

**COMPLEXO DE ENSINO SUPERIOR DE SANTA CATARIANA – CESUSC  
FACULDADE DE CIENCIAS SOCIAIS DE FLORIANOPOLIS – FCFS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**PEDRO ARAUJO MARQUES COELHO**

**ALTERNATIVAS À INEFICÁCIA DA APLICAÇÃO DO REGIME AUTORAL AO  
SOFTWARE**

**FLORIANÓPOLIS  
JUNHO DE 2012**

**Pedro Araujo Marques Coelho**

**Alternativas à Ineficácia da Aplicação do Regime Autoral ao Software**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Orientador: Prof. Msc. Gustavo Testa Corrêa**

**Florianópolis  
Junho de 2012**

Pedro Araujo Marques Coelho

Alternativas à Ineficácia da Aplicação do Regime Autoral ao Software

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sendo submetido à Banca Examinadora e considerado aprovado em \_\_/\_\_/\_\_\_\_.

---

Prof. Msc. Gustavo Testa Corrêa  
Professor Orientador

---

[Nome do membro da Banca com sua titulação]  
Membro da Banca Examinadora

---

[Nome do membro da Banca com sua titulação]  
Membro da Banca Examinadora

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus pais, Lísia e Rodrigo e a meu irmão, Newton, que sempre me apoiaram e motivaram durante esta caminhada.

À minha Avó, Maria Ignez, pelo carinho e dedicação de sempre, sendo muito presente, mesmo morando em outro estado.

Aos meus colegas e amigos, pela rica troca de experiências e pelos momentos de aprendizagem compartilhados durante estes cinco anos de convivência.

Agraço especialmente ao meu orientador, Gustavo Testa Corrêa, pela postura atenciosa e por contribuir de forma intensa, maximizando meu interesse pelo tema alvo desta pesquisa, além dos temas gerais do direito empresarial, ao ministrar aulas com muita dedicação e entusiasmo durante o curso.

## RESUMO

Este estudo tem o objetivo de analisar os aspectos que envolvem a tutela do software pelos institutos da propriedade intelectual. Desenvolve os conceitos e diferenças conceituais entre software e programa de computador, ideias que possuem diferença tênue, muitas vezes ignorada e empregada de forma errada por doutrina e jurisprudência. Expõe os elementos do objeto em estudo que são passíveis de proteção pelo regime do direito autoral, instituto o qual, seu diploma legal rege a proteção jurídica ao software. Apresenta, também, os elementos que são excluídos de tal proteção e propõe uma crítica a respeito da ausência de tutela a muitos destes componentes, que têm enorme relevância às pretensões de amparo desejadas pelos autores. Desenvolve diálogo acerca da insuficiência da proteção autoral frente à nova realidade tecnológica atual e a respeito da incongruência da aplicabilidade do instituto autoral com as reais demandas da atualidade para a proteção ao software, fazendo, muitas vezes, com que os desenvolvedores optem pelo regime da patente em detrimento do regime autoral, nos casos de invenções que envolvam programas de computador. Aventa algumas propostas voltadas à solução do problema da insuficiência da tutela do direito autoral aos softwares, propondo a reflexão a cerca da questão.

**Palavras-chave:** Propriedade Intelectual. Direito Autoral. Software. Evolução Tecnológica. Alternativas à Insuficiência.

