

Considerações Relativas à Iniciativa Legislativa para Restringir o Abuso dos Direitos de Propriedade Intelectual Após a Adesão da China à Organização Mundial do Comércio

Qiao Sheng*

Após a adesão da China à Organização Mundial do Comércio (OMC), a opinião pública ficou entusiasmada com o sucesso das orientações estratégicas destinadas à fixação e captação de investimentos, sem se ter, no entanto, precavido do abuso dos direitos de propriedade intelectual praticado pelas empresas estrangeiras e multinacionais. No domínio dos direitos de propriedade intelectual, a maioria das atenções centrava-se essencialmente na forma como se poderia, respeitando o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (o Acordo sobre “TRIPS”), reforçar o nível de protecção dos direitos de propriedade intelectual, negligenciando o aperfeiçoamento da legislação relativa aos direitos de propriedade intelectual, ou seja, o *antitrust* no âmbito dos direitos de propriedade intelectual. Esta situação deve-se ao facto de a China não estar na iminência de restringir o abuso dos direitos de propriedade intelectual e de alguns agentes terem, com base na acção intentada contra a *Microsoft*¹, lançado um veemente apelo aos investigadores chineses para que não fossem influenciados pela decisão de “não se seguir a lei *antitrust* dos Estados Unidos da América”. Inclusive, nesse ano, recorreu-se às declarações do presidente da Mesa dos Governadores do Sistema de Reserva Federal (Board of

* Investigador auxiliar em Direito Internacional Económico e Direito Internacional Privado do Centro de Estudos “Organização Mundial do Comércio” da Universidade de Finanças e Economia de Nanjing.

¹ Em 18 de Maio de 1998, o Departamento de Justiça, em conjunto com 20 estados americanos, em nome do *antitrust*, colocou novamente a *Microsoft* no banco dos réus. Em 5 de Novembro de 1999, Thomas Penfield Jackson, juiz do Tribunal Distrital, confirmou os factos alegados, proferindo sentença em 7 de Junho de 2000.

Governors of the Federal Reserve System), A. Greenspan, e de vários vencedores do Prémio Nobel, para defender a revogação da lei *antitrust*, tendo-se solicitado à China para não desenvolver a lei *antitrust* que visa restringir a concorrência desleal.²

Contudo, a integração da China na economia mundial, com a adesão à OMC, fez accionar, contra si, os obstáculos técnicos ao comércio e as restrições relativas às patentes tecnológicas criados e aperfeiçoados pelas multinacionais dos países desenvolvidos ao longo de vários anos. Os obstáculos técnicos ao comércio baseiam-se fundamentalmente em estudos de protecção ambiental e visam dificultar a importação de produtos, enquanto as restrições relativas às patentes tecnológicas constituem a mais recente manifestação, na conjuntura actual, do abuso dos direitos de propriedade intelectual, tema a abordar neste trabalho. Para ultrapassar a pressão feita pelas multinacionais dos países desenvolvidos no domínio dos direitos de propriedade intelectual, principalmente no que respeita às patentes e aos critérios tecnológicos, é premente que a China, como país soberano, adopte leis internas que permitam a resolução das questões jurídicas que necessariamente vão surgir no decurso da grande batalha a travar com as empresas no mundo dos direitos de propriedade intelectual, em ordem a ripostar, sem contrariar o Acordo sobre “TRIPS”, ao abuso dos direitos de propriedade intelectual por parte das empresas estrangeiras e multinacionais. O Governo chinês está atento às estratégias de concorrência e empenhado na produção da lei *antitrust*. Porém, a China está a ser confrontada com muitas questões relacionadas com a lei *antitrust* e com manifestas deficiências na elaboração do projecto de lei *antitrust*. [1] A produção da lei *antitrust* em matéria de direitos de propriedade intelectual parece não estar ainda na ordem do dia deste País.

² Sit Xiaofang in “A confusão da lei *antitrust*”, publicado no Semanário Nanfang, de 12-05-2000. As declarações de Milton Friedman, Gary S. Becker e Paul A. Samuelson sustentam posições contrárias à lei *antitrust* e apresentam críticas a este sistema. De um modo geral, a posição dos economistas pende para o lado da não restrição do monopólio (com a excepção do monopólio administrativo), tendo 240 economistas de todos os Estados Unidos da América dirigido, quando o Departamento de Justiça decidiu acusar a *Microsoft*, uma carta aberta a Bill Clinton, pedindo que fosse retirada a acusação feita por aquele Departamento. O Sr. Cheong Ng Seong, de Hong Kong, entende que “a lei *antitrust* é sempre temerária” e algo confusa.

I – Análise do contexto que levou à iniciativa legislativa para restringir o abuso dos direitos de propriedade intelectual

As multinacionais têm vindo a aplicar na China, desde a reforma e abertura desta, as suas políticas no domínio da propriedade intelectual.

Em primeiro lugar, aproveitaram-se do facto de possuírem as licenças de patentes e as novas tecnologias para invadirem o mercado chinês com os seus produtos, praticando preços muito elevados. Por exemplo: o preço de venda inicial, na China, da versão chinesa do *Window98* da *Microsoft* era de 1 998 *yuans*, e nos Estados Unidos da América apenas de 109 USD; o preço de venda, na China, da versão chinesa do *Office97* – profissional era de 8 760 *yuans*, e nos Estados Unidos da América apenas de 300 USD; o valor do programa informático *OEM* da *Microsoft*, pré-instalado nos produtos *IBM*, não chegava a 10 USD, mas às empresas chinesas este produto custava 690 *yuans*.³

Em segundo lugar, aproveitaram-se do facto de certas tecnologias terem que possuir licença de utilização para, através de cláusulas constantes de acordos desiguais celebrados, impor as mais diversas restrições às empresas chinesas, como por exemplo: obrigar o adquirente da licença a comprar à pessoa indicada pelo vendedor as matérias-primas e os componentes; condicionar o comprador na fabricação, utilização e venda de produtos que concorram com a licença ou projecto especial, ou na adopção de tecnologias que concorram com a licença ou o projecto especial, bem como o preço ou o volume e os países a exportar. Estas situações surgiram sucessivamente na década de 80 do século passado, durante a captação de investimentos (tecnologias) pela China.

Em terceiro lugar, a partir da década de 90, as empresas estrangeiras e multinacionais começaram a aproveitar-se, de forma planeada e sistemática, do facto de possuírem as patentes e as normas tecnológicas para se estabelecerem em regiões estratégicas da China, a fim de poderem requerer em grande

³ <http://www.jjckb.com/Article.asp?TempNum=5234>, Hu Huiping “Agir contra o monopólio dos direitos de propriedade intelectual” – reportagem de 27/4/2003.

quantidade as respectivas patentes, tendo especialmente em atenção os diversos planos quinquenais da China tornados públicos. Por exemplo: entre os anos de 1985 e 2000, o número de pedidos de patentes pelas empresas estrangeiras registava mais de 140 mil casos, o que correspondia a 6,4 vezes o número de pedidos de empresas chinesas, sendo mais de 90% dos pedidos de patentes relacionados com o sector das tecnologias de ponta, nomeadamente telecomunicação móvel, armazenamento de dados, teletransmissão e transmissão óptica, com maior incidência em patentes criativas. Tomando como exemplo os dados estatísticos do ano de 1998, verifica-se que é apenas de 2 480 o número de pedidos de patentes criativas por parte das empresas chinesas, enquanto as empresas americanas existentes na China apresentaram 5 433 pedidos e as empresas japonesas 7 588.⁴ Estes pedidos de patentes obrigaram as empresas chinesas a destinar, anualmente, avultadas somas para comprarem às empresas estrangeiras os direitos de utilização, visto não terem outra alternativa, reduzindo, assim, significativamente o seu poder de concorrência no mercado.

Não obstante nestes últimos anos a China ter dispensado maior atenção à evolução das tecnologias e ao registo de patentes, é necessário ter em consideração que as ciências, as tecnologias e as criações não surgem nem se desenvolvem “de um dia para o outro”, além de não ser possível lançar acções publicitárias ou de esclarecimento junto do público e dos mercados que surtam efeitos imediatos.

Esta situação é facilmente percebida através do exemplo das patentes na área da genética zoofitária, área a que a China tem dispensado grande atenção nestes últimos anos, apesar de ainda se encontrar quase em fase inicial. A empresa *Monsanto (MON)*, com sede nos Estados Unidos da América, está a aproveitar-se dos resultados das análises feitas ao feijão silvestre chinês para, de uma só vez, pedir à China a protecção de marca relativa a 64 itens.⁵ Caso o pedido venha a ser deferido, a China deixa de poder realizar investigações às fontes genéticas ou às formas de criação dessa qualidade de feijão sem antes obter autorização da

⁴ <http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=17812>, Gu Wanquan in “O atraso registado no número de pedidos de patentes por parte de empresas chinesas comparativamente aos países desenvolvidos” – reportagem de 27/4/2003.

⁵ “Cientistas chineses contra-atacam na questão da genética < piratas de vida > ” in “Matutino Beijing”, edição de 02-11-2001.

MON, podendo até vir a ser exigido aos agricultores que se dediquem à plantação desse legume o pagamento de uma taxa por utilização da licença de patente.

Mas este não é o único exemplo. Relativamente ao Síndrome Respiratório Agudo Severo (*SRAS*), que surgiu, numa primeira fase, na China e que rapidamente se propagou a vários outros países, a China dispõe de uma posição favorável no que toca a informações sobre a doença, mas os seus cientistas perderam, em termos de concorrência com os seus pares, o direito de identificar o vírus e concluir os testes genéticos em primeira mão. Por outras palavras, quando a vacina contra a *SRAS* vir a ser lançada no estrangeiro, a China terá de dispendir avultadas somas para adquirir aos mercados estrangeiros a licença de utilização da respectiva patente.[2]

Como é do conhecimento geral, desde a adesão da China à OMC, as multinacionais iniciaram uma guerra contra os direitos de propriedade intelectual das empresas chinesas. A 30 de Março de 2002,⁶ de acordo com a Directiva n.º 3295/94 da União Europeia, foi comunicado às autoridades alfandegárias locais que deveriam apreender produtos *DVD* a cem fabricantes da China.⁷ Posteriormente, as empresas da União Europeia, com fundamento nas normas *CR* recém promulgadas pela União Europeia, tentaram, invocando a falta do dispositivo de segurança nos isqueiros chineses, afastá-los do seu mercado, mercado esse onde a China detém uma quota de 80%.⁸ Em Janeiro de 2003, a empresa americana *Cisco* apresentou uma queixa contra a empresa chinesa *Huawei* com fundamento na violação dos seus direitos,⁹ com o objectivo de controlar a implementação de produtos semelhantes aos seus, produzidos pela *Huawei*, no mercado internacional, especialmente na Europa e nos Estados Unidos da América, países onde a *Cisco* tinha uma penetração mais fraca no mercado. O primeiro caso acabou por ser resolvido com o pagamento pela empresa chinesa de uma alta taxa de

⁶ Refere-se à aliança formada pela *Philips*, *Sony* e *Pioneer*.

