua implementação.

Termina-se então o processo de representação do objecto. É elaborada uma descrição do programa definindo todas as instruções que são seguidas pelo computador. Depois procede-se à conversão, de um modo que seja adequado ao computador. No entanto, esta descrição não tem a obrigatoriedade de resultar apenas de um único conjunto de instruções. Pode, na maioria das situações, torna-se em diferentes conjuntos de instruções de natureza diferente.¹⁵⁰

O termo de “*Software*” abrange ao programa que leva o computador a realizar uma certa acção e a um resultado esperado, bem como à documentação que fornece as instruções para fazer esse programa.

Relativamente a essa documentação, esta poderá ser planeada com bastante antecedência, antes do programa de computador atingir a sua fase final. Os computadores trabalham com elementos binários e realizam duas funções distintas que são expressas com “0” e “1”¹⁵¹.

Na programação, fazem-se correspondências, entre os conjuntos ou séries de letras e sinais ou números, que levam à sua sintetização. O programador trabalha sobre estes objectos. São considerados como mais sintéticos e oferecem uma maior perceptibilidade (podendo também ser referido como *user-friendly*). Nota-se então, que a linguagem de programação toma-se como um meio conveniente entre o programador e a sua programação, numa criação artificial na qual é projectada, de modo a facilitar esta actividade, através da sua formulação.¹⁵²

Na programação clássica, para a criação de um programa, é necessário juntar a documentação descrita mais o algoritmo, formando assim o programa. Sendo

¹⁵⁰ Mais informação sobre o procedimento, cfr. OMPI- *Report by the International Bureau - Measures to Enhance International Cooperation in the Field of Legal Protection of Computer Software*. 1979, pp. 5 e ss.

¹⁵¹ Estes números são o denominador de código binário em que pode apresentar-se por diversas representações, como texto, instruções de processamento computacional ou qualquer outro tipo de data, que possa ser utilizado neste sistema. Este código define um padrão composto por estes dois elementos também conhecido como “*bits*”, para cada carácter ou outro tipo de elemento. Este tipo de código integra em si bastante história, tendo sido originada a utilização de cifras no séc. XVI por Francis Bacon. Nos dias de hoje este código é utilizado também na formação de imagem, onde terá tido mais tracção no início do milénio, denominado de “*código ASCII*”. Ver. BACON, Sir Francis - *Bilateral Cypher System* e também LEITH, Philip – *Software and Patents in Europe*, Cambridge University Press, 2007 pp. 6 e ss.

¹⁵² SAVEEDRA, Rui. Pp. 35 (*idem*)

denominado de “programação procedimental”. Existem diferentes tipos de procedimentação perante a resolução do problema, levando à criação de novos tratamentos por parte dos programadores.

De uma maneira mais simples, na formação do programa de computador, dada a ideia inicial, de algoritmo como foi descrito, é necessário alterar estas instruções para serializações binárias, transformando todo o esquema conceptual num bloco de instruções, através da linguagem de programação, logo que esse bloco, é levado a correr num computador, tanto executa funções de forma automatizada como também fornece os resultados para os dados inseridos.

Define-se programa, quando é representado na sua forma de sequência de instruções de uma linguagem, o código-fonte. Quando o programa já se encontra terminado, executa todos os programas que lhe terão sido dados. O seu código-fonte é transformado num código executável ou num código-máquina.

Anteriormente o código era legível e compreensível perante o programador. Este tipo de código é traduzido numa linguagem de alto nível, sendo que depois este processo é convertido numa linguagem mais complexa, quase indecifrável pelo programador, mas que está optimizado para o computador, apta para ser lido pela máquina. É denominada de código-máquina ou código executável, sendo considerada também como uma linguagem de baixo nível.

Num processo inverso, o programador começa a fazer o programa de computador, não se iniciando pela linguagem de baixo nível, mas a partir do algoritmo, utilizando-se a pseudolinguagem. O seu entendimento torna-se muito mais simples. Em vez de ser directamente programado em linguagem de máquina, é primeiramente aplicado em linguagem de programação e só depois é que a linguagem de baixo nível fica aplicado à máquina.

Se o código-fonte não tiver uma protecção, ou seja, ficar acessível a todos para visualização e estudo, para terem acesso depois à compreensão da criação e depois então à sua modificação, com vista a ser melhorado por outros programadores, trata-se de *Software Livre*, também conhecido como *Open Source*.

Por outro lado, também existe o oposto, em que o código-fonte não se encontra acessível, tendo sido compilado ou submetido a uma técnica que lhe permite estar

trancado perante os outros utilizadores. Normalmente refere-se-lhe como Código Encriptado ou Código Proprietário.¹⁵³

De uma maneira efectiva, a maioria destes programas, ou até mesmo parte destes programas podem ser eficazmente utilizados, quando residem ou são armazenados num suporte físico¹⁵⁴, que poderá ser a ROM, que é um programa repetitivo em que são fixados pelos elementos semicondutores no momento em que o computador é fabricado. Porém, além de poder ser possível utilizar este elemento, também a utilização de elementos de leitura externa pode possibilitar o transporte físico de uma máquina para outra.

O programa de computador trata-se como um bem incorpóreo e os seus elementos, como o código-fonte e algoritmos, também são considerados como incorpóreos, mas retêm também valor monetário e de investimento, não podendo ser descurada a sua protecção jurídica.

¹⁵³ Consultar para um maior desenvolvimento desta matéria, Cfr. MARCELINO, João e ROCHA, Manuel Lopes – Guia Prático do Produtor de Tecnologia , Invenções e Patentes , IAPMEI 2ª Ed. pp. 88 e ss, igualmente ASCENÇÃO, José Oliveira de- A Protecção Jurídica dos Programas de Computador, pp. 74.

¹⁵⁴ Quando se refere ao suporte físico externo, trata-se de um objecto que contém armazenamento limitado (mas que com o passar dos anos poderá já ser considerado como ilimitado) levando a ser possibilitando guardar tanto como backup como para transportar de uma máquina para outra, tendo como exemplo os discos externos, *pens*, etc.

3. A Protecção Jurídica do *Software*: Trajectos, Aplicabilidade no Ordenamento Jurídico Português, a perspectiva Internacional e a possibilidade de patenteação.

O *Software* encontra-se em constante evolução, chegando ao ponto de hoje ser considerado como novidade, amanhã já ser considerado antigo e obsoleto. Nos grandes ordenamentos jurídicos estuda-se a Inteligência Artificial e “*machine learning*” em que máquinas aprendem certas acções por si próprios.

Comparativamente ao Direito, o *Software* e o *Hardware* em menos de um século têm tido uma evolução cada vez mais rápida, especialmente nos últimos 40 anos, facto que o Direito muito dificilmente consegue acompanhar.

No mundo empresarial, o factor temporal é um dos requisitos mais importantes para conseguir competir com a concorrência, pois mal uma empresa consiga difundir a sua tecnologia, esta irá tentar aperfeiçoar ou criar uma nova, o que afecta a perspectiva económica através da distribuição e produção, e igualmente leva a que o produto se torne obsoleto.

Referente à protecção jurídica do *Software*, do nível económico, torna-se um bem valioso que é capaz de movimentar milhões de euros, fazendo com que as empresas procurem encontrar a próxima inovação. Isto leva a diversas questões em que se torna cada vez mais importante a sua protecção. Trata-se de um objecto incorpóreo em que a sua aplicabilidade depende das acções e tarefas que são implementadas pela máquina. Questiona-se que tipo de protecção será eficaz e adaptável à evolução das TIC, se poderá ser através da Propriedade Industrial aplicada ao *Copyright*, ou ficar apenas presente nos Direitos de Autor.

3.1 A Protecção Jurídica do *Software*. Sua evolução

O *Software* teve uma evolução jurídica bastante vasta entre diversos países, não só ao nível europeu mas também internacional, que no entanto não o torna uma protecção exacta.

3.1.1 Pertinência do Direito no *Software*

A protecção de *Software* torna-se um pouco complicada relativamente à sua natureza incorpórea e adaptabilidade. Fazendo parte do Direito de Propriedade Intelectual, questiona-se onde é que fundamentalmente poderá ser delimitado. A partir de um *Software* é possível criar diferentes objectos, logo a partir daí, terá diferentes aplicações.

Dependendo da sua natureza poderá dizer-se que existe uma dualidade¹⁵⁵. Existem empresas que procuram proteger o seu *Software* através de outras formas, sem ser por Direitos de Autor ou *Copyright*. Podem também protegê-lo através de segredos comerciais¹⁵⁶, de patenteação e igualmente um “*sui generis database right*”¹⁵⁷.

Os Programas de Computador, retêm todos os requisitos para poderem ser considerados como obra literária¹⁵⁸, o que se encontra presente no nosso Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos. Os Programas de Computador são considerados como uma técnica para uma acção. Não se trata de uma obra que tem um fim, mas um meio para chegar a uma tarefa e com isto termina com um resultado, não apresentando semelhança com uma obra artística.

O *Software* é igualmente aplicado ao nível industrial através de diversas formas e pode ser considerado como objecto de protecção do Direito de Propriedade Industrial através da patenteação e os Modelos de Utilidade. Apesar de terem diversos contra-argumentos, tornam-se um meio viável de protecção, num ponto de vista teórico. Igualmente poderá ser encarado um pouco na perspectiva de Invenções Implementadas por Programas de Computador¹⁵⁹. A sua implementação envolve o uso de um

¹⁵⁵ GONZALÉZ, Andrés – *Software Patentability: Emerging Legal Issues*. *WIPO Magazine* Dezembro de 2008, Disponível em https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2008/06/article_0006.html

¹⁵⁶ *idem*. Dá-se aqui o exemplo da Microsoft que protege o seu código fonte dentro da empresa desde o seu início.

