

Patentes de Software
Como atingir os objectivos da “Posição
Comum”
Opções e Potencial de Compromisso

Propostas da FFII para o PPE (EPP)

June 25, 2005

Contents

| | |
|--|-----------|
| 1. Porque queremos excluir patentes de software e de modelos de negócio? | 3 |
| 2. O que está errado com a “Posição Comum”? | 5 |
| 2.1. Os pensamentos como tal estão livres... | 5 |
| 2.2. Uma reivindicação de programa não será permitida, a menos que... | 6 |
| 3. A Escolha Fundamental: Ciência Natural vs Exacta | 8 |
| 4. Patenteando tomografia computadorizada sob as “Dez Clarificações” | 9 |
| 4.1. Reivindicação do Processo | 9 |
| 4.2. Reivindicações sobre Programas | 10 |
| A. As Dez Clarificações Fulcrais para a Directiva de Patentes de Software | 11 |

1. Porque queremos excluir patentes de software e de modelos de negócio?

A maioria de nós concordará que as pessoas criativas deveriam ser capazes de obter recompensa pela sua actividade e que os legisladores deveriam ajudar concedendo direitos de exclusão apropriados (propriedade intelectual).

As patentes são um possível conjunto de regras para propriedade intelectual, mas um conjunto bem especial. Uma patente é um monopólio num conceito novo. O alcance de acções proibidas pode ser muito abrangente. Propriedade intelectual criada de forma independente pode ser destruída por patentes. Pode tornar-se bastante difícil reconciliar este tipo de monopólio com a liberdade de acção e a liberdade de concorrência, que são o coração da democracia e economia de mercado modernos.

Assim, quando se permite a patenteabilidade sobre qualquer tipo de matéria, deve-se tomar um cuidado especial.

Tradicionalmente, o sistema de patentes tem estado limitado à área da ciência natural aplicada. Apenas soluções concretas e físicas para resolver problemas podem patenteadas, e não qualquer solução prática. Isto tem ajudado a limitar o âmbito das reivindicações de patentes.

A Convenção Europeia de Patentes de 1973¹ exclui software, matemática e modelos de negócio da patenteabilidade. No Guia de Examinação de 1978², diz-se que a matéria excluída é de natureza “abstracta”. De facto, o processamento de dados é uma área na qual o engenho reside na abstracção³. Se existe algo “técnico” (isto é, concreto e físico, relacionado com forças da natureza) no processamento de dados, então é na melhor das hipóteses algum aspecto já bem conhecido e trivial, tal como por exemplo o uso de equipamento genérico de computação.

O Gabinete Europeu de Patentes (EPO, European Patent Office) tem concedido atabalhoadamente patentes de software desde 1986 (decisão Viacom) e gradualmente alargado o âmbito de concessão de patente através de decisões subsequentes, especialmente as de 1998 onde introduziu reivindicações sobre programas, e as de 2000 e posteriores que na sua essência removeram o teste de matéria patenteável e transferiu os seus restos mortais para o teste da não-obviedade (passo inventivo) de uma forma opaca e instável.

¹<http://swpat.ffii.org/analysis/epc52/>

²<http://swpat.ffii.org/papers/epo-gl78/>

³s. Tamai 1998: Abstraction orientated property of software and its relation to patentability, <http://swpat.ffii.org/papers/ist-tamai98/>

O resultado desta prática tem sido a concessão de mais de 30000 patentes muito abrangentes e triviais. A experiência tem provado mais uma vez o que já era sabido: abrir o sistema de patentes a matérias abstractas leva a resultados indesejáveis. A inovação nesta esfera deve ser recompensada por direitos de propriedade mais estritos tal como o Direito de Autor, e pelos mecanismos de mercado que já funcionam bem na indústria do software. É habitualmente possível para os criadores de software recolher proveito do seu trabalho. A imitação não é nada fácil. Não é proibida, mas é muito cara no regime existente.