⁷ <http://www.fjqi.gov.cn/WTO-TBT/cs/cs-07.htm>, “China versus União Europeia: Caso dos direitos de propriedade intelectual sobre *DVD*” – reportagem de 26/3/2003.

⁸ Chen Dongsheng, “O desafio de *Wenzhou* contra os obstáculos ao comércio internacional” in “Jornal Sistema Jurídico”, de 07-05-2000, 1.ª página.

⁹ Xie Yuandong, “*Huawei versus Cisco*: O pensamento frio na guerra dos direitos de propriedade intelectual” in “Jornal Sistema Jurídico”, de 26-03-2003.

utilização da patente,¹⁰ mas relativamente ao segundo caso estão ainda a correr os trâmites legais, a um ritmo muito lento, sem que se vislumbre qualquer “luz ao fundo do túnel”.

Na hipótese de a China sair vencida, como o ordenamento jurídico americano é de matriz anglo-saxónica, a violação dos direitos de propriedade intelectual por parte das empresas chinesas não será imputada apenas à *Huawei*, logo, tanto a *Huawei* como as restantes empresas chinesas que tenham tido uma actuação semelhante terão de adquirir às empresas estrangeiras as patentes tecnológicas, o que contribuirá para elevar significativamente os custos de produção e significará a perda da sua posição privilegiada de concorrência no mercado internacional.

De acordo com os dados estatísticos relativos ao ano 2000, os prejuízos resultantes directa ou indirectamente das exportações pela China, devidas essencialmente à existência de obstáculos técnicos ao comércio impostas por países estrangeiros, atingem mais de 176 mil milhões de USD. Esta situação levou a que 50% das empresas vissem os seus custos de produção aumentados e outras 25% os seus riscos agravados. Em 2001, o valor dos produtos comerciais exportados pela China sofreu uma redução de mais de mil milhões de USD, por os mesmos não corresponderem às normas de protecção ecológica impostas pelos outros países.¹¹

Após a adesão à OMC, os obstáculos técnicos ao comércio impostos pelos países estrangeiros passaram a ter consequências muito mais graves para a China, pois, de acordo com os estudos feitos pela Secretaria das Tecnologias do Ministério de Comércio, 71% das empresas exportadoras e 39% das exportações chinesas foram afectadas pelas limitações resultantes dos obstáculos técnicos ao comércio, apresentando prejuízos que se estimavam em mais de 1,700 milhões de USD. O sector mais prejudicado é o das exportações de géneros alimentícios agro-pecuários, onde cerca de 90% das empresas se ressentem com estas medidas, com

¹⁰ Pagamento de 5 dólares americanos à 3C a título de cedência de uso de patente por cada DVD exportado, o que perfaz um total de 21,30 USD, depois de acrescidas as taxas a pagar à 6C (aliança formada pela Hitachi, Panasonic, *Mitsubishi Electric*, *Times-Warner*, *Toshiba* e *JVC*), bem como à 1C (*Thompson* da França), *Dolby Company*, *DTS* e *MPEG-LA*.

¹¹ <http://online.cri.com.cn/773/2003-2-10/118@156341.htm>, “O estádio do comércio mundial e as situações que o País tem de enfrentar após um ano de adesão” – reportagem de 1/2/2003.

prejuízos na ordem dos 900 milhões de USD.¹² Só a proibição pela União Europeia de importação de produtos de origem animal à China afecta actualmente 94 empresas chinesas, cerca de 50 mil trabalhadores, mais de 100 mil famílias de agricultores e 62,3 milhões de USD.¹³ As exportações no sector dos produtos de indústria ligeira e electro-mecânicos também foram gravemente afectadas com a adesão da China à OMC, tendo este sector sofrido prejuízos na ordem dos 400 e 200 milhões de USD, respectivamente. Com o surto do SRAS, em 2003, as exportações ficaram numa situação ainda mais crítica.¹⁴

Ao longo dos últimos dez anos, as ciências tecnológicas têm evoluído mundialmente a um ritmo muito célere, detendo as multinacionais mais de 90% das tecnologias de ponta. Embora na China também existam duas empresas que figuram no *ranking* das 500 maiores empresas mundiais, estas estão muito aquém, em termos de tecnologias fulcrais, das multinacionais dos países desenvolvidos. Das 500 maiores empresas mundiais, mais de 400 já entraram no mercado chinês, trouxeram consigo as tecnologias de ponta e as patentes, e estabeleceram sucessivamente representações de patentes. A cada vez maior protecção dos direitos de propriedade intelectual na China[3] e a falta de normas para restringir o abuso dos direitos de propriedade intelectual propiciam as condições para as multinacionais inviabilizarem às empresas chinesas a exploração e o desenvolvimento das tecnologias, bem como o fabrico e a produção dos bens. Face a esta situação, os especialistas em *antitrust* da China lançaram uma alerta no sentido de ser dado um maior acompanhamento à questão do abuso dos direitos de propriedade intelectual no liberalizado mercado mundial, apelando para que se promulgue, com a maior brevidade possível, a lei *antitrust*, com vista a regulamentar as matérias relativas à licença compulsiva.

Contudo, e apesar da importância do tema, há uma série de questões que devem constar da lei *antitrust* e que ainda não estão

¹² “Tendências do agravamento dos obstáculos técnicos ao comércio – aumento das exigências impostas ao comércio externo” in “Jornal de Reforma da China”, 11-6-2003, 1.ª página.

¹³ <http://online.cri.com.cn/773/2003-2-10/118@156341.htm>, “O estádio do comércio mundial e as situações que o País tem de enfrentar após um ano de adesão” – reportagem de 1/2/2003.

¹⁴ “Tendências do agravamento dos obstáculos técnicos ao comércio – aumento das exigências impostas ao comércio externo” in “Jornal de Reforma da China”, 11-6-2003, 1.ª página.

a ser debatidas pela classe académica.

Entre elas destacam-se o modo de proceder à demarcação clara dos limites entre a utilização legítima e o abuso ilegítimo dos direitos de propriedade intelectual; a forma de sustentar a legalidade internacional das restrições a impor pela China ao abuso dos direitos de propriedade intelectual; como introduzir na lei *antitrust* as restrições ao abuso dos direitos de propriedade intelectual; como utilizar as experiências dos outros países e territórios nesta matéria, de forma a poder consagrar, numa lei, num regulamento ou num simples guia, os métodos de controlo dos abusos das patentes, das normas tecnológicas e dos direitos de propriedade intelectual que melhor respondam às necessidades do País; quais as orientações que as empresas devem seguir para melhor aproveitarem a aplicação das normas que condenam o abuso dos direitos de propriedade intelectual em sua própria defesa; e a necessidade da criação de um sistema autónomo de direitos de propriedade intelectual.

Os estudos sobre os obstáculos técnicos mais comuns ao comércio e sobre as diversas manifestações das limitações ao comércio através das patentes tecnológicas, surgidas devido ao contexto actual do comércio internacional, também ainda não começaram.

Os obstáculos técnicos ao comércio traduzem-se em barreiras ao comércio livre, criadas injustificadamente no processo de confirmação, verificação e teste, que visa fiscalizar a correspondência de certos produtos com os requisitos previstos nos diplomas técnicos ou nas normas técnicas onde se encontram definidas as suas características, quer sejam obrigatórias ou não.

As limitações ao comércio através das patentes tecnológicas, no âmbito do abuso dos direitos de propriedade intelectual, tema que se propõe aqui debater, não se referem apenas ao regime e aos processos técnicos, como obstáculos comerciais, criados pelos países e regiões em relação aos produtos, mas também ao abuso das patentes tecnológicas, como limitações ilegítimas ao comércio, que visam principalmente dificultar e obstar à saudável concorrência. Por exemplo: o caso acima referido da limitação imposta à importação de isqueiros à empresa chinesa *Wenzhou* pela União Europeia a pedido das suas empresas, com fundamento na inexistência do dispositivo de segurança em

isqueiros com valor inferior a 2 Euros.¹⁵ Esta limitação não se aplica apenas aos mercados dos países que tenham estes regimes e processos, mas também aos mercados internacionais, ou outros, onde se aplique o controlo dos direitos de propriedade intelectual sobre bens incorpóreos. Outra situação semelhante é o caso do monopólio da *Microsoft*, através da venda integrada de produtos, que detém mais de 90% do mercado de computadores pessoais.¹⁶

As partes no Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio (GATT), antecessor da OMC, estabeleceram o Acordo sobre os Obstáculos Técnicos ao Comércio, onde determinam que os Membros devem assegurar que os regulamentos técnicos não sejam elaborados, adoptados ou aplicados na perspectiva ou com o efeito de criar obstáculos desnecessários ao comércio internacional.

Assim, os regulamentos técnicos não devem conter disposições mais restritivas para o comércio do que o necessário para satisfazer objectivos legítimos, tendo sempre em conta os riscos que adviriam da não realização desses objectivos.

Como exemplos de objectivos legítimos, o Acordo sobre Obstáculos Técnicos ao Comércio apresenta, entre outros, os imperativos de segurança nacional, a prevenção de práticas susceptíveis de induzir em erro, a protecção da saúde ou da segurança das pessoas, da vida ou da saúde dos animais, a conservação dos vegetais, ou a protecção do ambiente.

Este Acordo determina também que os regulamentos técnicos não devem ser mantidos em vigor se as circunstâncias ou os objectivos que estiveram na base da sua adopção deixarem de existir, ou se as novas circunstâncias ou os novos objectivos puderem ser abordados de um modo menos restritivo para o

¹⁵ Casos práticos de Han Xueyou: “Direitos de Propriedade Intelectual em electrónica” in: “Reflexões estratégicas das empresas relativamente aos direitos de propriedade intelectual”, 3.ª de 2003. O autor entende que os isqueiros da empresa chinesa *Wenzhou* se submeteram, antes de serem exportados, ao teste das normas de segurança *ISO9994*, reconhecidas internacionalmente, e que o conteúdo das normas *CR* viola os princípios do comércio leal definidos pela OMC, sendo mais do que manifesto o objectivo e a irrazoabilidade de colocar em paralelo a segurança e o preço para visar especialmente os isqueiros chineses.