¹⁵⁷ *idem*. Trata-se de um direito, que se encontra mais utilizado fora do nosso ordenamento jurídico, mas que utiliza o direito de propriedade, diferenciado do direito de *Copyright*, em que existe um reconhecimento de um investimento económico é colocado na compilação de base de dados, mesmo que aqui não envolva uma ideia original.

¹⁵⁸ No entanto, quando protegido, leva a diversas questões em termos de partilha de conteúdo, já que perante a Internet, torna-se mais fácil tanto a divulgação o uso ou até mesmo a apropriação indevida por parte da música ou vídeos, em que muitas vezes, por ser partilhado pela internet, nas redes sociais, sem a devida identificação. Perde-se quem foi o seu verdadeiro criador/autor, não lhes dando então os devidos créditos.

¹⁵⁹ Evidentemente existem mais especificações sobre este tema ver. GOMES, Rui, BENTO, Rui e outros. INPI- Invenções Implementadas pelo Computador, Guia de Legislação e Prática no INPI para a área de IIC, Junho de 2014. [Consult. a 11 de Abril de 2018]

computador, ou de uma rede de computadores ou de qualquer tipo de dispositivo programável, e que igualmente tenha uma ou mais características parcialmente ou totalmente realizadas pelo computador.

3.1.2 Evolução do *Software* face ao Direito

Na sua evolução do *Software* relativamente ao Direito, existe uma grande diferenciação no que se refere à sua rapidez¹⁶⁰ evolutiva e com isto, o aumento de questões emergentes que devem ser discutidas e resolvidas relativamente ao Direito, em termos legislativos e judiciais, principalmente aos anos de protecção aplicada. Este processo constitui uma falta de eficiência bem como se encontra muito mais atrasado. Isto sucede com a evolução do *Software* ocorrer no mínimo de dois em dois anos. A Propriedade Intelectual balança nos limites entre o Direito e o *Software*.¹⁶¹

Com a grande transformação da tecnologia, a protecção de *Software* também teve fases evolutivas para conseguir alcançar a forma mais eficiente de protecção. Esta evolução ocorre em três fases distintas¹⁶²: primeira com o objectivo de protecção contra apropriação ilícita, tendo evoluído do segredo comercial de *Software*, sendo o método preferencial entre a década de 50 até ao final da década de 60. Na segunda fase após os anos 60, aplica-se o *Copyright* no *Software*. Durante a década de 80 a patenteação tem surgido com bastante relevância para o *Software*.

Na terceira fase, a protecção pelos Direitos de Autor, aplica-se igualmente ao Direito Internacional, mais especificamente nos Estados Unidos, em que grandes

Disponível em [https://inpi.justica.gov.pt/Portals/6/PDF%20INPI/Tecnologias%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o/M anual%20das%20Inven%C3%A7%C3%B5es%20Implementadas%20por%20Computador%20\(IIC\)%202014.pdf?ver=2017-08-28-161244-227v](https://inpi.justica.gov.pt/Portals/6/PDF%20INPI/Tecnologias%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o/M anual%20das%20Inven%C3%A7%C3%B5es%20Implementadas%20por%20Computador%20(IIC)%202014.pdf?ver=2017-08-28-161244-227v).

¹⁶⁰ Fazendo referência assim à IBM, que nos anos 50 terá introduzido o primeiro computador electrónico, conhecido como 701. Na altura o termo *Software* nem terá sido criado ou até mesmo definido, tendo depois na década seguinte, ter sido introduzido, igualmente o computador *System/360*, igualmente pela IBM. Isto levou à criação da primeira plataforma industrial standardizada, levando ao crescimento da utilização do computador. Sendo que na segunda metade da década de 60, terão começado a ser comercializados os programas como bens económicos independentes da máquina. Cfr CABRAL, João Pereira – A Patenteabilidade das invenções Implementadas por Computador, Universidade de Lisboa, 2016, pp.22 e ss.

¹⁶¹ Cfr. DUBOFF Leonard D.-*Introduction to Computer Law*, 14 *Hastings Comm. & Ent.L.J.* 215 (1991). [Consult. a 12 de Abril de 2018]. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/hastings_comm_ent_law_journal/vol14/iss2/1 pp. 224 e ss.

¹⁶² VILLAGRÁN, Daniel de Santiago - *Software Patent Protection under the European Patent Convention*. Dissertação em Direito Comercial Internacional. Universidade de Helsínquia, Helsínquia pp. 16 e ss.

empresas multi tecnológicas levam a que seja necessário procurar diferentes formas de protecção, através de licenciamentos, segredos comerciais¹⁶³, ou até mesmo os chamados “contractos de adesão”, sendo este o método mais recente.

Ainda hoje, o *Copyright* continua como o melhor meio de protecção e com mais eficiência, enquanto os segredos ainda estão a ser utilizados numa menor quantidade. As fugas de informação são mais constantes devido à exposição na internet e o armazenamento de dados em “*clouds*”¹⁶⁴, incluindo redes sociais.

3.1.3 Teses defendidas em relação a esta protecção aplicados na perspectiva temporal.

Na perspectiva jurisdicional internacional, existem diferentes ideias que levam à sua protecção, divergindo diferentemente entre ordenamentos jurídicos, colocando diversas dúvidas de quais serão os modos mais eficazes para a sua protecção, indo desde ao *Copyright*¹⁶⁵ existente na *Common Law*, sendo largamente utilizado nos Países da Commonwealth, passando por diferentes outros como a Propriedade de *Software*¹⁶⁶, desde a disseminação dos Programas de Computador ao longo do mundo¹⁶⁷.

Anteriormente ao que é aplicado nos dias de hoje, ainda se passou por diferentes discussões e teses que já terão sido consideradas obsoletas, tendo como

¹⁶³ Um exemplo de segredo comercial poderá encontra-se na estrutura e código do sistema operativo *Windows* (e igualmente na empresa IBM entre outras companhias presentes na altura), em que quando foi criado em 1981 e lançado em 1985 o direito de protecção não estava tão avançado como se previa. Na altura a empresa protegia o seu código- base definido como *Source Code* através do segredo comercial em que não poderia sair da companhia qualquer linha de código, protegendo assim a criação e cópia de outros sistemas operativos semelhantes. Evidentemente nos dias de hoje temos diferentes outros sistemas operativos *Open Source* em que o utilizador poderá modificá-lo às suas necessidades como o *Linux*. Podendo encontrar mais informação em <http://www.computerhistory.org/atchm/microsoft-ms-dos-early-source-code/> [Consult. a 10 de Junho de 2018]

¹⁶⁴ “*Clouds*”, ou nuvens na sua tradução literal, trata-se de serviços de armazenamento de dados e informação digital que é guardada em agrupamentos lógicos, com capacidade de deixar a sua informação protegida, mas ao mesmo tempo sempre acessível e disponível para o utilizador. O armazenamento físico é composto por diferentes servidores, que pertencem e são geridos por companhia operadoras. Exemplo da *icloud* da *Apple* e a *Dropbox* da *Microsoft*.

¹⁶⁵ Este tema irá ser mais detalhado ao longo do capítulo, consul. REYNOLDS, George W. – *Ethics in Information Technology*, 5ª ed. Strayer University, ed. CENGAGE. 2014, pp 221. Ver também LEITH, Philip - *Software and Patents in Europe*, Cambridge 2007, pp. 69.

¹⁶⁶ Podendo consultar mais informação acerca de “*Propriety Software*” em STRATTON, Greg – *Can Anybody Own the Internet?: Microsoft, Open Source and the Debate about Intellectual Property*, tese de 2004, Australia, Edith Cowan University pp. 46 e ss.

¹⁶⁷ Fazendo aqui referência ao documento de ASCENÇÃO, Oliveira – A Protecção Jurídica dos Programas de Computador, de 1989. Podendo ver que ao que se refere a esta questão, não se toma como uma problemática recente mas que já é colocado à algumas décadas.

exemplo em especial, duas argumentações¹⁶⁸, que qualifica os Programas de Computador como obra, ou seja, o *Software* como é escrito estando a ser considerado como obra literária, sendo então protegido pelos Direitos de Autor, ainda que se prevejam especialidades neste regime.

Outra tese¹⁶⁹ considera que em certos casos excepcionais, se deve abandonar as premissas iniciais e defender a perspectiva de que o *Software* é um objecto com uma natureza híbrida, tomando-se como uma espécie de um terceiro género, distinguindo-se relativamente às invenções e às obras, ou seja, não podendo então ser colocado nas invenções pois não preenche os requisitos necessários para a sua protecção. Aplicado aos Direitos de Autor, a sua protecção torna-se deficiente.

A tese de protecção no sentido de obra recebe os direitos e deveres a que estão dotados pelos Direitos de Autor no nosso ordenamento jurídico, abrangendo a perspectiva europeia e internacional¹⁷⁰. No entanto, diversos autores também defendem a tese de que o Programa de Computador retém uma natureza híbrida e que deverá ser defendido dessa forma em vez de pela protecção actual.

Esta situação leva a três argumentos principais, sendo que primeiramente, e com mais importância a perspectiva utilitária, a sua utilidade depende das acções que lhe são dadas à máquina para trabalhar.

Outro argumento, considera que o *Software* tem uma função não comunicativa da linguagem de programação, ou seja, para se conseguir aceder ao *Software* é necessário a utilização de uma máquina, que é um computador.

Como último ponto, o *Software* não tem capacidade de conseguir separar o seu conteúdo, ou seja, o código, texto, princípios de lógica ou os seus algoritmos e processos. Leva à ideia de que a tutela jurídica perante este bem jurídico incorpóreo, protege o ponto de vista de autoria, ou seja, apenas pela sua forma expressiva enquanto obra e ignora-se o conteúdo funcional. Nota-se que não é possível operar esta divisão presente no *Software* e que não se encontra de acordo com a protecção dada pelos Direitos de Autor.