Hoje, após quase 10 anos de discussão pública do projecto de directiva, parece haver um consenso alargado de que as patentes no sector do “software puro” (por exemplo, o sector onde são activas a Microsoft e a SAP) e nos modelos de negócio são indesejáveis.

2. O que está errado com a “Posição Comum”?

A “Posição Comum” de Maio de 2004 é frequentemente apresentada como uma forma de prevenir patentes de “software como tal” e de modelos de negócio.

Concordamos com o objectivo declarado da “Posição Comum”, mas é-nos claro que o conteúdo difere radicalmente do embrulho. Dado o forte lobby da Microsoft, SAP, BSA, etc... a favor da “Posição Comum”, isto não deveria realmente necessitar de muito mais explicação, mas dado que o Sr. Lehne, no seu discurso de encerramento da reunião de 2 de Junho, citou algumas declarações asseguradoras sobre “software como tal” da “Posição Comum” e declarou a sua falta de entendimento em como estas não excluem patentes em software puro¹, tentemos aprofundar um pouco mais o detalhe neste ponto.

2.1. Os pensamentos como tal estão livres. . .

O projecto de directiva começou em 1997 com o “Greenpaper” da Comissão, que explicitamente declara como objectivo a harmonização da prática Europeia com a prática dos EUA. O Gabinete Europeu de Patentes tem desde então adoptado basicamente o mesmo raciocínio para patenteabilidade de software que o utilizado nos EUA. O Projecto Trilateral (uma iniciativa conjunta dos gabinetes de patentes Americanos, Japoneses e Europeus) de 2000 torna isto muito claro nos seus relatórios e introduziu o termo “invento implementado com recurso a computador” de forma a justificar a patenteabilidade de “modelos de negócio implementados com recurso a computador”, tal como é praticado hoje em dia pelo Gabinete Europeu de Patentes e ratificado pela “Posição Comum”.

A “Posição Comum” contém frases tão asseguradoras como

Art 4.1

Um programa de computador como tal não pode constituir invenção patenteável.

que parece ir contra esta intenção. Contudo, a frase acima em combinação com as cláusulas subsequentes, na realidade equivale a dizer:

Os pensamentos como tal estão livres. Apenas prendemos os pensadores.

Este tipo de frases não servem nenhum propósito regulador discernível, parecem ser pouco mais do que uma tentativa de enganar o legislador.

¹<http://wiki.ffii.org/EppHearing050602De>

Na audição de Novembro de 2004 do Ministério Polaco da Ciência e Informatização, todos os oradores, incluindo os da Microsoft e da associação de advogados de patentes, concordaram que “invento implementado com recurso a computador” são na realidade apenas soluções de software no contexto de reivindicações de patentes. Até mesmo o Gabinete Europeu de Patentes o reconhece no seu Guia de Examinação de 2001², onde explica o Art. 52 da Convenção Europeia de Patentes da seguinte forma:

Programas para computadores são uma forma de “inventos implementados com recurso a computador”, uma expressão cujo objectivo é abrangir reivindicações que envolvam computadores, redes de computadores ou outros convencionais aparelhos programáveis onde prima facie as funcionalidades novas da invenção reivindicada são realizadas por meios de um ou mais programas.

A Comissão e o Conselho têm de facto utilizado linguagem muito similar nas suas propostas de definição de “invento implementado com recurso a computador”, excepto que fingem que um “programa para computador” é algo radicalmente diferente de um “invento implementado com recurso a computador”.

2.2. Uma reivindicação de programa não será permitida, a menos que...

O Art. 5.2 é típico do estilo em que foi escrita a “Posição Comum”:

Uma reivindicação de um programa por si só ou num transporte não será permitida a menos que [longa e complicada exigência que, sob escrutínio mais aproximado, acaba por ser sempre atingida].