¹⁶ Embora as partes tenham chegado, por fim, a um acordo extrajudicial, é um facto irrefutável de que se está perante um abuso de direitos de propriedade intelectual, praticado através de uma situação de monopólio. Shen Muzhu: “Tendências no *antitrust* e na protecção dos direitos de propriedade intelectual nos Estados Unidos da América, face ao caso da *Microsoft*” in “Comércio Internacional” 2.ª edição de 2002, pág. 35.

comércio.

Perante o aparecimento, neste novo contexto, de patentes tecnológicas que visam o controlo do mercado internacional e dos mercados dos países menos desenvolvidos pelos países desenvolvidos e pelas multinacionais é, sem dúvida, ineficaz a aplicação de quaisquer normas contra os Membros do Acordo sobre os Obstáculos Técnicos ao Comércio. Especialmente contra o monopólio¹⁷ das principais empresas em relação às patentes tecnológicas, que muitas vezes se escudam na protecção sagrada dos seus “direitos privados de propriedade intelectual”¹⁸ para obter maiores lucros e alargar as suas influências económicas. Face a esta situação, e na falta de uma correspondente norma da OMC no sentido de a controlar directamente, a única alternativa das partes é recorrerem aos princípios fundamentais da OMC e do Acordo sobre “TRIPS” e fazerem uso dos poderes legislativos que, como estados soberanos, possuem, para regulamentarem por si o abuso dos direitos de propriedade intelectual por parte das empresas estrangeiras e multinacionais, com o objectivo de manter, dentro dos princípios da justiça, da isenção e da imparcialidade da OMC, a ordem do comércio nos mercados interno e externo.

II - Demarcação entre a protecção e o abuso dos direitos de propriedade intelectual

Os direitos de propriedade intelectual são, na era moderna, um importante mecanismo, em termos estatísticos, para promover o progresso tecnológico e a prosperidade económica. A cada vez maior relevância das obras intelectuais e dos resultados do desenvolvimento intelectual no avanço tecnológico, na prosperidade económica e no progresso social, os elevados

¹⁷ Por exemplo, a declaração conjunta sobre o “licenciamento em conjunto da patente de *DVD*” divulgada em Junho de 1999 pelas seis grandes empresas promotoras de tecnologias – *Hitachi, Panasonic, Mitsubishi Electric, Times-Warner, Toshiba e JVC* (a *6C*), ao tornar público que a *6C* é a titular dos direitos sobre a patente das técnicas nucleares de *DVD*, alerta todas as empresas que se dedicam à produção de produtos *DVD* sujeitos a patentes para o facto de terem que lhe adquirir a respectiva licença para poder continuar a produzir aqueles produtos. O valor da licença de produção é superior a 500 mil USD por ano. Tomando como exemplo o preço de um aparelho *DVD*, cerca de 98 USD, a taxa pela utilização da patente é mais de 20 USD.

¹⁸ O “reconhecimento” e o suporte legislativo do Acordo sobre “TRIPS”.

investimentos em conhecimentos e materiais aplicados no incremento da economia, os riscos que lhes estão associados, e os elevados esforços empregues no desenvolvimento das modernas tecnologias contribuíram, a partir da década de 80 do Século XX, para que a protecção dos direitos de propriedade intelectual tenha ganho relevância, especialmente a partir da publicação do Acordo sobre “TRIPS”.

Nessa altura, para aplicar a nível mundial as suas políticas em termos de direitos de propriedade intelectual, os países desenvolvidos, liderados pelos Estados Unidos da América, começaram a estabelecer negociações, com o objectivo de celebrarem acordos bilaterais que permitissem a adesão dos países em desenvolvimento à OMC, elevando continuamente os padrões de protecção dos direitos de propriedade intelectual, não apenas para obrigar esses países a pagar, injustamente, custos elevados, mas também para eliminar a pressão exercida moralmente pela opinião pública, que os apelidava de “piratas” e devido às sanções aplicadas.

Ao longo dos cerca de 15 anos da adesão da China à GATT/OMC foram realizadas com os Estados Unidos da América quatro reuniões sobre os direitos de propriedade intelectual, o que permitiu à China, de um momento para o outro, passar a deter o mesmo estatuto dos países desenvolvidos nesta matéria só que, como não dispõe de nenhuma lei de protecção dos direitos de propriedade intelectual, nalguns aspectos os níveis de protecção ficaram muito aquém dos exigidos por outros países, nomeadamente pelo Japão e pela Alemanha.[4] Aquando da adesão da China à OMC foi-lhe imposto que acatasse plenamente as normas aprovadas naquela Organização em termos de protecção dos direitos de propriedade intelectual e que as introduzisse no seu ordenamento jurídico, sem possibilidade de discussão das mesmas ou da sua alteração pelos poderes legislativo, judicial ou executivo. De salientar que as normas aprovadas pela OMC relativamente à protecção dos direitos de propriedade intelectual são as que vigoram nos Estados Unidos da América e na Europa.

Contudo, importa aqui referir que nada se encontra de errado na adopção das normas da OMC, só que a protecção dos direitos de propriedade intelectual nos Estados Unidos da América e na Europa, acrescida da força que lhe foi conferida pelo Acordo sobre os Direitos de Propriedade Intelectual celebrado entre a

China e os Estados Unidos da América e da preocupação de se poder entrar numa zona sensível que possa pôr em causa as circunstâncias gerais que levaram à adesão, devido à falta de empenho na protecção daqueles direitos manifestada por alguns académicos, fez com que, na prática, a aplicação das protecções aos direitos de propriedade intelectual se situasse num patamar muito elevado. Num contexto em que a opinião se inclinava para a adopção de medidas de protecção rigorosas e de fraco controlo, alguns académicos produziram, através da análise e debate de uma série de casos práticos ocorridos recentemente na China, um conjunto de importantes textos, em que alertam para a necessidade de se encarar com racionalidade a questão do aumento de protecção dos direitos de propriedade intelectual na China e da sua padronização, para a necessidade de se inverter o rumo de certas opiniões consideradas injustificadas e para a importância de se definirem estratégias relativamente aos direitos de propriedade intelectual.[5] Não obstante se tratar de um apelo que teve um fraco apoio e de a sua publicação ter sido recusada por conceituadas revistas de Pequim,¹⁹ o valor destas intervenções acabou por vir a ser historicamente provado. Em Dezembro de 2002 foi apresentado na reunião da OMC de Viena um relatório²⁰ patrocinado pelo Governo da Inglaterra e elaborado pelo Conselho dos Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (“Conselho TRIPS”), que analisa as medidas de protecção dos direitos de propriedade intelectual, sob o ponto de vista dos interesses dos países em desenvolvimento, onde se conclui que estes países devem, de acordo com as suas necessidades de desenvolvimento, definir as suas próprias estratégias de protecção dos direitos de propriedade intelectual, tendo em atenção os prós e os contras dessa protecção, e não seguir cegamente as leis e as medidas em vigor nos Estados Unidos da América e na Europa.

¹⁹ Lu Yangxi: “Nova perspectiva sobre o estudo dos direitos de propriedade intelectual da China – Comentários de Shen Muzhu e outros sobre os estudos dos direitos de propriedade intelectual” in “Jornal da Universidade de Ciências Políticas e de Direito de GanSu” – 2002, 4.ª edição.

²⁰ Usaram da palavra nesta reunião o Sr. Clare Short MP, Ministro do Desenvolvimento Internacional da Inglaterra, o Dr. Supachai Panitchpakdi, Director-Geral da OMC, e o Dr. Kamil Idris, Director-Geral da Organização Mundial dos Direitos de Propriedade Intelectual.
<http://www.zdnet.com.cn/news/commentary/.../0,2000079395,39058942,00.ht>:
Esse dia será provado historicamente – reportagem de 2/7/2003.

Isto porque se for elevado o nível de protecção dos direitos de propriedade intelectual, mesmo que seja pouco mais, isso terá graves repercussões para os países em desenvolvimento em relação à divulgação dos seus conhecimentos e à difusão dos produtos de propriedade intelectual. O “espírito justiceiro” e as principais conclusões apresentadas no relatório correspondem às posições populares defendidas no estudo realizado há dois anos sobre os direitos de propriedade intelectual e que, nessa altura, eram apenas entendidas como uma corrente de opinião subsidiária.²¹

No relatório do Conselho dos Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (“Conselho TRIPS”) foi feita uma análise comparativa entre as condições e as capacidades dos países em desenvolvimento e dos países desenvolvidos, tendo-se concluído que os países em desenvolvimento são prejudicados nalgumas áreas relacionadas com os direitos de propriedade intelectual. De entre os países em desenvolvimento constantes do relatório como sendo prejudicados pela protecção excessiva dos direitos de propriedade intelectual, a China ocupa a primeira posição, pelo facto de dispor, em termos globais, de uma força tecnológica muito forte e de ser na China que se encontram 60% das pessoas mais pobres dos países em desenvolvimento.

Além disso, o autor entende que o elevado nível de protecção dos direitos de propriedade intelectual aplicado em relação à China é também um dos factores que deve ser tido em conta. Na inspecção anual de rotina efectuada por grupo de peritos da OMC, após a China completar um ano de adesão, a fiscalização do cumprimento das regras relativas à protecção dos direitos de propriedade intelectual não foi realizada por própria iniciativa dos peritos. Contudo, no que respeita à aplicação das medidas de protecção dos direitos de propriedade intelectual impostas pelos países desenvolvidos aos países em desenvolvimento, bem como aos preços elevados, completamente desfasados da realidade, fixados pelas multinacionais, o relatório tem uma posição contrária. Além disso, lançou ainda um apelo aos países desenvolvidos para restringirem o abuso dos direitos de propriedade intelectual, por entender que nos países

²¹ “Os estudos dos académicos populares” in “Coluna das teorias” do Jornal Jurídico, de 27 de Fevereiro de 2003.

desenvolvidos existe um enquadramento jurídico complexo e perfeito em matéria de protecção contra o abuso dos direitos de propriedade intelectual para garantir os interesses públicos, nomeadamente a lei sobre a concorrência e a lei *antitrust*, enquadramento jurídico esse que não existe nos países em desenvolvimento, motivo pelo qual é fácil esses países sofrerem mais os impactos do abuso de protecção dos direitos de propriedade intelectual e serem prejudicados.