¹⁶⁸Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias – Temas de Direito da Informática e da Internet- *Software*: Sentido e Limites da sua Apropriação Jurídica pp. Pág. 79 e ss.

¹⁶⁹ Esta tese já terá sido abandonada e considerada como obsoleta.

¹⁷⁰ Sendo depois mais desenvolvido em subcapítulos posteriores.

Questiona-se igualmente a razão do porquê da tese da natureza “*sui generis*”, tanto na jurisprudência como na legislação, não sendo aceite em nenhum ordenamento jurídico, exceptuando na Bulgária, que terá adaptado este tipo de argumentação. A maioria dos ordenamentos jurídicos adaptou-se à teoria do *Copyright* tendo sido alterado nos Estados Unidos em 1980 e na Europa adaptado aos Direitos de Autor. Estando mais direccionado para o sentido moral que o *Copyright* distingue-se dum ponto de vista económico mais direccionado para a obra.

Diferentes autores¹⁷¹ consideram, de uma forma teórica, que existe diferentes formas de protecção que poderão ser aplicadas a este bem jurídico¹⁷², mas que igualmente trazem certas consequências ao nível prático.

3.2 A protecção deste objecto através do *Copyright*/Direitos de Autor do ponto de vista europeu e nos EUA

A protecção deste objecto torna-se necessário para que seja possível uma adaptação à evolução tecnológica, estudando-se diferentes aplicações entre ordenamentos jurídicos

3.2.1 A evolução histórica até à protecção nos dias de hoje, na perspectiva europeia

As ideias que foram fundadas por estas teses tiveram influência em larga escala, nos documentos internacionais que ainda são utilizados nos dias de hoje para a protecção jurídica do *Software*.

Olhando para a protecção no Direito de Propriedade Industrial relativamente à Convenção de Paris não se encontra no seu conteúdo, qualquer tipo de referência relativamente à protecção dos Programas de Computador. Outro documento relevante é o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes, (PCT),¹⁷³ em que tal como o

¹⁷¹ Cfr. Supra Ref. PEREIRA, Alexandre Dias – *Software e Limites da sua Apropriação Jurídica*. pp. 81 e ss. MARTINS, Lourenço e MARQUES, Garcia – *Cyberlaw em Portugal. O Direito das Tecnologias de Informação e Comunicação*. pp. 117 e ss.

¹⁷² Levando até mesmo a aplicação de concorrência desleal, e ainda também aplicável na perspectiva de protecção ao nível do Código Penal.

¹⁷³ Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes tendo sido redigido em Junho de 1970, tendo várias modificações em 1979, 1984 e em 2001, todas realizadas em Washington.

documento anterior, não se encontra nenhuma referência à protecção de Programas de Computador.

Na década de 60, a protecção deste bem jurídico terá tentado ser aplicado ao direito já existente, ou seja, podendo tanto ser protegido pelo direito de autor como pelo direito de patente¹⁷⁴. E, olhando numa perspectiva internacional, mais concretamente nos Estados Unidos, os Programas de Computador não eram considerados como patenteáveis já continham métodos matemáticos, incluindo os algoritmos. Alguns autores da época consideravam que até deveria haver dois tipos de protecção jurídica.¹⁷⁵ No entanto através de um “*rule of doubt*”, a entidade responsável aceitaria os programas, sendo estes registados como obra, levando-se então à necessidade de formulação dos acordos e tratados que nos dias de hoje ainda se encontram utilizados desde a década de 70.

Analogamente, em 1972 a maioria dos países, encontravam-se a adaptar na Convenção de Munique sobre a Patente Europeia¹⁷⁶, considerando-se então que a protecção pelos Direitos de Autor como a forma mais adequada para a protecção dos Programas de Computador. Mostrou-se que a patenteação para qualquer tipo de objecto relacionado com o *Software*, seriam as Invenções Implementadas por Computador, mas não considerados definitivamente como Programas de Computador. Nesse mesmo ano a ideia da patenteação de *Software* não foi aceite em diversos ordenamentos jurídicos como os EUA e os países que se consideravam como as maiores potências económicas na altura.

¹⁷⁴ Dando um exemplo de uma patenteação de um *Software* de computador com o nº GB1039141, indo até 1966 em que o *Software* ainda se encontraria nos primórdios da sua existência trata-se de uma patente que terá sido concedida no Reino Unido intitulada “*A Computer Arranged for the Automatic Solution of Linear Programming Problems*”. Washington em 1970, tendo depois as suas devidas rectificações e sendo transitada para o nosso ordenamento português pelo DL. nº 107/93, de 7 de Abril.

¹⁷⁵ Cfr. CAMPBELL, Martin – *Not All Bad: An Historical Perspective on Software Patents*, 2005, pp. 212 e ss. Aqui considerava-se que o *Software* necessitava de dois tipos de protecções jurídicas em que os aspectos funcionais e o código-fonte deveriam ser protegidos de modo a que a sua apropriação fosse evitada por companhias competidoras que poderiam plagiarizar e desrespeitar a boa prática comercial, enquanto a segunda em que os programas já “empacotados” (ou seja que são criados em série e não definidos apenas para um só cliente) seriam protegidos de modo a que um utilizador não pudesse copiar o programa sem autorização do programador mas não pagaria os devidos valores que advêm da utilização do programa.

¹⁷⁶ Este documento foi aprovado a 5 de Outubro de 1973 e depois foi devidamente rectificado a 21 de Dezembro de 1978, tendo esta Convenção como objectivo reforçar a cooperação entre os Estados Europeus, relativamente ao domínio da protecção das invenções. Poder-se-á encontrar a exclusão dos Programas de Computador no art.º 52 nº2 alínea c) desta Convenção.

Em 1980 e igualmente em 1985 aceitaram a ideia da protecção dos Direitos de Autor sobre o *Software* relativamente aos outros países. Esta discussão tem tido a sua continuação ao longo das décadas, no entanto tem-se lentamente adaptado a ideia original de protecção por Direitos de Autor¹⁷⁷.

Terá depois, no início da década de 90 tendo sido adaptada a Directiva nº 91/250/CEE¹⁷⁸, considerada como o documento em que se baseiam os diferentes ordenamentos jurídicos, incluindo a “*Directiva-Software*”.¹⁷⁹ O que terá sido aplicado como solução referente à protecção na perspectiva dos Direitos de Autor e mencionada no *Livro Verde*¹⁸⁰ da Comissão Sobre os Direitos de Autor e o Desafio da Tecnologia, em que, na perspectiva do quadro de harmonização de natureza política referente às legislações dos Membros igualmente se encontra no *Livro Branco*¹⁸¹ Sobre a Realização do Mercado Interno.

Ainda existem diversas reservas relativamente a este tema, devido à sua qualificação legal ser tão ambígua. Esta discussão foi levada ao âmbito das negociações do GATT possibilitando a retoma do Acordo TRIPS, encontrando-se mais concretamente no artigo 10º¹⁸² deste documento. Igualmente, no Tratado da OMPI sobre os Direitos de Autor¹⁸³ também presente no nº2.

¹⁷⁷ Ou também referido como o direito de *Copyright*.

¹⁷⁸ Directiva da União Europeia referente à Protecção legal dos Programas de Computador, interpolado a 14 de Maio de 1991 tendo sido depois transposto para o Direito Português pelo DL nº 252/94, de 20 de Outubro. Cfr MARCELINO, João e ROCHA, Manuel Lopes - Guia Prático do Produtor de Tecnologia, IAPMEI, pp. 90 e ss.

¹⁷⁹ PEREIRA, Alexandre Dias – Programas de Computador, Sistemas Informáticos e Comunicações Electrónicas: Alguns Aspectos Jurídicos Contratuais. pp. 4 [Consult. a 13 de Maio de 2018]. Disponível em

<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28734/1/PROGRAMAS%20DE%20COMPUTADOR%2C%20SISTEMAS%20INFORM%3%81TICOS%2C%20ASPECTOS%20CONTRATUAIS.pdf>

¹⁸⁰ Torna-se relevante não só aplicado aos Direitos de Autor que terá sido já mencionado no ponto anterior e colocou diferentes influências para a protecção do *Software* ao ser abarcado pelos Direitos de Autor.

¹⁸¹ Torna-se igualmente relevante dum ponto de vista económico principalmente entre os Estados-Membros, já que ao aplicar a protecção de *Software*, poderá haver uma disparidade e até mesmo uma precariedade entre Estados que se encontram economicamente estáveis e ricos, relativamente aos Estados com mais deficiências económicas, bem como outros factores que se tornam necessários mencionar, como o custo de produção, mão-de-obra e financiamentos, bem como a relevância da criação de *Software* para o comércio e principalmente indústria entre outros pontos. Encontrando-se isto no Documento art.º 1 a 5.

¹⁸² “Os Programas de Computador, quer sejam expressos em código fonte ou em código objecto, serão protegidos enquanto obras literárias ao abrigo da Convenção de Berna (1971)”

¹⁸³ Este Tratado refere-se ao Tratado (WTC) sobre a Protecção dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos, tendo sido celebrado em 1996, com o objectivo de “Manter a protecção dos Direitos de Autores sobre as suas obras literárias e artísticas de forma mais eficaz e uniforme possível.”, tendo sido feito uma Resolução pela Assembleia da República nº 53/2009 de 30 de Julho.

Ao acordo deste diploma, os Programas de Computador são obrigatoriamente protegidos pelos Direitos de Autor, seguindo-se pela Convenção de Berna para a Protecção de Obras Literárias e Artísticas,¹⁸⁴ em que se consideram então como obras de texto.

Não tendo, nem de longe nem de perto, terminado esta fase evolutiva relativamente ao direito, à informática e à tecnologia, considera-se que os Estados Unidos deram uma das maiores influências para esta evolução.