Tais tentativas de enganar o legislador são por si só um escândalo. E a forma como esta posição foi forçada no Conselho contra a vontade de parlamentos nacionais, contra as solicitações de renegociação de três países e contra as próprias regras de procedimento do Conselho, foi outro escândalo para não mencionar a rejeição frontal da Comissão em Fevereiro ao pedido do Parlamento para reiniciar o processo, e o irrazoavelmente arrebatador lobby dos grandes grupos da indústria a fazerem-se passar por PMEs. Estamos aqui a lidar com uma tentativa de impor o regime do Gabinete Europeu de Patentes na Europa com todos os meios possíveis, explorando ao máximo as fraquezas dos défices democráticos da União Europeia, por forma a evitar discussão equilibrada dos interesses em jogo.

É evidente que se queremos criar oportunidades para se conseguir atingir os objectivos declarados da “Posição Comum”, temos de emendar fortemente a “Posição Comum”.

O resultado final deveria ser um conjunto claro de regras que exclui patentes sobre o processamento de dados enquanto que permite patentes sobre invenções nas áreas

²http://www.european-patent-office.org/legal/guidelines/d/c_iv_2_3_6.htm

automóveis, ou medicina aplicada, equipamentos domésticos, etc, irrelevantemente de utilizarem meios de processamento de dados na sua implementação.

Estas regras devem ser as mais simples possíveis, e devem fazer sentido em conjunto com o Art. 52 da Convenção Europeia de Patentes e o Art. 27 do TRIPs.

As regras não têm de regular todos os detalhes da lei de patentes. Algumas partes serão inevitavelmente deixadas para a jurisprudência. Mas termos tais como “tecnologia”, que são utilizados no TRIPs, necessitam ser concretizados, se se pretende atingir qualquer “harmonização e clarificação”.

Mais abaixo explicamos alguns passos básicos que é necessário dar para atingir estes objetivos.

Se o Parlamento falhar a votação por um conjunto de regras alinhadas com os princípios indicados abaixo (isto é, o espírito da primeira leitura), a Posição Incomum do Conselho será adoptada automaticamente e uma idade negra de aplicação de patentes de software ao estilo dos EUA começará. As companhias de execução de patentes de software dos EUA já têm estado a abrir as suas agências Europeias e aguardam o sinal de partida. Uma vez dado, não existe nenhuma forma de voltar atrás rapidamente. O difícil que é revogar direitos de propriedade concedidos pode ser testemunhado pelo lobby fortíssimo daqueles que já obtiveram patentes de software válidas no Gabinete Europeu de Patentes.

3. A Escolha Fundamental: Ciência Natural vs Exacta

Na discussão geral, surgiram duas formas de definir “tecnologia”: *ciência exacta aplicada* e *ciência natural aplicada*.

Há várias formas variantes de expressas as duas opções, mas não parece haver uma terceira opção. Ou conta matemática aplicada como sendo “uma área tecnológica” ou não. Se tiver encontrado uma nova forma de otimizar o percurso mais curto possível do caixeiro viajante, será isso uma invenção técnica? É uma inovação numa ciência exacta, certamente. A EICTA tem proposto “ciência exacta” nos seus comentários às emendas do JURI. Este desvio de “natural” para “exacta” tem acontecido implicitamente nalguma jurisprudência do Gabinete Europeu de Patentes (EPO), e um juiz de topo do EPO tornou-o explícito num artigo muito interessante¹. O autor correctamente infere da sua escolha que “todas as soluções práticas são invenções técnicas”².

Se concordarmos que “tecnologia” no sentido da lei de patentes deve ser “ciência natural aplicada”, então as questões de utilizar a expressão “forças controláveis da natureza” ou de explicitamente declarar que o processamento de dados não faz parte da ciência natural e como o declarar exactamente são detalhes sobre os quais se chegará a um compromisso mais cedo ou mais tarde. Se não acontecer na Segunda Leitura do Parlamento, então deverá acontecer nas negociações de Reconciliação no Conselho.

A jurisprudência Alemã (incluindo “Kommunikationslösung”³ e outros casos de 2004) utiliza a definição de “tecnologia” baseada nas “forças controláveis da natureza” e o juiz que preside o alto-tribunal, Dr. Klaus-Jürgen Melullis, mais uma vez salientou recentemente que sem esta definição os tribunais não têm nenhuma forma confiável hoje em dia de excluir patentes sobre conceitos abstractos e modelos de negócio. Ao mesmo tempo, Melullis salienta que sozinha esta definição não exclui muito. É apenas uma base. Sobre esta base, quase qualquer patente pode ser concedida. Para realmente excluir patentes de software e modelos de negócio, necessita da adição de outros elementos, nomeadamente o conceito de “invenção” ou “contribuição”.