A China não tem uma lei *antitrust*. Apesar do veemente apelo feito pelos peritos e pelos académicos, a lei está ainda na forja. Pelo contrário, no que se refere ao domínio da protecção dos direitos de propriedade intelectual, como a opinião é unânime e a dissuasão não resulta, quer o Governo quer os tribunais, tendem a aplicar rigidamente as normas sobre os direitos de propriedade intelectual. A razão prende-se com os motivos apresentados pelos países desenvolvidos e aceites pelo nosso sector académico de que a protecção dos direitos de propriedade intelectual é boa para o comércio, para o desenvolvimento das tecnologias e para os interesses públicos. Até na prática judiciária a protecção das marcas e das patentes estrangeiras é tratada de uma forma diferente, mesmo as patentes e marcas estrangeiras “falsas” (detidas por chineses de Hong Kong) têm um tratamento mais favorável em relação às suas congéneres do Continente.²²

A protecção dos direitos de propriedade intelectual tornou-se, nos últimos anos, numa questão pertinente e a principal divergência em termos de produção legislativa surge em relação ao agravamento ou não das restrições ao abuso dos direitos de propriedade intelectual. A questão de fundo reside na forma como se deve demarcar o que é a protecção e o que é o abuso dos direitos de propriedade intelectual, cuja diferença e conceito nem os teóricos, nem os académicos, nem a maioria das dissertações relativas ao monopólio dos direitos de propriedade intelectual conseguem definir com clareza.

Segundo as normas do GATT/OMC e da Organização dos Direitos de Propriedade Intelectual parece-me que a distinção

²² Shen Muzhu: “Análise sobre o primeiro caso de violação dos direitos de propriedade intelectual na China –dúvidas sobre a responsabilidade na violação dos direitos da distribuidora de relógios de despertar *Timex*”, publicado nos “Estudos sobre direitos de propriedade intelectual” do Centro de Direitos de Propriedade Intelectual do Instituto de Ciências Sociais da China, 11.^a edição, Editora Fang Zheng da China, n.º 8 – Ano 2001.

entre a protecção e o abuso dos direitos de propriedade intelectual é feita de acordo com três critérios:

1. Os prós e os contras da inovação, da transferência e da difusão de tecnologias

A protecção dos direitos de propriedade intelectual visa essencialmente beneficiar a inovação, a transferência e a difusão das tecnologias. Esta é uma regra que foi expressamente consagrada pelo Pacto da Organização Mundial da Propriedade Intelectual e pelo Acordo sobre “TRIPS” celebrado no âmbito da OMC. Numa interpretação *a contrario* pode-se afirmar que é considerado abuso dos direitos de propriedade intelectual todas as condutas que prejudiquem a inovação, a transferência e a difusão das tecnologias. Obviamente não há, nem no Pacto nem no Acordo, um artigo que defina concretamente os factores ou as condições para determinar os “prejuízos”. Porém, o facto de o direito internacional não prever uma determinada situação, não significa que não seja admitida a sua revisão ou regulamentação através de uma lei interna do estado soberano, a questão fulcral aqui é como distinguir a protecção do abuso.

Tomemos como exemplo o caso da empresa americana *Cisco* contra a Companhia chinesa *Huawei*.²³ Ao invocar a inviolabilidade dos “direitos privados” a empresa americana *Cisco* praticamente inviabilizou a possibilidade de a Companhia chinesa *Huawei* vencer a acção, tendo em conta o processo *antitrust* da *Microsoft*, que acabou por ser resolvido extrajudicialmente, e a inexistência de qualquer hipótese de reconvenção. Esta situação só vem provar que a aprovação de uma lei que restrinja o abuso por parte das empresas estrangeiras dos direitos de propriedade intelectual na China é mesmo necessária para combater os actos que prejudiquem a difusão e o desenvolvimento das tecnologias. Neste caso, a *Cisco* aproveitou-se da sua situação de monopólio, das normas que permitem restringir a penetração no mercado dos concorrentes e do seu “acordo privado” para recusar a concessão de autorização

²³ Em 24 de Janeiro de 2003, a *Cisco* declarou publicamente ter intentado no Tribunal Federal de Marshall, no Estado do Texas, uma acção contra a *Tecnologia Huawei de Shenzhen*, na China, por pirataria do seu código-fonte do sistema operativo *router*, do *software* operativo para utilizadores do sistema, do manual de utilizador, dos arquivos técnicos e de cinco itens de patentes tecnológicas respeitantes ao acordo de *router* celebrado pela *Cisco*, pedindo uma indemnização de vários milhares de milhões de USD.

e licença à *Huawei*. A *Cisco* detém a quase totalidade da contingência mundial dos *routers* e a sua quota no mercado da China encontra-se, também, em franca ascensão. Constituindo o “acordo privado” da *Cisco* uma verdadeira norma empresarial, passou a ser considerada como norma do sector e como norma internacional, pelo que, de acordo com as práticas internacionais deveria ter sido tornado público. A recusa da *Cisco* em conceder autorização a terceiros para fazerem uso dos seus *routers* viola o Acordo sobre “TRIPS” por se tratar de um acto de abuso de normas tecnológicas.

No entanto, o autor entende que enquanto não for publicada a lei que restrinja o abuso dos direitos de propriedade intelectual na China, mesmo que a *Huawei* processe judicialmente a *Cisco* naquele país não vai ter grande sucesso, uma vez que as matérias sobre *antitrust* na China se encontram dispersamente reguladas na lei contra a concorrência desleal e na lei dos preços, de tal maneira genérica e pouco clara, que é impossível encontrar aí uma norma que possa sustentar a acção a mover directamente contra o acto de monopólio da *Cisco*. Por outro lado, apesar de estarem previstos nos Princípios Gerais de Direito Civil o princípio da justiça, o princípio da lealdade e o princípio da isenção, a verdade é que não há nada que possa servir de fundamento legal para resolver a questão do *antitrust*.

2. Os prós e os contras do progresso da sociedade internacional e do desenvolvimento dos interesses públicos

A Lei *Antitrust* dos Estados Unidos da América é a mais desenvolvida, abrangendo a Lei de Sherman, a Lei do Conselho de Comércio Federal e a Lei de Clinton. Em termos de jurisprudência contém o princípio da *correspondência do abuso dos direitos de patente à restrição ilegítima da concorrência pelo seu titular*, fixado no caso *Mercury Switch* pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América em 1944. No entanto, na sequência da organização e implementação do seu plano de “domínio do mundo”, os Estados Unidos da América têm vindo, principalmente nestes últimos anos, a preocupar-se mais com a protecção dos direitos de propriedade intelectual e com a concorrência desleal do que com a definição dos valores de promoção do desenvolvimento social e com os interesses sociais, preocupação esta que se nota claramente no reconhecimento da legalidade da fusão entre a *Boeing* e a *MacDonell Douglas*, na

forma como decorreu o julgamento e na própria decisão do caso do monopólio da *Microsoft*. Após a *Cisco* ter tentado nos Estados Unidos da América uma acção contra a *Huawei*, os agentes do *Federal Bureau of Investigation* (FBI) consultaram, por iniciativa própria, a *Cisco* para saber se esta estava disposta ou não a colaborar com o FBI nas investigações criminais ao caso da violação dos direitos de propriedade intelectual.²⁴

Face à luta iniciada pelas multinacionais para obter, através do abuso dos direitos de propriedade intelectual, o domínio internacional das patentes tecnológicas, conjugada com as medidas adoptadas pelos respectivos serviços internos dos Estados Unidos da América para pôr em causa os produtos tecnológicos de outros países, na tentativa de eliminar a concorrência, a arma mais eficaz para a China proteger as suas actividades económicas, especialmente as jovens indústrias, é perceber se os monopólios são ou não benéficos para o progresso da sociedade internacional e para o saudável desenvolvimento dos interesses públicos. Os direitos de propriedade intelectual têm como característica fundamental a sua própria autonomia ou particularidade, aos quais a lei atribui, em termos substanciais, o direito à exclusividade. Porém, esta exclusividade está sujeita a restrições, não podendo prejudicar o progresso da sociedade internacional e o saudável desenvolvimento dos interesses públicos. Em relação a esta matéria, tenho de aqui frisar que não concordo com a posição contra o monopólio dos direitos de propriedade intelectual²⁵ defendida ao longo dos tempos pela China, por esta posição não distinguir o conceito de monopólio dos direitos de propriedade intelectual do conceito de abuso de direitos de propriedade intelectual. Utilizando novamente como exemplo o caso da *Microsoft*, mesmo que o juiz Colleen Kollar-Kotelly tenha autorizado, por sentença, a *Microsoft* a chegar a um acordo de transacção com o Governo Norte-Americano sobre a questão do monopólio, a *Microsoft* tem-se aproveitado da exclusividade do seu sistema operativo de computadores pessoais para, através do contrato de autorização

²⁴ <http://www.hqew.com/info/newshtm/200331795332657195.htm>: “O *antitrust* de *Huawei*: missão que não pode ser cumprida com a reconvenção?” – reportagem de 2/7/2003.

²⁵ <http://www.jjckb.com/Article.asp?TempNum=5234>: Hu Weiping in “É altura de agir contra o monopólio dos direitos de propriedade intelectual” – reportagem de 27/04/2003.

de uso do *Windows95*, exigir aos fabricantes de computadores pessoais a integração do *browser Internet Explorer* da *Microsoft*, como condição para continuar a obter o fornecimento do *Windows95*, o “emparelhamento” do *software* de jogos e da função *media player* no sistema operativo do *Windows*. Além disso, tem aproveitado o *software* de segurança *Passport* do *NET* para restringir a concorrência e eliminar os parceiros do mercado. Estas condutas configuram, todas elas, uma situação de abuso de direitos de propriedade intelectual sobre as tecnologias exclusivas. Ficaram assim alargados, como resultado directo deste tipo de abusos, o âmbito e a extensão do monopólio das multinacionais. A situação criada com este tipo de comportamentos defende o interesse público dos diversos países desenvolvidos.

Nestes últimos anos, apareceram na rede várias vezes clamando ser injusta esta perseguição à *Microsoft*, concluindo que a guerra lançada sempre contra o mesmo alvo – a *Microsoft* – pela empresa *Sun Microsystems, Inc.* e pelas duas maiores associações de comércio dos Estados Unidos da América²⁶ é um *acto de cobardia*.²⁷ Isto deve-se ao facto de não se conhecerem verdadeiramente os prejuízos resultantes dos monopólios ou da posição de domínio no comércio internacional, nem os efeitos da agressão do capitalismo, escondidos pelas acções de *marketing* promovidas pela *Microsoft*, de tempos a tempos, na China. Na sociedade actual, nem os computadores pessoais nem as redes da *Internet*, devem ser objecto de patente de um determinado país, assim como não devem ser detidas em exclusividade por uma determinada multinacional, uma vez que o seu serviço passou a ser do interesse público dos nacionais dos diversos países. O objectivo dos direitos internacionais de propriedade intelectual é obstar a que qualquer país ou empresa dificulte ou atente, através dos seus “direitos privados”, os interesses públicos, sendo esta uma responsabilidade e um dever de um estado soberano. Como invoca Scott G. McNealy, Presidente do Conselho de Administração e Administrador Delegado da *Sun Microsystems*,

²⁶ A empresa *Sun*, criada em 1982, é actualmente o maior fornecedor mundial de equipamentos e produtos informáticos e o maior prestador de serviços nessa área. As duas maiores associações de comércio são a Associação Comercial do Sector de Produtos de Informática e de Informações e a Associação Comercial do Sector de Computadores e de Comunicação que, por não se conformarem com a decisão do juiz Colleen Kollar-Kotelly em autorizar a transacção, recorreram da sentença.