## LISTA DE ABREVIATURAS

Art – Artigo

Nº - Número

INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial

Acordo TRIPs – *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*  
ou Acordo sobre Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados ao  
Comércio.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>07</b>
<b>2</b>	<b>PROPRIEDADE INTELECTUAL.....</b>	<b>09</b>
2.1	HISTÓRICO.....	09
2.2	CONCEITO.....	10
2.3	DIVISÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	11
<b>2.3.1</b>	<b>Propriedade Industrial.....</b>	<b>11</b>
2.3.1.1	Natureza Jurídica.....	12
2.3.1.2	Invenção e Modelo de Utilidade.....	12
2.3.1.3	Marcas.....	17
<b>2.3.2</b>	<b>Direito Autoral.....</b>	<b>19</b>
2.3.2.1	Natureza Jurídica.....	21
2.3.2.2	Direito Autoral e Copyright: Diferenças na Tutela Jurídica.....	22
<b>3</b>	<b>PROTEÇÃO JURÍDICA DO SOFTWARE.....</b>	<b>23</b>
3.1	CONCEITOS DE SOFTWARE E PROGRAMA DE COMPUTADOR.....	23
3.2	TIPOS DE SOFTWARE.....	26
<b>3.2.1</b>	<b>De Acordo com a Finalidade.....</b>	<b>26</b>
<b>3.2.2</b>	<b>De Acordo com a Disponibilização.....</b>	<b>27</b>
3.3	LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.....	28
3.4	PROTEÇÃO JURÍDICA APLICÁVEL AO SOFTWARE.....	29
<b>3.4.1</b>	<b>Proteção Concedida Pelo Direito Autoral.....</b>	<b>29</b>
3.4.1.1	Proteção ao Programa de Computador em si.....	29
3.4.1.1.1	<i>Proteção aos Elementos Literais.....</i>	<i>31</i>
3.4.1.1.2	<i>Proteção aos Elementos Não Literais.....</i>	<i>32</i>
3.4.1.2	Proteção à Documentação do Software.....	34
3.4.1.3	Prazo de Proteção do Software.....	36
3.4.1.4	Limites dessa Proteção.....	36
3.4.1.4.1	<i>Processos, Métodos e Sistemas.....</i>	<i>37</i>
3.4.1.4.2	<i>Funcionalidade.....</i>	<i>38</i>
<b>3.4.2</b>	<b>Proteção Pelo Regime Patentário.....</b>	<b>39</b>
<b>4</b>	<b>ALTERNATIVAS À INSUFICIÊNCIA DA TUTELA AUTORAL A PROGRAMAS DE COMPUTADOR.....</b>	<b>40</b>
4.1	A INSUFICIÊNCIA E PROBLEMAS DA APLICAÇÃO DO REGIME AUTORAL A PROGRAMAS DE COMPUTADOR.....	40
<b>4.1.1</b>	<b>Necessidades que Urgem Perante a Evolução Tecnológica.....</b>	<b>45</b>
4.1.1.1	Adequação do Prazo de Proteção do Software à Realidade Tecnológica Atual.....	46
4.2	ALTERNATIVAS À INSUFICIÊNCIA AUTORAL.....	48
<b>4.2.1</b>	<b>Adequação do Direito Autoral às Novas Tecnologias.....</b>	<b>48</b>
<b>4.2.2</b>	<b>Aplicação de um Regime “sui generis”.....</b>	<b>50</b>
<b>4.2.3</b>	<b>Coexistência de Direitos.....</b>	<b>52</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>54</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>56</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O mundo vive um intenso e constante desenvolvimento tecnológico, o setor da ciência e tecnologia movimenta grande quantidade de capital nos cenários nacional e global, muito se investe em soluções inovadoras através de invenções, modelos de utilidade e diversas tecnologias que, atualmente, progressivamente vêm surgindo em velocidade exponencial. Empresas e desenvolvedores autônomos, criadores destas tecnologias, buscam resguardar os direitos relativos a estas criações, e é nesse contexto que a propriedade intelectual tem lugar, buscando a salvaguarda dessas produções intelectuais e industriais.

Objeto de discussão central desse trabalho, o Software, está inserido neste enredo de expansão tecnológica e suas disposições gerais de tutela jurídica estão presentes na lei de direitos autorais (Lei 9.610, de 1998), recebendo ainda proteção jurídica por legislação específica, conhecida como lei do software (Lei 9.609, de 1998). A proteção jurídica concedida pelo direito autoral ao software é a mesma concedida às obras artísticas e literárias, o que em primeiro plano já gera certa estranheza, pois são dois objetos que não têm uma relação tão íntima e pertencem a planos distintos, com o software se aproximando muito mais do mundo da tecnologia do que propriamente do mundo das artes, apesar de provir do intelecto humano.

Dois objetos tão distintos recebem proteção idêntica, isto já suscita a primeira incerteza quanto à eficácia da aplicabilidade do instituto autoral ao software. A tutela concedida pelo direito autoral aos softwares e às obras artísticas e literárias alcança a forma de expressão da criação. Nesse sentido, com relação a estes, o efeito desejado é alcançado, protege-se, por exemplo, um livro de ser copiado ou reproduzido indevidamente, sem autorização. Já com relação àqueles, a proteção da mera expressão literal revela a fragilidade e a insuficiência do instituto para tutelar um objeto complexo, que vai muito além da mera forma de expressão.

Ao produzir-se um software, como na maioria das criações industriais, o objetivo do autor/criador é obter a proteção jurídica relativa aos elementos economicamente mais importantes daquela obra, ou seja, as soluções tecnológicas inovadoras, que determinam o grau de eficiência e qualidade do produto que é comercializado. Ao tutelar a forma de expressão do programa, tal proteção se reduz a apenas uma boa forma de repressão à pirataria, mas deixa elementos essenciais



desta criação sem amparo jurídico adequado, como a funcionalidade e o método de operação, partes integrantes do conteúdo do programa, merecedoras de uma proteção jurídica eficaz.