3.2.2 A protecção do Software perante os EUA

Com a evolução histórica, a Convenção de Berna e a Convenção de Paris os Estados Unidos, já aqui considerados como uma potência mundial bastante desenvolvida¹⁸⁵, terão aplicado nos dias de hoje o direito de *Copyright* como podendo ter uma participação bastante activa, internacionalmente.

Ora, tendo o *Copyright* na década de 70 sido colocado como um marco que impulsionou este avanço tecnológico, pelos Estados-Membros da União Europeia que assinaram a Convenção de Munique, apesar de terem os Estados Unidos ficado fora da Convenção de Berna sobre a Protecção de Obras Literárias e Artísticas, contribuíram para o planeamento da criação da Lei do *Copyright*.¹⁸⁶

Ao não ter participado nesta assinatura, não estariam perante os requisitos e direitos aplicados neste documento, que nesta altura terá sido revisto pelo Acto de Paris em 1971. No entanto, a via do *Copyright* baseia-se em diferentes aspectos que se

¹⁸⁴ Cfr. *idem*. Tendo presente no art.º 4 e 5 desta Directiva, os diferentes direitos a que lhe são aduaneiros, sendo que se tornam bastante semelhantes, ou seja, direitos exclusivos, como o direito de autorizar as cópias temporárias ou permanentes dos seus programas, bem como a distribuição ao público, como acontece no caso de obras literárias de texto e papel. No entanto, tendo actividades que diferindo, podem então, fazer todas as actualizações necessárias de modo a que possam melhorar, como fazer *back up* do seu programa ou fazer cópias de segurança para o caso de existir algum erro grave, ou que por alguma razão leve a que seja apagado, entre diferentes outras actividades relacionada com o seu programa.

¹⁸⁵ Sendo que foram os Estados Unidos um dos pioneiros da criação da Internet e muita da tecnologia que é utilizada nos dias de hoje bem como considerada como uma das megapotências na criação e reprodução de *Software* e *Hardware*.

¹⁸⁶ Para ter uma data mais definida e detalhada terá sido preparado a criação da nova lei do *Copyright* em 1976 quando da Convenção de Munique terá entrado em vigor em 1973, encontrando-se mais detalhes no subcapítulo anterior desta dissertação e podendo também referenciar PEREIRA, Alexandre Dias - *Patentes de Software: Sobre a Patenteabilidade dos Programas de Computador* * Direito Industrial, AA.VV., Faculdade de Direito de Lisboa / APDI - Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 385-429. Em linha Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28748/1/Patentes%20de%20Software.pdf>

encontram definidos na protecção da perspectiva dos Direitos de Autor, mais concretamente no art.º 20 da Convenção de Berna¹⁸⁷.

Este *Acto de Copyright*, ainda não teria a capacidade de expressar concretamente a protecção jurídica dos Programas de Computador. Como a tecnologia, encontrava-se nos primórdios da sua evolução e carecia de aprovação por parte da *Comission on New Technological Uses of Copyright Works*, mais concretamente conhecida por CONTU¹⁸⁸, conseguindo atingir um maior escrutínio como também um estudo acerca desta situação, foi estabelecido em 1974, com o objectivo essencial de estudar a protecção dos Programas de Computador que se encontram protegidos pelos Direitos de Autor.

Graças ao estudo realizado por este Instituto, a que a OMPI (WIPO)¹⁸⁹. Criado em 1977, o documento base que leva à protecção do *Software*, terá publicado o documento “*Model Provisions on the Protection of Computer Software*”¹⁹⁰. Dando relevância o interesse de Organizações e Institutos Governamentais e não-Governamentais, auxiliando os diferentes Estados, de modo a complementar ou igualmente introduzir as leis que são aplicáveis para este efeito.

Apesar disto, encontram-se presente nestes documento, que não é forçosamente necessário ser adoptado como uma lei avulsa, os princípios, considerados apenas como uma forma de extensão da lei ou mesmo como uma ferramenta auxiliar para o

¹⁸⁷ Cfr. WIPO COPYRIGHT TREATY adoptado em Genebra em 20 de Dezembro de 1996 encontrando-se uma relação entre este tratado e a Convenção de Berna art.º 1 nº1 “ *This Treaty is a special agreement within the meaning of Article 20 of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (...)* ”, tendo uma relação exclusiva, não poderá ser possível fazer uma correlação com este documento com outro tratado ou Convenção, estando então restringido à aplicação entre estes dois Documentos. [Consult. a 10 de Setembro de 2018] Disponível em http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295166#P56_5626

¹⁸⁸ Sendo possível encontrar neste relatório a definição de programa de computador “ *A ‘Computer Program’ is a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result*”- CONTU Report, supra note 27, at 12 (retirado de DUBOFF, Leonard D., *Introduction to Computer Law*, 14 Hastings Comm. & Ent.L.J. 215 (1991). [Consult a 20 de Maio de 2018] Disponível em https://repository.uchastings.edu/hastings_comm_ent_law_journal/vol14/iss2/1).

¹⁸⁹ Colocando-se aqui uma nota a OMPI é o Instituto que se encontra responsável pela avaliação de patentes na perspectiva internacional, tornando-se a terceira e última camada da patenteação em que tendo as outras duas camadas da via de patenteação em termos de aplicação Europeia e por fim a patenteação nacional em que cada camada se respeita por diferentes requisitos existentes bem como os custos monetários se diferenciam.

¹⁹⁰ Tendo este Documento sido criado a pedido das Nações Unidas, de modo a que possa ser possível encontrar todas as vias viáveis, apropriadas e eficientes para a cobertura jurídica numa perspectiva internacional.

entendimento das normas que já terão sido estabelecidos internamente¹⁹¹, dependendo do ordenamento jurídico.

Encontram-se pequenas diferenças, apesar de existir esta correlação exclusiva entre os dois documentos já aqui assinalados: o *Copyright* e o Direito de Autor. Encontra-se presente no Tratado da WIPO, no art.º 2¹⁹² em que se certifica que a protecção tem uma maior extensão relativamente ao outro Direito, o que quer dizer que, este se estende pela expressão, pela acção em que se faz criar uma nova instância de certo tipo de objecto criado, de um modo autónomo e dinâmico como também anónimo. De um modo geral, estas expressões diferenciam-se das ideias. Isto significa que não é aplicado o direito do *Copyright*, já que as ideias levam ao expressar de uma opinião e não concretamente de uma forma de aplicação em que poderá ser original.

Este documento não restringe o *Software* desta protecção, que leva até mesmo à reforma do *Copyright Act* de 1980¹⁹³, tendo sofrido diferentes alterações levou, especialmente se o “*Recording Act*” tivesse sido adoptado como definição de Programas de Computador. No *Copyright Act*, como também terá sido aplicados os necessários limites à expansão dos Programas de Computador¹⁹⁴, que pelo meio da razoabilidade, não se estende ao *Hardware*, havendo diferenciação no que diz respeito aos componentes que os Programas de Computador.

O que levou à sua diferenciação foi o “*Semiconductor Chip Protection Act*”¹⁹⁵, que criou diferentes padrões de chips, tornava ineficiente a protecção por patenteação, já

¹⁹¹ Dando aqui exemplo, que o direito de *Copyright* teria a capacidade de ser incorporado na norma acerca dos “segredos industriais” ou no princípio de má concorrência, aplicado ao Direito das Sociedades Comerciais.

¹⁹² *Article 2nd WIPO Treaty – Scope of the Copyright Protection: “Copyright protection extends to expressions and not ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such”.*

¹⁹³ Evidentemente, este documento é bastante mais antigo, tendo sofrido diferentes alterações desde a sua criação em 1909, sendo considerado como um dos documentos mais importantes para a protecção do *Software*, tendo que este documento terá sido criado devido à jurisprudência “*White-Smith Music Publishing Co. v. Apollo Co.*” referentemente a uma peça usada em pianos. Isto igualmente terá levado a um outro documento relativamente à protecção de gravações, designado por “*Recording Act*” em que não protege por texto quando copiado mas apenas coloca como um produto criativo. Cfr. *idem*.

¹⁹⁴ No entanto a Comissão colocou a protecção como “(...) *Copyright protects the programs so long as it remains fixed in a tangible medium of expression but does not protect the electro-mechanical functioning of a machine.*” – CONTU, supra 27, 20 (*idem*)

¹⁹⁵ Este documento tem como objectivo principal, proteger os criadores de chips no que concerne aos padrões que são colocados, já que torna-se então impossível copiar e furto os padrões que são desenhados nestes objectos. Já que se usam modelos ou também conhecidos como “*templates*” na sua criação. Mas mesmo com essa protecção, através do denominado “*reverse-engineering*” (processo em que se desmonta o objecto de forma a compreender como terá sido manufacturado) torna possível a sua cópia do padrão e com isto criar cópias desse padrão levando-as aos chips funcionais, o que, evidentemente resulta numa má prática comercial.(cfr. *idem*)

que os processos burocráticos e os requisitos que seriam contemplados demorariam demasiado tempo, ocorrendo assim vários atrasos e com isso facilitando a cópia. Também o objecto seria considerado táctil e funcional, o que perante o que é aplicado na protecção não se engloba, já não se tratando de uma obra, quer escrita, quer artística.

Devido a estes problemas e com isto criando uma lacuna no próprio direito de protecção, terá sido suscitado a necessidade de criar este documento¹⁹⁶ poderá cobrir então este objecto. Coloca como requisito que o próprio padrão devesse ser então colocado no chip como tivesse um desenho único perante todos os outros padrões, podendo-se até considerar que isto seria como um “depósito” ou uma “lista” que facilitaria o seu registo e que com isto, é possível delimitar que no “*Chip Act*” esse requisito fica semelhante ao “*Copyright Act*” para a Protecção de Obras Artísticas.