¹<http://swpat.ffii.org/papers/jwip-schar98/>

²“all practical solutions are technical inventions”

³<http://swpat.ffii.org/papers/bgh-komm04/>

4. Patenteando tomografia computadorizada sob as “Dez Clarificações”

Se conseguirmos atingir um consenso nas nossas intenções, então também seremos capazes de resolver a maior parte dos outros problemas. Os princípios legais necessários para excluir o software e os modelos de negócio da patenteabilidade são bem claros. A FFII tem tentado sumarisá-los como as “Dez Clarificações”¹.

Estes princípios são basicamente os mesmos que são utilizados na famosa decisão do sistema de travagem anti-bloqueio (ABS) do Tribunal Federal de Justiça Alemão (BGH) em 1980², onde são utilizados para justificar a concessão de uma patente num sistema de travagem anti-bloqueio auxiliado por computador, e são aproximadamente os mesmos que o BGH e outros tribunais nacionais de patentes têm utilizado durante décadas e ainda hoje utilizam.

Permita-me explicar rapidamente como um sistema de travagem anti-bloqueio ou uma solução de tomografia computadorizada poderia obter uma patente segundo estas regras.

4.1. Reivindicação do Processo

A travagem automóvel e a tomografia computadorizada são áreas tecnológicas.

Uma reivindicação de patente tal como

Reivindicação 1 processo que corre num aparelho de tomografia computadorizada, caracterizado por

- o fígado humano é examinado à procura do padrão X
- este padrão é analisado de acordo com a regra Y
- o resultado é produzido para um dispositivo de exposição

é prima facie uma reivindicação para um objecto que reside na área da tomografia, não na área do processamento de dados. Isto torna-se claro a partir das definições propostas de “programa de computador” e “processamento de dados”.

Contudo, não é suficiente perceber que o processo como um todo está na área da tomografia. Também tem de ser examinado para determinar se há uma “contribuição”

¹<http://swpat.ffii.org/papers/europarl0309/amends05/juri0504/>, ver apêndice A, página 11

²<http://swpat.ffii.org/papers/bgh-abs80/>

na área da tomografia computadorizada, isto é, se o novo conhecimento que é incorporado por esta solução é conhecimento na área da medicina/biologia ou apenas conhecimento de processamento de dados. A pergunta a fazer é: o alegado “inventor” descobriu alguma coisa nova sobre como funciona o fígado? O “inventor” é um especialista em biologia/medicina? Ou será ele um programador que meramente utilizou o conhecimento escolar de medicina como base para escrever um programa mais eficiente com melhor gestão de memória, de forma a acelerar a velocidade de processamento?

Nalguns casos esta questão pode não ser fácil de responder. Há ainda algum espaço para os juízes encontrarem as regras apropriadas.

4.2. Reivindicações sobre Programas

Assumindo que a reivindicação acima ficou decidida como incorporando uma invenção técnica, a pergunta seguinte poderá ser acerca duma reivindicação sobre um programa, tal como

Reivindicação 20 programa de computador num transporta que, quando carregado em memória e executado num computador, efectiva o processo definido na Reivindicação 1.

Este tipo de reivindicação seria rejeitado com as Dez Clarificações Fulcrais. Mais ainda, a liberdade de distribuir programas que executem o processo patenteado seria garantida da mesma forma que a liberdade de publicar manuais de instrução para a operação da máquina de tomografia computadorizada. Contudo, para executar o processo que é descrito no manual ou na diskette, o operador da máquina de tomografia computadorizada teria de obter uma licença do titular de patente. Assim, na prática, o fornecedor do software quererá informar os seus clientes a respeito da necessidade de obter uma licença, e poderá ainda ser induzido a cooperar com o titular de patente na venda da licença ao cliente.