²⁷ <http://www.csdn.news/newstopic/8/8290.shtml>: “Comentários sobre a revolta da *Sun* e de outras empresas europeias contra a *Microsoft*” – reportagem de 2/7/2003.

Inc., na acção proposta contra o monopólio da *Microsoft*, a “conjugação da tecnologia com o espírito de colaboração”,²⁸ independentemente de qual seja a sua motivação, beneficia actualmente a promoção, em simultâneo, do progresso da sociedade internacional e corresponde aos interesses públicos dos diversos países.

3. Os prós e os contras do equilíbrio de direitos e obrigações entre os titulares e os utilizadores dos direitos de propriedade intelectual

Desde a década de 80 do século passado que o Tribunal da Comunidade Económica Europeia tem vindo a debater esta questão, suscitada pela acção movida em conjunto por três estações de televisão, RTE, ITV e BBC, contra o Guia de TV *Ma Jier* por este violar os direitos de autor na apresentação dos seus programas televisivos,²⁹ e que terminou com o Tribunal da Irlanda a decretar, em nome da protecção dos direitos de autor, a interdição da publicação do referido Guia de TV à empresa *Ma Jier*. A empresa recorreu da decisão, em Abril de 1986, para o Tribunal da Comunidade Económica Europeia que, por sentença proferida em Dezembro de 1988, entendeu que o exercício exclusivo dos direitos de autor pelas três estações televisivas se tratava de abuso da sua posição de controlo do mercado, concluindo que o facto de aquelas terem recorrido à protecção dos direitos de autor para impedir o aparecimento de uma revista que apresente a programação dos canais televisivos, permitindo, assim, aos telespectadores previamente seleccionar o canal e o programa que pretendem ver, principalmente quando a RTE, a ITV e a BBC não têm capacidade para satisfazer as necessidades dos consumidores nessa área, constitui um acto de abuso de direitos de autor previsto no art.º 82.º do Tratado da Comunidade Económica Europeia. Além disso, não tendo as estações televisivas legitimidade para recusar a terceiros a edição de guias com a apresentação dos programas televisivos a emitir, a recusa do fornecimento de informações indispensáveis para o Guia de TV à empresa *Ma Jier* pelas três estações de televisão só vem demonstrar que, com esta actuação, procuram alargar a sua

²⁸ <http://www.csdn.news/newstopic/8/4694.shtml>: “A luta pela vida entre a *Sun* e a *Microsoft*” – reportagem de 2/7/2003.

²⁹ Wang Xiaohua: “Lei da Concorrência na CEE”, Editora “Regime Jurídico da China”, edição de 2001, pág. 222.

posição de domínio no mercado da informação sobre os programas televisivos a difundir.

Esta é, sem dúvida, a mais importante decisão proferida no âmbito dos direitos de propriedade intelectual pelo Tribunal da Comunidade Económica Europeia e assume especial relevo, em termos de significado, para as empresas que concentram as suas actividades no sector dos produtos informáticos, das bases de dados, das telecomunicações e das informações tecnológicas, porque vem demonstrar que qualquer empresa, após obter o domínio do mercado, independentemente de qual for o tipo de produtos que comercializa, deve sujeitar-se com rigor ao controlo *antitrust*, especialmente para evitar que se aproveite dos direitos de propriedade intelectual para, com a sua posição de domínio do mercado, a estender até aos mercados correlacionados, em detrimento do equilíbrio dos interesses entre os titulares e os utilizadores dos direitos de propriedade intelectual.

Este é um caso que, naturalmente, tem apenas a ver com os direitos de autor, mas se também se aplicar esta filosofia na reflexão e debate da questão sobre as patentes e as normas tecnológicas facilmente se chega à conclusão de que a empresa americana *Cisco* tem restringido a concorrência de outras empresas, através do recurso à não publicação do “acordo privado”, quando os produtos daquelas empresas detêm uma quota absolutamente maioritária no mercado, e que a *Microsoft* tem vendido, recorrendo à sua posição de monopólio no mercado, os seus produtos com o *browser* emparceirado, e alargado, com recurso ao pacote de produtos informáticos, o seu monopólio fora e dentro da rede, tratando-se esta situação de abuso ilegítimo dos direitos de propriedade intelectual, potenciada pela nova conjuntura nesta matéria. Por outras palavras, são actos que descumrem os deveres que cumprem aos titulares dos direitos de propriedade intelectual assumir e que lesam os direitos que assistem aos produtores e aos utilizadores dos serviços e de que ambos gozam na actual era de partilha comum dos direitos de propriedade intelectual.

III – Legalidade internacional das restrições ao abuso dos direitos de propriedade intelectual

Demarcados os limites entre a protecção e o abuso dos direitos de propriedade intelectual, segue-se a abordagem da

legalidade internacional das restrições ao abuso dos direitos de propriedade intelectual.

O *antitrust* internacional manifesta-se nalguns textos internacionais, em virtude do relevo nele posto pelos países desenvolvidos, especialmente pelos Estados Unidos da América e pela União Europeia. Contudo, nunca foi dispensada grande atenção à ilegítima utilização dos direitos de propriedade intelectual. O apelo à restrição do abuso dos direitos de propriedade intelectual, principalmente a partir da intensificação da protecção dos direitos de propriedade intelectual e do enfraquecimento do *antitrust*, não foi bem aceite pela maioria dos países.

Vários países, incluindo os Estados Unidos da América, dispõem de uma lei *antitrust* (lei da concorrência), mas, como o *antitrust* pode assumir diferentes formas, nada podem fazer relativamente ao abuso dos direitos de propriedade intelectual sobre bens incorpóreos por parte das multinacionais. Por isso, a China, como Estado Parte da OMC, para restringir com eficácia o abuso dos direitos de propriedade intelectual e não suscitar conflitos internacionais, tem que primeiramente resolver, através da produção de uma lei interna, a questão da legalidade internacional. Neste aspecto, o autor entende que, numa primeira fase, tem de ser encontrado o suporte legal nos artigos do Acordo da OMC e no Acordo sobre “TRIPS”. Apesar de os artigos constantes do Acordo da OMC e do Acordo sobre “TRIPS” nesta matéria serem apenas normas de princípio, genéricas e até pouco claras, é viável a sua adopção como suporte legal da lei interna.

1. Os fins e os objectivos do comércio internacional

No preâmbulo do Acordo da OMC as partes expressam o desejo de “eliminar o tratamento discriminatório no comércio internacional” e reconhecem o dever de orientarem as suas relações no domínio comercial e económico, tendo em vista a melhoria dos níveis de vida, a realização do pleno emprego e um aumento acentuado e constante dos rendimentos e da procura efectiva, bem como o desenvolvimento da produção e do comércio de mercadorias e serviços. Estes objectivos, associados a um “desenvolvimento contínuo”, proporcionam um suporte teórico para a China legislar sobre o abuso dos direitos de propriedade intelectual. A restrição ao abuso dos direitos de propriedade intelectual é, para qualquer membro da OMC e para

o racional aproveitamento dos recursos mundiais, um objectivo, fim e medida que “não só procura proteger e preservar o ambiente, mas também aperfeiçoar os meios para atingir esses objectivos de um modo compatível com as respectivas necessidades e preocupações a diferentes níveis de desenvolvimento económico”.

2. A legalidade das trocas comerciais relacionadas com os direitos de propriedade intelectual

No preâmbulo do Acordo sobre “TRIPS” expressam as partes o desejo de “reduzir as distorções e os entraves ao comércio internacional”, tendo não só em conta a necessidade de promover uma eficaz e adequada protecção dos direitos de propriedade intelectual, mas também de garantir que “as medidas e processos destinados a assegurar a aplicação efectiva dos direitos de propriedade intelectual não constituam eles próprios obstáculos ao comércio legítimo”. Além disso, as partes reconhecem também “os objectivos de política geral subjacentes aos sistemas nacionais de protecção da propriedade intelectual, incluindo objectivos em matéria de desenvolvimento e tecnologia”, ou seja, nas leis sobre os direitos de propriedade intelectual dos diversos países apenas podem ser protegidos os objectivos de desenvolvimento e tecnologia, o que permite que sejam definidas limitações aos direitos de propriedade intelectual e adoptadas medidas relativamente às licenças compulsórias, desde que não violem as normas do Acordo sobre “TRIPS”.

3. A prevenção do abuso dos direitos de propriedade intelectual

O art.º 7.º (Objectivos) do Acordo sobre “TRIPS” (Parte I – Disposições Gerais e Princípios Básicos) determina que “a protecção e a aplicação efectiva dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e divulgação de tecnologia, em benefício mútuo dos geradores e utilizadores dos conhecimentos tecnológicos e de um modo conducente ao bem-estar social e económico, bem como para um equilíbrio entre direitos e obrigações”.

É este, portanto, o objectivo geral que serviu de base à celebração do Acordo sobre “TRIPS”, o que significa que a protecção dos direitos de propriedade intelectual não é, em si, o

seu objectivo, mas sim a promoção do desenvolvimento tecnológico e o comércio de tecnologias, ou seja, o exercício de direitos que contrariem esses objectivos é tido como um comportamento violador das normas do Acordo sobre “TRIPS”. Isto está expressamente definido no seu art.º 8.º, que determina, no seu n.º 1, que “os Membros podem, aquando da elaboração ou alteração das respectivas disposições legislativas e regulamentares, adoptar as medidas necessárias para proteger a saúde pública e a nutrição e para promover o interesse público em sectores de importância crucial para o seu desenvolvimento sócio-económico e tecnológico (...)”, permitindo-se, assim, implicitamente aos Membros adoptarem medidas, incluindo a produção de leis, para limitar os direitos de propriedade intelectual, em benefício do seu desenvolvimento sócio-económico. Por outro lado, no seu n.º 2 prevê que “poderá ser necessário adoptar medidas adequadas, desde que compatíveis com o disposto no presente Acordo, a fim de evitar a utilização abusiva dos direitos de propriedade intelectual por parte dos titulares dos direitos” ou “para evitar o recurso a práticas que restrinjam de forma não razoável o comércio ou que prejudiquem a transferência internacional de tecnologia”.