Relativamente à protecção de *Software*, deve-se também delimitar os denominados “Contractos de licenciamento”¹⁹⁷. Trata-se de documentos que permitem a uma empresa tecnológica utilizar o serviço ou a tecnologia de uma outra empresa sem que seja necessário dispensar o seu tempo e os seus próprios recursos para a criação.¹⁹⁸ Assim, o denominado “licenciador” retém benefícios, não tendo a necessidade de fazer publicidade acerca do seu produto. Ambas as partes poderão focar-se na sua própria pesquisa. Os direitos de protecção dados a este retém poderes através da utilização do contracto de confidencialidade.

Este tipo de contrato consubstanciou-se em diversos processos e acordos entre as grandes empresas de tecnologia, tendo o exemplo das Empresas *Xerox Corp vs. Apple Inc.*¹⁹⁹ em que considera que a empresa *Apple* tenha violado o contracto de *Copyright* devido à utilização indevida de ícones. No entanto, terá sido considerado que como indeferido, já que perante o contrato assinado entre estas duas companhias

¹⁹⁶ Levando-se também a questionar se ao criar um código, semelhante no tipo de estrutura em que diferencia as naturezas que o *Software* poderá ter adaptado, bem como diferenciar os componentes necessários à formação de um programa de um computador, como igualmente abranger os tipos de protecções a que se aplica, já que um algoritmo retém diferentes modos de protecção quanto ao *Software*.

¹⁹⁷ Refere-se os “*Licensing agreements*”, que são bastante utilizados nos Estados Unidos mas igualmente na Europa e principalmente utilizados no Direito Empresarial, entre empresas no sector da tecnologia e *Software*.

¹⁹⁸ Dando um exemplo prático aqui, quando uma empresa de criação de aplicações de telemóveis precisa de ter um meio de comunicação entre os seus empregados de um modo eficiente. É contactada outra empresa que despende dessa tecnologia, para que a primeira possa utilizá-la através de um contrato de utilização, e a este modo focar-se nas suas próprias pesquisas, em vez de perder tempo na criação de uma forma de comunicação rápida.

¹⁹⁹ *Xerox Corp. v. Apple Computer Inc*, 734 F. Supp. 1542 (N. D. Cal 1990). (*idem*)

encontra-se a cláusula em que a *Apple* retinha o direito de poder utilizar a tecnologia oferecida pela outra companhia. No caso de ter havido alguma actualização dessa tecnologia, ou seja, feito o referido “*upgrade*”, então a *Apple* teria em sua posse o direito de *Copyright* sobre todos os desenvolvimentos aplicados sobre esse objecto²⁰⁰. Seria perdida aqui a capacidade por parte do Tribunal de retirar o *Copyright* sobre a tecnologia utilizada.

Acerca de mais exemplos existentes, com relevância ao caso *Apple Inc. vs. Microsoft Corp.*²⁰¹. Após jurisprudência anterior, a empresa *Apple* terá decidido tomar posse dos direitos sobre essa tecnologia utilizada pela *Xerox*, esta no decorrer do processo, terá dado razão à *Apple*, relativamente ao escrutínio do contrato de licenciamento fornecido à *Microsoft* em que poderia continuar a fazer mercado com a tecnologia que terá sido fornecida para a *Macintosh*²⁰². Objectivo fazer *displays* visuais dos ícones fornecidos pela companhia mas sem poder utilizar a tecnologia que é permitida para esses ícones serem mostrados.

Também como exemplo de jurisprudência relevante, vamos referir o caso *Lótus v. Borland*²⁰³, em que terá inventado a folha de cálculo, mas que terá perdido lucro devido à tecnologia “*Quattro Pro*”, sendo esta uma ferramenta semelhante, criada pela empresa *Borlands*, em que as pessoas poderiam utilizar o programa com mais vantagens mas que não perderia a forma de utilização que era aplicada outra empresa.

Havendo assim, uma acção judicial em que a empresa *Borlands* teria uma cópia indevida da ferramenta da *Lótus*, desrespeitando os Direitos de Autor por parte da empresa, tendo ocorrido quando a aplicação foi emulada na sua compatibilidade com a da outra empresa (*Lotús*) e tendo diferentes comandos considerados como idênticos, bem como outros aspectos presentes na aplicação, como menus copiados. Considerou-se por parte do Tribunal, que os comandos e ferramentas que terão sido copiados, como

²⁰⁰ Havendo aqui a ideia de como eram aplicadas as referidas actualizações poderiam então ser consideradas como objectos completamente novos, e que não teriam qualquer tipo de correlação à tecnologia que teria sido dispensado primeiramente sobre a *Xerox*.

²⁰¹ *Apple Computer Inc v. Microsoft Corp.*, 35 F. 3d 1435 (N.D. Cal 1994) (*idem*)

²⁰² Trata-se dos computadores que são fornecidos pela empresa *Apple*, tendo uma grande rivalidade com a empresa *Microsoft* referente aos seus sistemas operativos, tanto até o slogan que torna companhia bastante conhecida como “*Pay less. Get more*” (trad.: Pague menos. Receba mais).

²⁰³ *Lótus Dev. Corp. v. Borland Int’l Inc.*, 516 US 233 de 1996. (Cfr. MARCELINO, João e ROCHA, Manuel Lopes - Guia Prático do Produtor de Tecnologia. IAPMEI 2ª Ed. pp. 87 e ss)

também a hierarquia aplicada, fariam parte da operação electrónica do programa²⁰⁴ não colocando em prejuízo os direitos em causa.

Daí que as relações entre companhias de tecnologia, não só nos primórdios deste tipo de tecnologia mas principalmente nos dias de hoje, com o desenvolvimento de empresas de *Software*, inclui-se empresas de videojogos, tenham a uma grande disputa jurídica com altos valores económicos nas acções judiciais, e que levam a diversos problemas jurídicos: a contratação de trabalhadores independentes para uma tarefa bastante específica que difere em cada fase dos projectos, como também os esforços de cooperação entre grandes, médias e pequenas empresas tecnológicas.

Encontram-se aqui diversos problemas relativamente à protecção pelos Direitos de Autor. Existe uma grande insuficiência no que refere a este tema, já que ao longo das jurisprudências aqui mencionadas, as próprias funcionalidades do programa computador, constam como uma das partes mais relevantes dos Programas de Computador.

3.3. O Objecto de Patenteação de *Software*: ideia geral, consequência da aplicação e outras direcções de protecção

3.3.1 As diferentes formas de protecção que contemplam a protecção dos Programas de Computador.

Numa outra etapa da protecção dos Programas de Computador, há que ter em conta que o *Software* tem uma natureza mutável. Considerando o modo como é protegido pelos Direitos de Autor (o *Copyright*) terá sido já várias vezes referido, que poderá igualmente ser considerado como um “*Direito de Transformação*”²⁰⁵. Estando presente nos Direitos de Autor conta como um dos direitos ou até mesmo poderes que se encontram adjacentes à protecção dos Direitos de Autor, bem como outros poderes aduaneiros²⁰⁶.

²⁰⁴ Foi dada esta conclusão, isto trata-se de métodos operacionais bem como procedimentos, o que não se encontra incluído na protecção de Programas de Computador, sendo até estes métodos equiparados a métodos matemáticos.

²⁰⁵ PEREIRA, Alexandre Dias – *Software: Sentido e Limites da sua Apropriação Jurídica*, ponto 3.”O jogo dos princípios da protecção jurídica do *Software*” pp. 118.

²⁰⁶ Estudando então a Directiva sobre a protecção jurídica dos Programas de Computador Directiva nº 91/250/CEE de 1991, e colocando este “*direito de transformação no art.º 4 alínea b)* deste documento,

Deve também ser referido que desde a aplicação desta lei, terá perdido a sua força jurídica e com isto ter sido revogado e substituído pela Directiva 2009/24/CE do Parlamento do Conselho Europeu em que continua com o nome da norma que foi anteriormente revogada da Protecção Jurídica dos Programas de Computador, tendo depois mais tarde em Julho de 2018 tentado actualizar os direitos de protecção deste objecto e igualmente aplicar as protecção necessária à Internet²⁰⁷. Este passo levou a uma tentativa frustrada devido à aplicação de duas normas levaram à revisão da nova Directiva de protecção de informática e igualmente de *Software*, mostrando a facilidade com que a criação dessas novas normas poderão levar ao abuso de poder por parte de grandes poderes económicos.

Como exemplo, poder-se-à ver na fase de tradução entre o código-fonte e o código-objeto, muda a própria linguagem²⁰⁸ no que aqui referirmos como a denominada clonagem, em que se muda parcialmente ou totalmente o objecto por algo equivalente.

Nisto, aos direitos que são aplicados, também se coloca a ideia de se é possível proteger este objecto jurídico através de outros ramos de direitos, aplicados naturalmente do ponto de vista teórico e leva a outras perspectivas, tais como a protecção dos Programas de Computador perante a Concorrência Desleal, podendo ser possível encontrar esta referência presente na Directiva acima assinalada²⁰⁹. Nesta situação concluímos que relativamente à Propriedade Industrial toma-se como objectivo a garantia de haver lealdade da concorrência em função dos direitos a que se encontram aplicados.

havendo outros poderes que se devem referenciar ao longo deste capítulo. Numa perspectiva de direito da União Europeia este direito é uma forma de assistir ao titular do direito de poder “mudar” o seu produto. (cfr. *Idem*)

²⁰⁷ Mostrando que a Internet veio trazer cada vez mais não só inovação mas igualmente um impacto na sociedade e até mesmo interesses económico-políticos de muitos indivíduos independentemente se são pessoas singulares ou colectivas, a forma de como é transmitido a informação a uma velocidade estonteante, torna-se um meio benéfico para a evolução do mundo mas também trás diversas consequências como fuga de informação, ao ponto em que principalmente nos dias de hoje é possível haver a perda de emprego de indivíduos devido ao abuso de transmissão dessa informação ou até mesmo a interpretação de uma comunidade.