Na parte inicial desse trabalho, buscar-se-á transmitir os conceitos de propriedade intelectual, analisar seus institutos (propriedade industrial e direito autoral), esta será a abordagem constante no primeiro capítulo.

Já no segundo capítulo, ocorrerá uma abordagem mais específica a respeito do software, suas formas de proteção sob a tutela de institutos da propriedade intelectual, como o direito autoral e aspectos relacionados à patente de tecnologias ligadas ao programa de computador, serão tratados também os limites da proteção autoral, em outras palavras, o que não é englobado por ela.

No terceiro e derradeiro capítulo, será realizada uma reflexão a respeito da insuficiência autoral para tutelar o programa de computador, ação que consiste no objetivo geral da pesquisa. Serão também tratadas alternativas à insuficiência do instituto autoral para conceder tutela jurídica ao software, visando um olhar crítico sobre o problema e na busca da discussão a respeito de possíveis soluções para sanar as defasagens. Esta análise consiste no objetivo específico desta pesquisa.

A importância dessa pesquisa reside na crítica ao atual regime de proteção do software, que deixa a desejar em matéria de efetividade e satisfação das pretensões almejadas pelos autores de tal criação. Tem seu valor, ainda, na construção de propostas para buscar sanar tais limitações na proteção ao programa de computador.

Esta é uma pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo, seu método de procedimento é reflexivo-dedutivo, pois parte do geral ao particular chegando a reflexões sobre o tema, abrindo campos férteis para novas conclusões a partir da observação e análise dos referenciais teóricos.

## 2 PROPRIEDADE INTELECTUAL

### 2.1 HISTÓRICO

Ao longo do tempo, o que se pôde verificar, foi a ocorrência de uma vinculação dos modos de aquisição da propriedade com o sistema econômico vigente.

Segundo Cabral (1998, p.27-28) nas sociedades antigas, como Roma, por exemplo, havia um conceito distinto do que se tem hoje de apropriação originária dos bens, justamente pelo sistema ter sido outro, a escravidão. Qualquer trabalho do escravo artesão, por mais genial que pudesse ser, pertencia ao seu senhor. Situação semelhante pôde ser verificada no Renascimento, onde a obra era feita sobre encomenda pela elite dominante e dependendo do valor investido (o chamado patrocínio) havia um desenvolvimento criador maior ou menor.

O que se evidencia é que toda a personalidade empregada pelo autor na elaboração de sua obra era fator irrelevante nessas épocas, pois o criador não tiraria grandes benefícios disso, no máximo dependia de um contentamento do destinatário da criação, para por ventura receber alguma gratificação maior por uma eventual criatividade ou outro elemento na mesma, que constatados pelo comprador, o agradasse.

Com relação ao que foi relatado, Cabral (1998, p. 28) explica que: “Roma desconhecia qualquer tipo de propriedade intelectual. Não era da essência econômica do sistema e, conseqüentemente não entrava no seu ordenamento jurídico [...]”.

Através de avanço industrial, este paradigma foi revertido mais tarde. A partir do desenvolvimento da imprensa, como relatado por Cabral (2008, p. 29), foi criada uma nova relação entre o autor, a obra, o público e o poder. O privilégio real (licença concedida para a impressão de livros) perdeu eficácia com o advento do estatuto da rainha da Inglaterra, de Abril de 1710, que foi o ato que consagrou o surgimento do conceito de direito do autor.

O pensamento criador passou a ter maior relevância, principalmente na medida em que proporcionava lucros e gerava negócios, isso fez com que a discussão sobre sua propriedade tomasse força no meio jurídico. Atualmente, a

produção intelectual é considerada um bem de seu autor e são configurados os elementos de sua posse sobre a mesma.

A convenção de Berna de 1886, importante marco histórico dos direitos do autor, estabeleceu em âmbito internacional os elementos do direito autoral, o qual foi subdividido em duas ramificações, direito patrimonial e direito moral (os quais serão vistos adiante). A partir daí começou-se a proteger os direitos autorais de obras estrangeiras entre os países signatários da convenção.

Segundo Cabral (1998, p. 34), no Brasil, o entendimento que se estabeleceu com relação aos direitos autorais é que a criação é uma propriedade, facultado ao seu titular dispor sobre o seu bem, observando-se os limites razoáveis em defesa do interesse coletivo.