Os “actos de restrição ao comércio”, acima referidos, criados injustificadamente pelos países desenvolvidos no início da reforma e abertura da China, com vista à obtenção de licenças para a importação de tecnologias são, pois, limitações ilegais que violam as normas do Acordo sobre “TRIPS”.

4. O controlo de actos restritivos da concorrência

Determina o n.º 2 do art.º 40.º do Acordo sobre “TRIPS” que “nenhuma disposição do presente Acordo impedirá os Membros de especificar na sua legislação as práticas ou condições de concessão de licenças que possam, em determinados casos, constituir um abuso dos direitos de propriedade intelectual com efeitos adversos sobre a concorrência no mercado considerado” e ainda que “(...) um Membro pode adoptar, em conformidade com as outras disposições do presente Acordo, medidas adequadas para impedir ou controlar essas práticas, que poderão incluir, por exemplo, condições de retrocessão exclusivas, condições que impeçam a contestação da validade e um regime coercivo de concessão de licenças em bloco, à luz das legislações e regulamentações relevantes desse Membro”. Esta é a principal

norma constante da Parte II, Secção 8, cuja epígrafe é “Controlo das práticas anticoncorrenciais em licenças contratuais”. Esta norma baseia-se no entendimento dos Membros relativamente às práticas ou condições de concessão de licenças referentes aos direitos de propriedade intelectual que restringem a concorrência, que podem ter efeitos adversos sobre o comércio e obstar à transferência e difusão da tecnologia.

Para evidenciar e complementar esta ideia, o art.º 67.º (Cooperação Técnica) contido na Parte VI do Acordo sobre “TRIPS” exige ainda que os países desenvolvidos Membros criem condições para que possa existir uma cooperação técnica e financeira a favor dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos Membros, mediante pedido e condições acordadas mutuamente. “Essa cooperação incluirá a assistência a nível da elaboração das disposições legislativas e regulamentares em matéria de protecção e aplicação efectiva dos direitos de propriedade intelectual e de prevenção do seu abuso, bem como o apoio relativamente, ao estabelecimento ou reforço de gabinetes e agências nacionais competentes nesta matéria, incluindo formação de pessoal”.³⁰

IV – Considerações sobre a iniciativa legislativa para restringir o abuso dos direitos de propriedade intelectual

Para defender a necessidade da elaboração pela China da lei sobre as restrições ao abuso dos direitos de propriedade intelectual, são suficientes os princípios e algumas das normas constantes do Acordo da OMC e do Acordo sobre “TRIPS” acima referidos, no entanto o conteúdo da lei está ainda longe de poder ser definido.

A promulgação do Acordo da OMC e do Acordo sobre “TRIPS” ocorreu há mais de 8 anos. Durante este período de tempo muitas alterações ocorreram a nível mundial nesta matéria. Surgiram inúmeras questões relativamente aos monopólios e ao abuso dos direitos de propriedade intelectual, questões essas que na altura não foram tidas em consideração, nem foram previstas,

³⁰ As normas citadas no presente texto foram extraídas do texto em Língua chinesa do Acordo sobre “TRIPS” contido no trabalho de Zheng Chengsi in “Acordo sobre “TRIPS” da OMC anotado”, Editora Fangzheng, edição de 2001.

além de se ter verificado um maior distanciamento entre os chamados países desenvolvidos e os países em vias de desenvolvimento, provocado pelos diferentes níveis de evolução económica, social e tecnológica.

Por exemplo: apesar de ter registado um franco desenvolvimento económico, a China ocupa apenas, em termos de exportações, a quarta posição no *ranking* mundial, e, a primeira posição, em termos de captação de investimentos. No entanto, o desenvolvimento tecnológico ainda não se encontra ao nível dos países desenvolvidos, principalmente quando a importância se centra essencialmente na defesa da natureza privada e da exclusividade dos direitos de propriedade intelectual, em detrimento do equilíbrio na partilha de conhecimentos e do controlo do abuso dos direitos de propriedade intelectual.

Sobre esta matéria entendo ser importante salientar os seguintes aspectos:

1. A possibilidade de regulamentar o abuso dos direitos de propriedade intelectual sem se recorrer a leis antitrust

Apesar de não existir uma lei *antitrust* na China, tal não significa que este país não possa desencadear uma luta *antitrust* no que diz respeito ao abuso dos direitos de propriedade intelectual. É de crer que, mesmo com a promulgação em breve da lei *antitrust*, não venham a ser definidas normas eficazes para a restrição ao abuso dos direitos de propriedade intelectual. A não sujeição dos poderes ao controlo dá sempre lugar a abusos, pelo que a regulamentação do abuso dos direitos de propriedade intelectual, por parte da China, não pode ser adiada indefinidamente até à promulgação da lei *antitrust*. Assim, o Conselho de Estado deve emitir normas provisórias para restringir o abuso dos direitos de propriedade intelectual, de acordo com os princípios da Lei de Combate à Concorrência Desleal, deixando ao órgão competente a definição dos procedimentos a adoptar provisoriamente para restringir o abuso dos direitos de propriedade intelectual e a clarificação das relações entre a protecção e o abuso dos direitos de propriedade intelectual, de forma a equilibrar os interesses das partes intervenientes nas relações comerciais relativamente aos direitos de propriedade intelectual, para que possa existir uma concorrência aberta, leal, justa e que defenda os interesses da sociedade e do público em geral.

2. A importância da análise do pensamento geral e dos princípios fundamentais da Organização Mundial do Comércio

A filosofia e os princípios que estiveram na base do Acordo da OMC e do Acordo sobre “TRIPS” constituem o fundamento legal da legitimidade da China para proteger os direitos de propriedade intelectual e restringir o abuso dos direitos de propriedade intelectual. Porém, desde a adesão da China à OMC, tem sido dada uma maior importância à interpretação das normas constantes do Acordo da OMC e dos seus anexos do que à análise e estudo dos seus princípios básicos e da filosofia que esteve subjacente ao seu aparecimento. Nos estudos realizados sobre a protecção dos direitos de propriedade intelectual, na maior parte dos casos, nem são analisadas as normas constantes do Acordo sobre “TRIPS”.

No entanto, também entendo que poucos são os artigos constantes do Acordo sobre “TRIPS” que se ocupam verdadeiramente das restrições ao abuso dos direitos de propriedade intelectual, o que não invalida que a China, ao restringir por lei o abuso dos direitos de propriedade intelectual, aplique os princípios e os objectivos contidos no Acordo da OMC e no Acordo sobre “TRIPS”. Por aqui se verifica que o poder público, como salvaguarda dos interesses sociais, é uma boa forma de combater os abusos dos agentes de direito privado e as actividades comerciais baseadas em monopólios, que violam os princípios da concorrência.

No domínio dos conhecimentos e da tecnologia há dois tipos de direitos que exercem uma mútua fiscalização e controlo – o direito de conhecimento próprio e o direito de conhecimento comum. Encontrar um regime que estabeleça o equilíbrio entre estes dois direitos, em termos legislativos, é fundamental para a China se aproximar dos parâmetros americanos no domínio dos direitos de propriedade intelectual e pode vir a ser um contributo importante de um país em desenvolvimento para um futuro aperfeiçoamento do regime jurídico sobre os direitos de propriedade intelectual.

3. A clarificação das restrições ao abuso dos direitos de propriedade intelectual na lei antitrust

Relativamente à sugestão feita pelo sector académico no sentido de ser tomado como referência o art.º 23.º da Lei sobre a

Proibição do Monopólio do Japão para produção da lei *antitrust* na China,[6] entendo que a lei *antitrust* chinesa tem de conter um artigo específico que defina quais são as exceções ao exercício normal dos direitos de propriedade intelectual – tal como dispõe o art.º 23.º da Lei sobre a Proibição do Monopólio, no Japão, que determina que “o presente diploma não se aplica aos actos que sejam considerados praticados no exercício dos direitos previstos na lei dos direitos de autor, na lei das patentes, na lei dos desenhos industriais ou na lei de marcas” – e que diga claramente que o exercício injustificado dos direitos de propriedade intelectual é considerado um abuso dos direitos de propriedade intelectual, cujo único objectivo é impedir a concorrência. Não se afigura necessário inserir na lei *antitrust* chinesa uma norma de excepção, à semelhança da constante do art.º 23.º da Lei sobre a Proibição do Monopólio, de 1947, do art.º 6.º da Lei sobre a Prevenção da Concorrência Desleal, de 1934, ambas do Japão, ou do art.º 45.º da Lei sobre Concorrência Desleal, de Taiwan,³¹ porque, por um lado, a lei japonesa sobre *antitrust* e a Lei sobre Concorrência Desleal, de Taiwan, já foram promulgadas há várias décadas e, por outro, os países têm adoptado sucessivamente, face à necessidade de restringir o abuso dos direitos de propriedade intelectual, cada vez mais frequentes desde a década de 90 do século passado, e à impossibilidade de rever atempadamente a sua lei *antitrust*, outras formas de regulamentação para ultrapassar a situação, nomeadamente através de regulamentos, directivas e ordens de serviço.

Tanto os Estados Unidos da América como os países da União Europeia onde se aplica o sistema de direito anglo-saxónico,³² como o Japão, onde se aplica o sistema de

³¹ Na lei de Taiwan sobre concorrência desleal, promulgada a 4 de Fevereiro de 1992 e revista a 6 de Fevereiro de 2002, o art.º 45.º dispõe que “a presente lei não se aplica aos actos praticados pelas empresas, de acordo com a lei dos direitos de autor, a lei das marcas ou a lei das patentes, no exercício dos seus direitos”, ou seja, apenas estão sujeitos às normas da lei *antitrust* todos e quaisquer actos que violem a lei dos direitos de autor, a lei das marcas ou a lei das patentes. Na Lei sobre a Prevenção da Concorrência Desleal, promulgada no Japão em 27 de Março de 1934 e em vigor desde 1 de Janeiro de 1935, consagra-se o mesmo princípio no art.º 6.º “a presente lei não se aplica aos actos praticados no exercício dos direitos previstos na lei das patentes, na lei dos desenhos industriais ou na lei das marcas”.