²⁰⁸ Ver. Capítulo 2 relativamente ao conceito de programa de computador presente neste trabalho.

²⁰⁹ Aplicado ao art.º 9 da mesma directiva em que esta se traduz: “*As disposições da presente directiva não prejudicam quaisquer outras disposições legais, nomeadamente as relativas a direitos de patente, a marcas, a concorrência desleal, a segredos comerciais, a protecção de produtos semicondutores ou ao direito dos contratos.*”

3.3.2 A ideia de patenteação dos Programas de Computador e Relevância no mundo do Direito

Cada vez mais se coloca a ideia de que a patenteação poderá tornar-se numa realidade definida. Diferentes autores²¹⁰ consideram que o processo de patenteação é um processo fácil de registar, pois o objecto deve ser examinado e ocupar todos os requisitos que são traçados pelas Instituições.

Relativamente à patenteação, esta encontra-se em diversos ordenamentos jurídicos, procurando igualmente tentar refutar a ideia da própria patenteação o objecto jurídico em chega à conclusão de que esta forma de protecção poderá levar a um atraso na evolução tecnológica.

Referidamente à jurisprudência há uma tendência em adaptar a protecção do Software aplicado à patente que também terá sido encontrada em discussão na União Europeia. Referimos aqui a proposta da Directiva da Comissão Europeia, apresentada no dia 28/02/2002²¹¹, que terá sido negada pelos votos partidários²¹² que defendem o *Software Livre*²¹³.

Este tipo de *Software*, é de um género em que é possível a sua alteração, como executando o código-fonte, ou código base e podendo também redistribuir para outras pessoas com ou sem alterações feitos ao seu código. Porém quando se refere ao ser “livre” significa que os utilizadores tem toda a liberdade para se expressarem pelo meio de código, podendo copiar, estudar a sua fonte e modificá-lo, podendo a comunidade beneficiar dessas modificações. Sem o código-fonte do programa não é possível a sua modificação nem o estudo profundo do programa de computador.

²¹⁰ LEIGH, Philip - *idem*. pp. 104.

²¹¹ Este ponto refere-se essencialmente à Proposta de Directiva relativamente à patenteabilização das invenções que implicam os Programas de Computador – COM/2002/0092 final- COD 2002/47

²¹² Podendo-se encontrar até por parte do nosso ordenamento jurídico o Projecto de Resolução por parte da Assembleia da República “Contra as Patentes de Software na União Europeia em Defesa do Desenvolvimento Científico e Tecnológico”. [Consult. a 10 de Junho de 2018]. Disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7653566776644756346447397a4c334271636a49314e43314a5743356b62324d3d&fich=pjr254-IX.doc&Inline=true>

²¹³ Quando nos referimos ao *Software livre*, não se pode referir a *Software* que se encontra fora das restrições relativamente à sua utilização bem como à parte da sua perspectiva económica. Este encontra-se mais facilmente denominado como *Software “open source”*, tendo até mesmo em seu poder diferentes limitações que são impostas pelas próprias licenças. Sendo este tipo de *Software* considerado como oposto ao “*Software-proprietário*” em que existe não só limitações à utilização, alteração e venda, mas inclui também imposto que o seu criador procura como estratégia de protecção em ter o seu código como um segredo comercial, podendo dar exemplo disto relativamente à Windows em que o código do seu sistema operativo encontrava-se sob segredo comercial por meio de encriptação (cfr. *idem* pp. 90).

Assim existem diferentes ideias de como é que é possível adaptar o direito a este ponto, já que alguns defendem um modelo monopolístico, ficando apenas encarregue a um certo grupo ou empresa, enquanto outros defendem que sem esse tipo de *Software* não é possível este desenvolvimento a que estamos sujeitos, pois excluem aqueles que possam ter o conhecimento sobre a informação do código e que conseguem modifica-la levando à sua evolução.

4. A Viabilidade do *Software* como Objecto de Patenteação. Conclusões Retiradas

O *Software* toma diferentes perspectivas referentes à sua protecção, colocando diferentes requisitos necessários a serem aplicados quando se torna necessário a patenteação, como a novidade, capacidade inventiva e aplicação industrial. Coloca-se a questão relativamente ao *Software* e onde se poderá enquadrar neste último requisito aqui mencionado. Igualmente, há vantagens e desvantagens que poderão ser encontradas.

4.1 A dupla protecção jurídica aplicada ao *Software*

Isto é possível delimitar ao estudar os diferentes meios com que este objecto poderá ser protegido, sendo dois lados divergentes, mas com o mesmo objectivo a aplicar.

Dependendo da função dada pelo programador ao programa de computador, e que essa aplicação seja industrial, poderá ser possível patentear²¹⁴. Quando se refere a objectos que são aplicados na indústria, como a utilização de máquinas para a construção automóvel, na utilização de *Software* específico para a realização de exames e microcirurgias²¹⁵.

Encontram-se direitos de diferentes formas de *Software*²¹⁶ como por exemplo de videojogos independentemente do *Hardware* utilizado para funcionar ou na criação de arte ou música digital, em que se fornece uma diferente forma de protecção mais célere e com menos requisitos necessários, tanto exclusiva como excludente.

Torna-se aqui possível encontrar então uma dupla protecção jurídica que poderá ser colocada, que independentemente da sua natureza e que se aplica à sua protecção. Dando também o exemplo dos videojogos, em que cada título criado é protegido com

²¹⁴ Referindo-se então às invenções implementadas por um computador em que necessita de um *Hardware* para funcionar..

²¹⁵ Também poderá encontrar-se *Software* nos exames médicos, bem como outros componentes médico-electrónicos.

²¹⁶ Ver subcapítulo 1.4 referente às diferenciações na protecção do ponto de vista de Direitos de Autor e Direito de Propriedade Industrial, mais concretamente a protecção jurídica sobre patentes.

registo através da aplicação dos Direitos de Autor, ou seja, estando presente no mundo dos Direitos de Autor em que conserva os direitos à empresa²¹⁷.

Este objecto jurídico dotado de direito, encontra-se num pequeno mundo à parte, sendo independente dos objectos considerados como obras artísticas por parte dos Direitos de Autor como também se encontram à parte das invenções aplicadas por um computador.

Tanto os jogos como o *Software* aplicado na construção automóvel consideram-se como *Software*. Equaciona-se a aplicação industrial em certos pontos quando se utiliza certo objecto gerado pelo programa de computador. Um exemplo é utilização de simulações, em que os jogos de carros ou de aviões em que o jogador se encontra a controlar um cockpit de uma nave ou de um automóvel, apenas como meio de distracção e *hobby*, também poderá ser aplicado nas escolas de condução em que utilizam um *Hardware* próprio para testar os seus alunos como meio de adaptação antes de ser colocado em situações reais.

Torna-se assim, um pouco mais complicado compreender qual o alcance da aplicação industrial deste *Software*, já que uma pessoa poderá adquirir o *Hardware* para haver uma maior imersão para se divertir, mas igualmente poderá ser usado como meio de preparação e de ensino.

Relativamente aos outros dois requisitos que são obrigatórios ao objecto a patentear, ou seja, a novidade e a capacidade inventiva: a novidade torna-se um meio um pouco mais directo de criar algo novo, basta provar que esse *Software* criado poderá oferecer bastantes benefícios para a evolução da sociedade principalmente na perspectiva pessoal e empresarial. No que toca à capacidade inventiva, aplica-se o mesmo princípio que é aplicado em que aquilo que terá sido inventado terá que ter prova que terá sido estudado, argumentado e refutado e não apenas uma chance perante qualquer pessoa que se deparou com a criação do objecto.

²¹⁷ Isto apenas se refere ao título do jogo em causa e não ao género que é aplicada que com isto quer dizer que um jogo só por ser de plataformas ou de tiros não significa que a empresa que criou esse jogo retém todos os direitos exclusivos e excludentes sobre todos os outros jogos que também utilizam essa fórmula do género de jogo. Já que um jogo tem o mesmo género mas o seu conteúdo, quer de história, *design* de arte e modo de aplicação difere. Neste caso, só se aplica quando existe uma evidente cópia dos critérios do jogo é conseqüente desrespeito sobre o direito de *Copyright*.

Certos autores consideram o *Software* como algo que pela sua natureza poderá ser considerado como patenteável²¹⁸ mas tem que se ter em mente que se trata de uma invenção com funções que podem ser úteis e não apenas considerado como forma de fornecer informação. Ou seja, não fornecendo um meio computacional, mas sim, uma característica técnica. E deste modo evitando a dupla protecção relativamente a este objecto.

4.2 Vantagens e desvantagens levadas à patenteação de *Software*

4.2.1 Vantagens

Ao deparar com esta situação que este tipo de patenteação trás, surgiram diversas ideias que poderão ser positivas para a evolução do Direito relativamente ao *Software*, mas que também levarão a certas desvantagens que poderão colocar em risco a própria protecção, como o abuso deste direito e o colocar em causa valores ético-morais e também económicos.

As vantagens que poderão ser aplicadas nesta situação poderão ser consideradas como vantagens temporais ou seja, tomando a perspectiva no tempo de licença que é aplicado nos Direitos de Autor de 70 anos²¹⁹ após a morte do autor. Neste caso, torna-se um pouco improcedente já que a evolução de *Software* ocorre sensivelmente a cada 2 anos, tendo que a geração de consolas de jogos já se encontra na 8ª ou 9ª geração, enquanto no *Hardware*, o computador já se encontra na 5ª geração em que se procura explorar a *Inteligência Artificial*²²⁰, mostrando que o tempo de vida da protecção aplicada referentemente a uma obra de arte ou a um livro, não poderá ter o mesmo tipo de protecção que é aplicada ao *Software*.