Esta escolha é justificada tanto por motivos económicos (concorrência) e por motivos de clareza da lei.

motivação económica : O mercado do software é um mercado independente que flui ao sabor da corrente. Similarmente ao caso das peças suplentes de veículos, não existe nenhum bom motivo para dar aos fornecedores de hardware demasiada controlo sobre este mercado independente. Os produtores de software, tal como os editores de manuais, estão melhor servidos com o regime existente de propriedade intelectual para software.

motivação legal : quando a inovação incorporada num programa de computador está numa área como a biologia/medicina (fora do processamento de dados), então a invenção não reside no trabalho de programação, Apenas o que foi inventado deveria ser reivindicável. Quebrar este princípio leva ainda por cima a um choque contra outros valores legais importantes, tal como a liberdade de publicação, que serve como um dos poucos limites confiáveis ao sistema de patentes.

Se estes itens acima são o resultado do que temos em mente, então tenho a certeza que conseguiremos chegar a um compromisso na formulação.

A. As Dez Clarificações Fulcrais para a Directiva de Patentes de Software

Os primeiros passos são, como deliniado acima: definição de “tecnologia” (7) como “ciência natural aplicada”, exclusão de reivindicações sobre programas (4) e correcção de “implementado com recurso a computador” para “auxiliado por computador” (1).

- 1. Definição de “Invento Auxiliado por Computador”:** Um “Invento Auxiliado por Computador”[, também inapropriada chamado “invento implementado com recurso a computador”,] é uma invenção no sentido da lei de patentes cuja performance envolve a utilização de um aparelho programável.
- 2. Definição de “programa de computador”:** Um “computador” é a realização de uma máquina abstracta constituída por entidades tais como entrada/saída, processador, memória, espaço de armazenamento e interfaces para troca de informação com sistemas externos e utilizadores humanos. “Processamento de dados” é cálculo feito por computador com entidades componente abstractas. Um “programa de computador” é a solução de um problema por meio de processamento de dados que pode, assim que for correctamente descrito numa linguagem adequada, ser executado por um computador.
- 3. Objectos de Reivindicação de Produto e Processo:** Um invento auxiliado por computador pode ser chamado de produto, isto é de aparelho programado, ou de processo realizado por tal aparelho.
- 4. Exclusão de Reivindicações sobre Programas:** Uma reivindicação de patente para um programa de computador por si só ou num transporte, não será permitida.
- 5. Liberdade de Publicação:** A publicação ou distribuição de informação não pode nunca constituir infracção de patente.
- 6. Definição Negativa de “Área de Tecnologia”:** O processamento de dados não é uma área de tecnologia.
- 7. Definição Positiva de “Técnico” e “Área de Tecnologia”:** “Tecnologia” é ciência natural aplicada. Uma área de tecnologia é a disciplina de ciência aplicada na qual o conhecimento é obtido por experimentação com forças controláveis da natureza. “Técnico” significa “que pertence a uma área de tecnologia”.
- 8. Definição Negativa de “Contribuição”:** Um melhoramento na eficiência do processamento de dados não é uma contribuição técnica.

- 9. Definição Positiva de “Contribuição” e “Invenção”:** Uma “invenção” é uma contribuição para o estado da arte numa área de tecnologia. A contribuição é o conjunto de funcionalidades pelo qual o âmbito da reivindicação de patente como um todo é pressuposto diferir da arte anterior. A contribuição tem de ser técnica, isto é, deve compreender funcionalidades técnicas e pertencer a uma área de tecnologia. Sem uma contribuição técnica, não existe matéria patenteável nem invenção. A contribuição técnica deve satisfazer as condições de patenteabilidade. Em particular, a contribuição técnica deve ser nova e não óbvia para uma pessoa com perícia na arte.
- 10. Liberdade de Interoperabilidade:** Sempre que o uso de uma solução patenteada for necessária de forma a garantir interoperabilidade, tal utilização não é considerada infracção de patente.