³² Referem-se aqui ao Regulamento n.º 240 (EC N.º 240/96) da CEE e ao “Guia de *Antitrust* no Licenciamento dos Direitos de Propriedade Intelectual”, produzido em 1995, em conjunto, pelo Departamento de Justiça e pelo Conselho Federal de Comércio.

direito continental,³³ criaram sucessivamente mecanismos de restrição mais adequados e eficazes. Face a este quadro legislativo é fácil perceber que a introdução de um artigo na lei *antitrust* da China que venha regular expressa e directamente os actos de monopólio injustificado e de concorrência desleal relativamente aos direitos de propriedade intelectual, de forma a facilitar a identificação dessas situações e a dar mais força à lei é, sem dúvida, uma inovação legislativa que vai ao encontro das tendências de desenvolvimento do comércio internacional. Por outro lado, se se analisar a situação que se vive após a adesão da China à OMC, verifica-se que a batalha a travar pela China no que diz respeito à restrição do abuso dos direitos de propriedade intelectual no comércio, especialmente no que concerne ao abuso das patentes e tecnologias, é muito mais difícil e complexa do que a batalha contra a concorrência desleal no comércio devido ao abuso dos direitos de propriedade intelectual sobre bens corpóreos e serviços.

Devido ao facto de o desenvolvimento da sua tecnologia de ponta se encontrar ainda atrasado e de se registarem alguns problemas na operacionalidade dos seus mecanismos, aliados à abertura do mercado ao exterior e à falta de uma estratégia concertada na captação de investimentos (incluindo investimentos na área da tecnologia) e à aplicação da estratégia dos países desenvolvidos de não deixarem as empresas chinesas desenvolverem a sua tecnologia, aquelas caíram efectivamente nas “armadilhas” preparadas pelos países desenvolvidos e pelas multinacionais (por exemplo: o caso da “reserva de água para criar peixes” da 6C).

Perante esta situação, se não se estabelecer um artigo que proíba as actividades monopolistas, com vista a restringir o abuso dos direitos de propriedade intelectual, os empresários chineses não terão, na futura batalha a travar contra o abuso dos direitos de propriedade intelectual, uma arma forte de defesa ou de ataque contra essas actividades.

4. A produção de leis administrativas, ou de métodos de controlo do abuso dos direitos de propriedade intelectual, com base nos princípios fundamentais da lei *antitrust*

³³ “Linhas orientadoras de *antitrust* relativas aos contratos de licenciamento secreto de patentes e tecnologias”, produzidas pelo Japão em 1999, estas linhas contêm os princípios considerados justos do regime americano e dispensam o regime da CEE.

O Conselho de Estado deve produzir, com base nos princípios básicos da lei *antitrust*, um regulamento administrativo, uma ordem administrativa que restrinja o abuso dos direitos de propriedade intelectual, ou, então, definir no diploma de execução da lei *antitrust* quais são os actos que consubstanciam práticas de concorrência desleal através da utilização abusiva dos direitos de propriedade intelectual por parte das empresas que actuam em monopólio. Alguns académicos defendem que os diplomas normativos devem ser elaborados pelas entidades competentes e submetidos à aprovação do Conselho de Estado, para que este lhes confira a força de regulamento administrativo.[6] De um modo geral, quer seja o Conselho de Estado a elaborar o normativo, sob a forma de ordem administrativa, quer a sua regulamentação seja feita apenas pelo diploma de execução da lei, é sempre preferível que o diploma seja elaborado pelas entidades competentes, uma vez que é um meio mais eficaz de restringir o abuso dos direitos de propriedade intelectual e responde, mais claramente, aos anseios manifestados pela população chinesa nesta luta contra o abuso dos direitos de propriedade intelectual. Esta é, pois, uma matéria muito sensível, que pode pôr em causa o desenvolvimento económico e tecnológico do país, motivo pelo qual o Governo tem a obrigação de recorrer aos meios legislativos ao seu dispor para resolver de forma mais eficaz uma série de questões relativas ao monopólio dos direitos de propriedade intelectual e às restrições à concorrência.

5. A criação de um órgão governamental para aplicar e fiscalizar as restrições ao abuso dos direitos de propriedade intelectual

A China deve criar um órgão administrativo, com competências para fiscalizar e aplicar as leis, bem como para elaborar, de acordo com a legislação do País, normas processuais e guias de aplicação das mesmas, incluindo as normas sobre os procedimentos a seguir na fiscalização das patentes e das normas técnicas e a definição das restrições que devem constar das listas negra, cinzenta e branca, à semelhança das listas existentes no

Regulamento n.º 240 da União Europeia,³⁴ para que sejam observadas pelos empresários chineses quando se depararem perante semelhantes situações. Este tipo de regulamento ou guia é inspirado nas linhas orientadoras de *antitrust* relativas aos acordos de licenças internacionais do Japão, a chamada “Lei *antitrust* relativa ao comércio de licenças internacionais”, produzida a 24 de Maio de 1968 pelo Conselho de Comércio Legítimo do Japão,³⁵ e que a maioria dos investigadores chineses considera como a mais próxima da realidade chinesa. Esta lei contém 14 artigos, 9 sobre as restrições contidas nos acordos de licenças internacionais considerados ilegítimos e 5 sobre as restrições contidas nos acordos de licenças internacionais considerados legítimos.

No entanto, na minha opinião, estes artigos, quer contenham ou não restrições, não são os mais adequados para resolver os problemas com que a China se debate actualmente nesta matéria, visto que foram pensados para a realidade conjuntural japonesa, que é, necessariamente, diferente daquela que se vive na China. Por exemplo, o preço discriminatório, acima referido, do produto *Windows97* e o sistema de prevenção de pirataria *MPA (Microsoft Product Activation)* instalado no *WindowsXP* são considerados actos de abuso dos direitos de propriedade intelectual,³⁶ devendo a China tomar providências para restringir estes abusos no seu mercado.

Além disso, relativamente às situações de monopólio de tecnologias criadas através da aliança de tecnologias entre a *6C* e a *3C*, tecnologias essas detidas sob a forma de repartição oligárquica, das *normas de facto* constantes do acordo privado da empresa americana *Cisco*, e que esta não tornou públicas, e da sua posição de domínio no mercado mundial de *routers*, onde

³⁴ A CEE emanou em 1996, em conformidade com o n.º 3 do art.º 85.º do Tratado de Roma, o Regulamento n.º 240 (EC n.º 240/96) sobre determinadas questões de aplicação dos acordos de cessão de tecnologia para, a partir das práticas de comércio ilegítimo, dividir as restrições contidas nesses acordos em três tipos: lista negra, lista cinzenta e lista branca. A lista negra refere-se a todas as restrições que constituem uma violação ao comércio legítimo, a lista cinzenta apenas às restrições que, em determinadas circunstâncias, constituem violação do comércio legítimo e a lista branca às restrições que não consubstanciam formas de comércio ilegítimo.

³⁵ http://www.ccpitbj.com/ccpit/news.php?table_id-735, reportagem de 27 de Abril de 2003.

³⁶ Por o produtor se ter aproveitado dos direitos de propriedade intelectual para violar a liberdade do consumidor, o que constitui um caso de abuso de direitos.

detém uma quota de 80%,³⁷ que afectam e prejudicam as empresas chinesas, convém definir se elas devem ou não ser alvo de restrição e essa é uma questão que deve ser respondida no guia.

6. O debate, a partir da conjuntura nacional, sobre a utilização e o abuso dos direitos de propriedade intelectual

A restrição ao abuso dos direitos de propriedade intelectual por parte da China não se deve limitar apenas à importação das normas e medidas em vigor na Europa, nos Estados Unidos da América e no Japão, mas sim ter em atenção as circunstâncias reais da China, que se deve preocupar em produzir uma lei que antevja problemas futuros e que defina objectivos claros.

Relativamente às restrições ao abuso dos direitos de propriedade intelectual, de acordo com as circunstâncias que se vivem actualmente no Continente, entende-se que deve ser regulado num diploma autónomo a restrição ao abuso dos direitos de autor, das marcas e das normas tecnológicas, embora, neste momento, o mais importante seja a produção de um guia sobre o abuso dos direitos de autor em rede, das patentes e normas tecnológicas, onde sejam definidos quais os actos considerados legítimos e ilegítimos. Por exemplo, no que respeita à protecção dos direitos de autor em rede, deve ser claramente definido que a obra é da titularidade exclusiva do seu autor e que o recurso a medidas tecnológicas injustificadas para impedir a sua consulta é considerado como abuso dos direitos de propriedade intelectual, por prejudicar os interesses públicos; deve também ser consagrado que a integração de um código de segurança, como a inclusão de uma *chave lógica* pela empresa *Jiang Min* na versão actualizada do seu programa *L + +* da *KV300* e a instalação de um programa contra a pirataria por parte dos utilizadores de computadores no programa informático *CCED5.0*, destinado ao tratamento de formulários em língua chinesa, é considerada abuso dos direitos de propriedade intelectual por, mais uma vez, ser contra os interesses públicos; deve determinar que a codificação, ou acto semelhante, por parte dos administradores de rede ou por parte dos titulares dos direitos de autor sobre informações gerais ou sobre produtos não sujeitos a protecção é considerada abuso

³⁷ <http://tech.163.com/tm/030319/030319-86701.html>: comentários dos especialistas - ser titular de direitos de propriedade intelectual não quer dizer que se possa abusar da sua posição de domínio no mercado – reportagem de 27/4/2003.

dos direitos de propriedade intelectual, por atentar contra o domínio público.

O Guia deve definir com clareza quais são os direitos de autor a proteger e qual é o âmbito dos direitos de domínio público, uma vez que a actual situação de abuso dos direitos de autor em rede é extremamente grave, chegando ao ponto de compilar numa base de dados, protegida, as obras cujo prazo de protecção dos direitos de autor já tenha expirado ou as obras que não se encontram sujeitas a direitos de autor. Destas bases de dados constam principalmente leis e decisões judiciais, internacionais ou internas, que devem ser tornadas públicas e disponibilizadas ao público em geral. A utilização de bases de dados desta natureza,³⁸ disponibilizadas através de *sites* na *internet*, e uma forma de os seus proprietários controlarem a informação e obterem benefícios económicos.

No entanto, não restam dúvidas de que é mais rigorosa a protecção dos direitos de autor da informação colocada em rede do que da informação que se encontra fora da rede. Segundo as normas clássicas de protecção dos direitos de autor nos diversos países, incluindo na China, os leitores podem ter contacto, justificadamente, com várias obras, literárias e académicas, e com informações gerais que não se encontram disponíveis na *internet*, isto porque muitas das obras, apesar de se encontrarem protegidas por direitos de autor, podem ser consultadas por motivos académicos ou científicos. Mas a consulta dessas obras na *Internet*, devido aos abusos cometidos, em termos de direitos de difusão da informação, pelas empresas de comunicação social, está vedada ao público pelos titulares dos direitos de autor e pelas próprias empresas que exploram os *sites* que contém essas matérias, apesar de a lei permitir ao público o acesso a obras literárias e académicas por essa via.