²¹⁸ GONÇALVES, Luís M. Couto – A Patente de Invenção e a Noção de Técnica. Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, ed. Almedina, 2008, vol. II, pp. 318

²¹⁹ Ver capítulo 1 do Trabalho e previsto no Código de Berna, devendo este prazo ser aplicado na perspectiva mundial, podendo variar entre Estados como por exemplo, no nosso ordenamento jurídico aplica-se a 70 anos após a morte do autor.

²²⁰ Procurando também a realidade virtual ou também conhecido como VR, que certas aplicações já utilizam *head gear*, para a concretização de certas funções. Na *Inteligência Artificial*, apesar de ainda estar no início, programadores já começam por desenvolver programas cuja função é o reconhecimento de voz natural através da utilização de processamentos paralelos e supercondutores (ver. *Ethics in Information Technology*) e igualmente, por iniciativa própria, aprender certas funções básicas e organizacionais.

Há assim, a vantagem de que na protecção por patenteação ou até mesmo por modelo de utilidade²²¹, tomando-se como um direito encontrar um prazo legal mais curto, não sendo necessário um tempo tão grande para um programa que já terá sido desactualizado, como um num período de um quarto desse tempo. Evidentemente, esse prazo também se considera como demasiado alongado para essa protecção de *Software*, que tem constante evolução.

Outro ponto que também se tem em conta, é o escrutínio aplicado a quando da patenteação, ou seja, colocando-se mais requisitos seria mais fácil diferenciar a ideia que realmente terá utilidade para a sociedade, já que com mais requisitos o nível de aceitação da patente torna-se mais elevado.

Igualmente, existe a ideia de que como o prazo de protecção é mais curto, comparativamente aos de Direitos de Autor, poderá auxiliar, num nível temporal, o lançamento de novas tecnologias à sociedade, pois quanto menor o prazo de protecção e posse sobre a nova tecnologia, mais rapidamente poderá ser inserida no mercado.

Da protecção moral de patenteação de *Software*, poderá ser mais fácil identificar qual a verdadeira base²²² dessa protecção, pois a ideia da patente, relativamente ao seu objectivo poderá ser diferente na sua aplicabilidade, do que do seu competidor, dando também protecção económica no caso de cópia ou roubo da ideia através da exclusão dos rivais.

4.2.2. Desvantagens

Nas questões das desvantagens, existem nesta situação algumas que poderão até colocar em questão os valores ético-morais e o desenvolvimento de uma maior concorrência desleal. Existem então diversas desvantagens nesta patenteação que poderão colocar em risco vários factores.

Uma das desvantagens, refere-se ao ponto de vista económico, ao contrário do que é aplicado nos Direitos de Autor em que o custo de registo tem menores custos que a patenteação. Envolvendo o ponto de vista territorial e levando a pessoa que quiser

²²¹ Nos Modelos de Utilidade encontram-se com um prazo de protecção de 10 anos a contar do pedido feito no INPI quando a Patente se encontra a 20 anos da formalização do pedido.

²²² WIPO – *Patenting Software* [Consult. a 12 de Setembro de 2018] Disponível em http://www.wipo.int/sme7en/documents/Software_patents_fulltext.html

proteger o seu programa de um modo mais abrangente a registar-se na instituição fora do ordenamento jurídico ou fora da Europa, arrecadando custos e mais tempo para o seu registo.

Existe a questão da estratégia comercial que possa ser aplicado à patenteação em que diversas empresas para o seu próprio interesse poderão levar a atrasos na evolução tecnológica, já que paga um grande custo temporal para que possa ser introduzida na sociedade.

Como o custo elevado, toma-se como parte favorável a protecção para grandes empresas em que possam arrecadar os custos de taxas de justiça e honorários protegendo os seus interesses dos denominados “*patent trolls*”²²³.

Relativamente a empresas “*start-ups*”²²⁴ e pessoas singulares que criaram o seu programa, não se torna viável esta aplicação, pois não retém meios de protecção, tornando-se assim esta protecção mais benéfica para as grandes empresas. Obrigando estas empresas a arrecadarem um grande número de patentes e havendo uma grande concorrência entre empresas, dificultando o crescimento de outras instituições mais pequenas.

Assim, as empresas procuram então como modo de protecção a omissão de informação do seu *Software*, omitindo e escondendo o seu código fonte da sociedade. Com isto há uma sobrelocação de direitos de Propriedade Industrial que devem ser respeitadas e desviadas para conseguir oferecer a sua nova tecnologia. Por consequência, esta situação pode poderá até mesmo atrasar o avanço tecnológico.

²²³ Estas pessoas tomam-se como entidades não participativas que procuram colocar litigações de patentes de modo a que possam ganhar o direito de protecção sobre produtos em que não tiveram qualquer tipo de participação na concessão.

²²⁴ Empresas pequenas que iniciaram recentemente o seu serviço, estando ainda a construir a sua rede de clientes. Normalmente estas empresas não têm um grande poder económico.

CONCLUSÃO

Nos dias de hoje, a tecnologia torna-se como necessidade básica para a sociedade, compreendendo que os Programas de Computador, *widgets*, aplicações, *laptops*, *desktops* e *tablets*, são usados como meios funcionais no dia-a-dia do cidadão comum. Indo desde pesquisa de estudo, a ser usado na indústria automóvel que se utiliza da programação das máquinas que fabricam os automóveis, passando pelos programas para os exames médicos como as TAC e as radiografias.

O *Software* tem uma natureza bastante diversificada, adaptável a diversas situações. Com isto, a sua protecção é um ponto importante para que sejam o mais eficaz e monetariamente eficiente.

Ao estudar as diferentes monografias, dissertações, teses e artigos, encontram-se diferentes formas de poder cobrir a sua protecção.

Pela via da Propriedade Industrial, encontram-se em duas frentes, a Patente e os Modelos de Utilidade. Relativamente a esta primeira, é uma protecção exclusiva em que são dados ao seu inventor, direitos de exploração económica e moral do seu invento, e também excludente, que proíbe terceiros de utilizarem sem autorização do seu criador, ou patentear um objecto que tenha a mesma natureza que o invento já registado. Tem um prazo de protecção de 20 anos, sendo este facto positivo devido à evolução bastante acelerada da tecnologia, mas torna-se mais deficiente, já que tem requisitos deveras restritivos, e dependendo igualmente da sua territorialidade, o seu custo aumenta, conforme até onde a sua patente possa ser aplicada, pode apenas ser nacional, europeu ou mundial.

Para os Modelos de Utilidade, o prazo é mais pequeno, sendo o menor de 10 anos, com um custo menor para ser aplicado e tendo as características semelhantes à patente.

Neste momento, apenas os algoritmos poderão ser patenteados, mas talvez esta ideia possa vir a ser aplicada no futuro.

O modo de protecção utilizado, pelos Direitos de Autor/*Copyright* (no ponto de vista anglo-saxónico), na qual os Programas de Computador são equiparados a obras artísticas, não necessitam de um registo para que pertença ao seu autor, é um direito exclusivo em que os direitos de exploração económica e moral do nome da sua obra ficam apenas exclusivo ao seu autor. Este direito não depende da territorialidade, sendo reconhecido em todo o mundo. Tem um prazo de protecção de 70 anos mais 20 anos, o que é considerado ineficiente, pois a evolução tecnológica ocorre entre 2 a 5 anos.

Talvez no futuro irá ser criado um novo direito que se irá adaptar a estas constantes transformações das tecnologias de informação e à sua natureza elástica e mutável.

FONTES

Monografias

ASCENÇÃO, José Oliveira de – *Direito Intelectual, Direito da Sociedade de Informação*, vol. IX, ed. Coimbra

_____ – *Direito Comercial*, vol. II, 1988. ed. AAFDL

CARVALHO, Américo da Silva – *Abuso de Direito e Boa-fé em Propriedade Industrial*, Direito Industrial vol. V- APDI, Almedina.

CARVALHO, Orlando - *Direito das Coisas* 1977, ed. Coimbra

COUTO GONÇALVES, Luís M. – *Manual de Propriedade Industrial, Propriedade Industrial e Concorrência*, 6ª Ed Rev. e act. Almedina 2015

FERNANDEZ, Antonio – *La Propriedade Industrial en el derecho internacional*, ed. Nauta, Barcelona, 1965.

GOTZEN, F. – *The future of Intellectual Property in the Global Market of the information society – Who is going to shape the IPR system in the new Millennium*, vol. XVIII Katholieke University of Brussels, ed. Bruylat.