No âmbito da protecção das patentes tecnológicas, o Guia deve considerar a interdição a terceiros de entrarem em determinados sectores económicos, através de “acordos privados”, tal como fez a empresa americana *Cisco*, abuso das normas

³⁸ A verdade é que nem todas as bases de dados estão protegidas por direitos de autor. De acordo com o conceito de “direitos de autor”, não se podem reclamar direitos de autor relativamente a obras que não sejam originais. No que se refere às informações gerais, o Guia, tal como previsto nas leis, deve determinar que não há protecção de direitos de autor em relação à recolha ou compilação de normas legais.

tecnológicas, por prejudicar a concorrência leal. Por outro lado, deve definir que as restrições impostas à produção ou à liberdade do utilizador de optar pelo produto ou equipamento que desejar, tal como a *Microsoft* fez através do recurso à sua posição de monopólio no mercado em relação a certos produtos para celebrar acordos de fabrico ou utilizar o emparcelamento de produtos, são consideradas abuso das patentes de tecnologia, por distorcerem a concorrência leal.³⁹ O Guia deve, ainda, estabelecer um rigoroso equilíbrio entre os direitos e as obrigações dos produtores e dos utilizadores dos conhecimentos tecnológicos na cessão de patentes tecnológicas, para além de fixar e distinguir claramente as relações entre as normas da empresa, as normas do sector e as normas internacionais, tal como aconteceu no caso do acordo privado celebrado pela empresa americana *Cisco*. Deve proibir que as tecnologias e as patentes de comunicação violem a interligação e a intercomunicabilidade exigidas pelas práticas internacionais e pelos princípios de difusão das tecnologias da OMC; deve estabelecer a proibição de os acordos de cessão de licenças relativas a tecnologias patenteadas conterem cláusulas que restrinjam o comércio em certas regiões, e a importação de matérias-primas, acessórios ou componentes; deve definir as normas de reconhecimento das licenças de *códigos-fonte* nos sistemas informáticos abertos (*open-source software*)⁴⁰ e, por fim, deve consagrar medidas que beneficiem o desenvolvimento dos

³⁹ No que se refere ao abuso dos direitos de autor há outros exemplos que podem ser dados, como o caso das oito maiores cadeias de cinema de *Hollywood* que, para evitarem a reprodução, em *DVD*, por terceiros dos seus filmes, introduziram um sistema de interferências (*Content Scramble System*) que impede a reprodução de textos directamente do filme para o *DVD*. Este sistema impede os utilizadores de lerem o *DVD* no computador, permitindo-lhes a sua leitura em equipamento específico. O responsável da revista americana *PC* divulgou o programa *DECSS* que permite a descodificação deste sistema de segurança, permitindo, assim, aos utilizadores lerem o *DVD* no computador. Como resultado desta sua actuação foi processado pela Associação de Cinematografia Americana.

⁴⁰ São dois os tipos de produtos informáticos, um dotado de um programa de *código-objectivo* e outro de um programa de *código-fonte*. O *código-fonte* é um programa que se expressa através de uma linguagem composta ou de uma linguagem de alta programação. Na aquisição dos programas informáticos, os utilizadores, em geral, podem obter um *código-fonte* para lhes facilitar o acesso ao programa, mas o proprietário desse programa informático pode, através do *código-fonte*, ler, analisar e até conhecer a forma como o programa foi elaborado. Por isso, o fornecimento ou não do *código-fonte* é, muitas vezes, a questão central no debate sobre operações de comércio. A definição das normas das licenças de *códigos-fonte* nos sistemas informáticos abertos é benéfica para a transferência e difusão da tecnologia.

programas informáticos livres (*free-software*).⁴¹ ⁴² Relativamente às normas e obrigações a que as licenças devem estar sujeitas, deve ser feita uma ponderação entre o interesse privado, de cada cidadão, e o interesse público da sociedade, e do próprio Governo, nunca esquecendo que o interesse privado deve sempre ceder face ao interesse público.

V – Conclusões

A adesão da China à OMC fez accionar, contra si, os obstáculos técnicos ao comércio e as restrições relativas às patentes tecnológicas, criados e aperfeiçoados pelas multinacionais dos países desenvolvidos ao longo de vários anos. Perante esta situação, a China tem de produzir um diploma legislativo que lhe permita resolver as questões jurídicas que vão surgindo no decurso da batalha que se está a travar no mundo dos direitos de propriedade intelectual e, principalmente, que lhe permita reagir contra o abuso dos direitos de propriedade intelectual por parte das empresas estrangeiras e das multinacionais, sem violar as normas do Acordo sobre “TRIPS”.

Os obstáculos técnicos ao comércio surgem quando, no âmbito do comércio internacional, um país importador aplica normas de controlo de importação, através de leis, decretos-leis ou regulamentos administrativos, cria normas tecnológicas, regimes de certificação e regimes de inspecção, com o objectivo de obrigar os produtos a importarem a obedecerem a normas tecnológicas, de inspecção sanitária, de acondicionamento e de rotulagem extremamente rigorosas, de forma a aumentar as exigências técnicas e a dificultar a importação, com o fim último de a impedir, através da aplicação de uma barreira de natureza não fiscal. Esta é, pois, a forma mais eficaz que o país importador possui para restringir ou impedir as importações.

As restrições ao comércio relativas às patentes tecnológicas,

⁴¹ Os programas informáticos livres não são totalmente idênticos aos sistemas informáticos abertos com *códigos-fonte*. O primeiro é visto na perspectiva dos direitos cedidos e o segundo na perspectiva da tecnologia, residindo a grande diferença no maior ou menor rigor dos direitos e das obrigações contidos na licença. O primeiro é mais rigoroso e o segundo menos.

⁴² Em sessão camarária realizada em 28-5-2003, em Munique – Alemanha, foi decidido adjudicar à *Linux* a remodelação dos computadores pessoais, pelo preço global de 37 570 USD. A esse concurso também se candidatou a *Microsoft* que, para obter a adjudicação, baixou o preço para 23 700 USD. Esta actuação foi considerada uma vitória dos sistemas informáticos abertos com *códigos-fonte*.

criadas ultimamente pelas empresas estrangeiras e pelas multinacionais através do recurso às normas relativas às patentes e às tecnologias, não abrangem só as normas e os processos privados que surgiram contra as transacções comerciais de bens corpóreos, mas também as restrições ilegítimas constituídas contra os direitos de propriedade intelectual sobre bens incorpóreos. Por outro lado, estas restrições relativas às patentes tecnológicas não se limitam apenas ao mercado do país onde esses regimes ou processos foram implementados, mas estendem-se também aos mercados internacionais e aos mercados de outros países que essas grandes empresas estrangeiras pretendam controlar. As restrições ao comércio que surjam neste cenário dificilmente podem estar sujeitas ao Acordo sobre os Obstáculos Técnicos ao Comércio celebrado no âmbito da OMC. Especialmente no mundo de hoje, em que as principais empresas internacionais se associam para criarem *normas de facto* e em que a tendência é o reforço da protecção dos direitos de propriedade intelectual, a China, como país em desenvolvimento, deve recorrer aos princípios e às normas da OMC para encontrar soluções, baseadas nos princípios da justiça, da isenção e da imparcialidade, que lhe permitam controlar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por parte das empresas estrangeiras e multinacionais, de forma a manter a ordem natural do comércio, tanto no mercado interno como no mercado externo.

Como a lei *antitrust* ainda se encontra em fase de elaboração, espera-se que o Conselho de Estado defina em regulamento administrativo normas de aplicação provisória, que permitam restringir o abuso dos direitos de propriedade intelectual, e que o órgão a quem compete a aplicação dos direitos de propriedade intelectual defina os procedimentos de controlo ou crie um guia processual sobre o abuso dos direitos de propriedade intelectual, onde se clarifiquem as relações entre a protecção dos direitos de propriedade intelectual e o *antitrust*, se estabeleça o equilíbrio entre os interesses das partes envolvidas no comércio dos direitos de propriedade intelectual, se definam as normas sobre o exercício dos direitos, de forma a manter a livre concorrência, em defesa dos interesses globais da sociedade. Além disso, tomando como referência a prática da União Europeia, deve classificar os actos constitutivos de abusos em listas brancas, cinzentas e negras.

A restrição ao abuso dos direitos de propriedade intelectual

por parte da China não se deve limitar apenas à importação das normas e medidas em vigor na Europa, nos Estados Unidos da América e no Japão, mas ter também em atenção a conjuntura económica da China. Esta deve preocupar-se em produzir uma lei que antevêja problemas futuros e que defina objectivos claros. O comércio internacional está em desenvolvimento, o que obriga a que as normas da OMC também tenham que acompanhar esse desenvolvimento. O processo judicial contra o monopólio da *Microsoft* nos Estados Unidos da América, o processo intentado pela empresa americana *Cisco* contra a empresa chinesa *Huawei*, o caso da restrição à importação de isqueiros produzidos pela empresa chinesa *Wanzhou* pelas empresas da União Europeia, o caso da cobrança de avultadas quantias, pela *Philips* e outras empresas, pela utilização das patentes de *DVD*, e o estabelecimento de zonas, na China, onde é feita uma utilização abusiva das patentes e das novas tecnologias pelas inúmeras empresas estrangeiras e pelas multinacionais, proporcionam todas as condições para que a China possa criar um conjunto inovador de normas de restrição ao abuso dos direitos de propriedade intelectual.

Bibliografia:

[1] Wang Xiaohua: “A adesão à OMC e a produção da lei *antitrust*”, Estudos sobre Direito, 2003 (3), 122-134.

[2] Fu Suyou e Han Pingjie: “A perda da primeira medalha de ouro na investigação científica da pneumonia atípica”, Miradouro, 2003 (25) : 12.

[3] Shen Muzhu: “O acordo TRIPS e a protecção dos direitos de propriedade intelectual na China”, Revista Académica Jianghai, 2001 (3) : 57-61.

[4] Shou Bu: “Abordagem sobre as responsabilidades do utilizador final dos produtos de informática”, Zheng Chengsi, Livros sobre os Direitos de Propriedade Intelectual (3), Beijing, Editora Universidade de Ciências Políticas e Direito da China, 2000, 377-400.

[5] Shen Muzhu: “A OMC e o ordenamento jurídico da China”, Beijing, Editora Direito, 2002, 212-281.

[6] Wang Xinlin: “Abordagem sobre a produção da lei *antitrust* no domínio dos direitos de propriedade intelectual da China”, Estudos sobre a Gestão de Empresas da China, 2001 (4).