LEITH, Philip – *Software and Patents in Europe*. Ed. Cambridge Press, Universidade de Cambridge, 2007, ISBN- 978-511-36636-9

MARQUES, João Remédio – *O Regime Português de Utilidade, antes e depois da Tentativa de Harmonização Legislativa da União Europeia*, ed. Lusíada, Porto 2010

MARTINS, Lourenço, MARQUES, Garcia e DIAS, Pedro Simões - *Cyberlaw em Portugal - O Direito das Tecnologias de Informação e e Comunicação, cap. 2. Protecção Jurídica do Software*, ed. Centro Atlântico, 2004

_____ – *Direito da Informática*, Coimbra, Almedina, 2000, Depósito Legal- 156687/00

_____ – *Cyberlaw em Portugal, o Direito das Tecnologias da Informação e Comunicação*. Centro Atlântico; Protecção Jurídica do Software

MENDES, Ohen Manuel – *Direito Industrial*. Coimbra ed. Almedina vol. I, 1983/1984

http://www.ptcs.pt/public/wax_publications/ROA%20%20Nuno%20Sousa%20e%20Silva.pdf

PEREIRA, Alexandre Dias – *SOFTWARE : Sentido e limites da sua apropriação Jurídica* - Temas de Direito da Informática e Internet, Ordem dos Advogados, 2004, Coimbra, ISBN- 972-32-1219-6

PEREIRA, António Maria – *Guia da Convenção de Berna relativa à Protecção de Obras Literárias e Artísticas* (Acta de Paris 1971) Organização Mundial de Propriedade Industrial, Genebra 1980, pub. 615 ISBN 92-805-0019-8

SAAVEDRA, Rui – *A protecção do Software e a Internet. Sociedade Portuguesa de Autores*. Publicações D. Quixote

VICENTE, Dário Moura; SILVA, Ana Maria Pereira – *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira de Ascensão 50 anos de Vida Universitária*. Almedina 2015 ISBN 978-972-40-6115

VICENTE, Dario Moura; GREG, Donna Coleman, COELHO, Helder, etc – *Direito da Sociedade de Informação e Direitos de Autor. Associação Portuguesa do Direito Intelectual*. Vol. X Ed. Coimbra 2012 ISBN- 978-972-32-2018-6

Outras fontes

ASCENÇÃO, José de Oliveira de – *A Protecção Jurídica dos Programas de Computador*- 1988. Revista Ordem dos Advogados [Consult. a 5 de Julho de 2018] Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B639e8fc8-d372-43d0-8a42-c429d91445f8%7D.pdf>

APDI - Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Vol. I, Coimbra, Almedina. [Consult. a 28 de Abril de 2018] Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28748/1/Patentes%20de%20Software.pdf>

CABRAL, João Pereira – *A Patenteabilidade das invenções Implementadas por Computador*, Universidade de Lisboa, 2016 [Consult. a 13 de Março de 2018] http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/26147/1/ulfd132677_tese.pdf

CAMPBELL, Martin – *Not All Bad: An Historical Prespective on Software Patents*, 2005. [Consult. a 20 de Novembro de 2018] Disponível <https://repository.law.umich.edu/mttlr/vol11/iss2/2/>

COUTO GONÇALVES, Luís M. – *A livre Circulação de Bens e a Propriedade Industrial*, Revista de Direito Maia Jurídica Associação Jurídica da Maia Referencia Breve à evolução da P.I

_____ – *A Patente de Invenção e a Noção de Técnica*, Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Almedina, 2008, vol. II.

_____ – *A protecção nacional de Propriedade Industrial* Scientia Juridica, Revista de Direito Comparado de Outubro- Dezembro 2008

_____ – *A livre circulação de bens e a Propriedade Industrial*. Revista de Direito Maia Jurídica. Associação Jurídica da Maia- Referência Breve à Evolução da Propriedade Industrial.

DOMINGUEZ, Jorge- *Guia-Manual de Propriedade Industrial e Intelectual para empreendedores e empresas de bases tecnológicas*. Colaboração das Universidades de Coimbra, Salamanca, Aveiro, Coimbra, Beira Interior, Pontifícia de Salamanca, Valladolid e Leon. INESPO

DUBOFF, Leonard D. - *Introduction to Computer Law*, 14 Hastings Comm. & Ent.L.J. 215 ,1991. [Consult. a 12 de Abril de 2018]
Disponível
https://repository.uchastings.edu/hastings_comm_ent_law_journal/vol14/iss2/1 , pp. 216 e ss.

GONZALÉZ, Andrés – *Software Patentability: Emerging Legal Issues*. WIPO Magazine Dezembro de 2008, [Consult. a 12 de Maio de 2018] Disponível em https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2008/06/article_0006.html

GROSCHKE, Andreas – *Software Patents- Buon OR Bane for Europe?* International Journal of Law and Information Technology, vol. XIV nº III, Outono 2004 Oxford Journals.

MARCELINO João; ROCHA, Manuel Lopes – *Invenções e Patentes 2 domínios especiais: O Software e a Biotecnologia*. Guia Prático de Produtor de Tecnologia, IAPMEI

MARQUES, João Paulo F. Remédio – *Patentes de Programas de Computador e Sistemas Informáticos de Jogos Electrónicos/Patentes de métodos e de Exercício de Actividades Económicas?* 2016. [Consult. a 13 de Fevereiro de 2018] Disponível em <http://pidcc.com.br/artigos/102015/01022016.pdf>

PEREIRA, Alexandre Dias – *Arte, Tecnologia e Propriedade Intelectual*. Publicações APDI. [Consult. a 12 de Março de 2018] Disponível em <http://www.apdi.pt/publicacoes-e-artigos/artigos-2/>

_____ – *Programas de Computador, Sistemas Informáticos e Comunicações Electrónicas: Alguns Aspectos Jurídicos Contratuais*. [Consult. a 13 de Maio de 2018] Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28734/1/PROGRAMAS%20DE%20COMPUTADOR%2C%20SISTEMAS%20INFORM%C3%81TICOS%2C%20ASPECTOS%20CONTRATUAIS.pdf>

_____ – *Patentes de Software: Sobre a Patenteabilidade dos Programas de Computador*. Direito Industrial, AA.VV. Faculdade de Direito de Lisboa

PIETERSE, Vreda e BLACK, Paul E. - *Dictionary of Algorithms and Data Structures*, National Institute of Standards and Technology, 2004. [Consult. 4 de Julho de 2018] Disponível em <https://xlinux.nist.gov/dads/>

PLATTON, Guy- *The Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs: An Unsatisfactory Balance of Competing Interest*, American University International Law Review 7, nº 2, Washington, de 1992

REYNOLDS, George W. – *Ethics In Information Technology*, 5ªed. Universidade de Strayer, ed. Cengage, Virgínia, 2015

RIBEIRO DE ALMEIDA, Alberto Francisco – *Os Princípios Estruturante dos Acordos TRIP's: Um contributo para a liberalização do Comércio Mundial. Gênese do Acordo Trip's*, Revista Ordem dos Advogados, ano 64 2004 Vol. I/II.

SWEET and MAXWELL, Keith Beresford – *Patenting Software Under the European Patent Convention, Software Patents Examples of granted Software generating programs appeal, Software Industry, Software patents Special Report*.

VILLAGRÁN, Daniel de Santiago – *Software Patent Protection under the European Patent Convention*. Dissertação em Direito Comercial Internacional. Universidade de Helsinquia, Helsínquia

WIPO – *European Commission 1996 First Action Plan for Inovation in Europe* Publications 2004 trad. [Consult. a 3 de Abril de 2018] Disponível em <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=99&plang=EN>

_____ – *Seminario sobre patente europeia e tratado de cooperação em materia de patentes*. [Consult. a 10 de Março de 2018] Disponível em <https://www.wipo.int/pct/pt/index.html>

_____ – *Report by the International Burreau- Measures to Enhance International Cooperation in the Field of Legal Protection of Computer Software*. 1979

_____ – *European Comission, Innovation Policy in the Knowledge Based, Office for Official Publications on the European Communities, Luxemburgo* 2000, [Consult. a 7 de Março de 2018] Disponível em https://ec.europa.eu/growth/content/innovation-policy-knowledge-based-economy-0_pt

_____ – *Patenting Software* [Consult. a 12 de Setembro de 2018] Disponível em http://www.wipo.int/sme7en/documents/Software_patents_fulltext.html

Legislação

ACORDO sobre os Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (ADPIC/TRIPS) [Consult a 5 de Junho de 2018] Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:r11013>

ASCENÇÃO, José Oliveira de- *Legislação de Direito Industrial e Concorrência Desleal* 1ª ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade Direito de Lisboa. 2000.

CÓDIGO do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, 1ª ed. Lisboa: Editora Almedina 2003. Depósito Legal: 194097/03

CÓDIGO da Propriedade Industrial , 2008, Lisboa: Instituto Nacional de Propriedade Industrial [Consult. a 14 de Setembro de 2018] Disponível em http://www.marcasepatentes.pt/files/collections/pt_PT/1/2/14/Decreto-Lei%20n.%C2%BA%20143_2008%20de%2025%20de%20Julho_C%C3%B3digo%20da%20PI%20-%20Vers%C3%A3o%20pesquis%C3%A1vel%20em%20PDF.pdf

CÓDIGO Civil Alemão (Bergiff de Sasche), 1988 [Consult. 14 de Setembro de 2018] Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>

COHEN, Renée, RINGER, Michelle, FELLOW, Barbara A.- *Copyright Law of United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code*- December 2016.

CONVENÇÃO de BERNA para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, 1886 Paris [Consult. a 20 de Setembro de 2018] Disponível em http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil_conv_berna_09_09_1886_por_orof.pdf

CONVENÇÃO de MUNIQUE sobre a Patente Europeia, 1973 Munique [Consult. a 15 de Setembro de 2018] Disponível em <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec52-1991.pdf>

CONVENÇÃO de PARIS para a Protecção da Propriedade Industrial, 1883 Paris [Consult. a 20 de Setembro de 2018] Disponível em

<http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec22-1975.pdf>

CONVENÇÃO da WIPO – *Convention Establishing the World Intellectual Property Organization*. Estocolmo 1967 [Consult. a 21 de Setembro de 2018] Disponível em <https://www.wipo.int/treaties/en/convention/>

DECRETO-LEI nº 52/91 de 30 de Agosto – *Rectificação da Convenção de Munique*

DIRECTIVA – Lei que estabelece os Direitos de Propriedade Intelectual, J-LO 157, 20 de Abril de 2004

LIVRO BRANCO – *Acto Único Europeu sobre a Realização do Mercado Interno*. [Consult. a 17 de Março de 2018] Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:xy0027&from=PT>

LIVRO VERDE – *Comunicação sobre Direitos de Autor*, 1995. [Consult. a 10 de Abril de 2018] Disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-96-1042_pt.pdf

U.S CODE, Title 15, Chapter 63- Technology Innovation number 3701-3722, USA: Washington [Consult. a 14 de Setembro de 2018] Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=16636>

WIPO- *Model Provisions on the Protection of computer Software de 1977* [Consult. a 23 de Maio de 2018] Disponível em https://www.wipo.int/mdocsarchives/LPCS_I_79/LPCS_I_2_E.pdf