A primeira vez em que se estabeleceu uma norma de proteção ao direito autoral, não apenas no Brasil, mas em âmbito continental, foi através do Código Criminal do Império, em 1830. Assinalado este marco inicial, a matéria foi regida, segundo Proner (2007, p. 132), pelo Código Civil entre 1917 e 1973. Em seguida, com o advento da Lei nº 5.988, ocorreu uma mudança, tal diploma legal instituiu o Conselho Nacional de Direitos Autorais e o Escritório Central de Arrecadação de Direitos Autorais. Até que, finalmente, foi promulgada em 1998, pelo então presidente da república, Fernando Henrique Cardoso, a Lei 9.610, a lei de direitos autorais, proporcionando tratamento especial à matéria e deixando o Código Civil como lei genérica de direito privado.

Já a propriedade industrial (assim como o direito do autor, é uma subdivisão da propriedade intelectual), teve seu surgimento no Brasil graças ao príncipe regente D. João VI, através do alvará de 28 de Abril de 1809.

Com relação especificamente à propriedade industrial, suas normas ao longo do tempo tiveram vinculação direta ao quadro mundial dos países perante o capitalismo, com as leis internacionais sempre pendendo para o lado da balança dos países economicamente mais fortes, já que a expressiva força econômica que este direito passou a ter, mundialmente, gerou grande interesse em se beneficiar dele.

## 2.2 CONCEITO

Pode-se compreender propriedade intelectual conforme o Decreto número 75.541/1975, artigo 2º, como o conjunto de princípios e regras que dispõe sobre

algumas características (a aquisição, o uso, o exercício e a perda de direitos) inerentes às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações e execuções (da obra) pelos artistas, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, artístico e literário.

A Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, caput e inciso XXVII, garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, entre outras prerrogativas, a inviolabilidade do direito à propriedade intelectual, sendo que, em relação às propriedades decorrentes de criação, aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros, pelo tempo que a lei fixar.

Na propriedade intelectual há a observância com relação aos elementos diferenciadores, que são aqueles que irão distinguir os objetos entre os concorrentes. Sobre isso, Pimentel (2008, p. 14) afirma que entre tais elementos incluem-se a novidade, que é o fato diferenciador quanto ao tempo, a originalidade, referente ao autor e a distinguibilidade, que diferencia quanto ao objeto.

A propriedade intelectual contempla direitos exclusivos inerentes ao dono da criação, como observa-se a seguir:

A propriedade intelectual abrange o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor do objeto protegido. Utilizar significa o uso pelo próprio dono; fruir é tirar proveito, colher os frutos do uso feito por terceiros, como é o caso da licença; dispor é passar adiante, desfazer-se, ceder.  
(PIMENTEL, 2008, p. 14)

A propriedade intelectual concede, desta forma, três direitos exclusivos ao criador, o de utilizar, fruir e dispor da criação alvo de proteção pelos institutos da propriedade intelectual.

## 2.3 DIVISÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

### 2.3.1 Propriedade Industrial

A legitimação à proteção da propriedade industrial decorre do artigo 5º, XXIX, da Constituição Federal. Tal dispositivo afirma que:

A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. (BRASIL, 1988).

A lei brasileira específica que rege tal proteção é a Lei 9.279/1996, a lei anterior a esta, que regulou a mesma matéria, foi a Lei 5.772/1971.

As formas que se pode proceder a esta proteção são: Através de registro e da patente. Uma vez protegido, seu titular terá o direito exclusivo de exploração econômica sobre o objeto, podendo a exploração do bem ser estendida a terceiros através de autorização ou licença do titular do bem.

As atividades essenciais de regulação da propriedade industrial são realizadas por um órgão denominado INPI, tais atividades consistem em:

A concessão, proteção e fiscalização da propriedade industrial são realizados pelo INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial). O INPI é uma autarquia federal vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, e deve ser demandado na Justiça Federal, na seção judiciária do Rio de Janeiro, de acordo com orientação jurisprudencial do STJ. (SANTOS, E.T.V, 2009, p. 27)

São passíveis de proteção pela patente, a invenção e o modelo de utilidade, e por registro, a marca, o desenho industrial e a indicação geografia. A maioria destes bens, tutelados pela propriedade industrial, serão objeto de análise individual nos tópicos a seguir.

#### 2.3.1.1 Natureza Jurídica

Segundo Negrão (2005, p. 109), a natureza jurídica da propriedade industrial é alvo de constante discussão por parte da doutrina, há correntes que afirmam tais direitos serem de cunho pessoal, outras dizem tratar-se de bem imaterial, de caráter patrimonial e há ainda as que defendem um caráter dualista (pessoal-patrimonial). No Brasil é aceito o tratamento por propriedade imaterial, incorpórea. Para efeitos legais, o art. 5º da lei 9.279/96, considera os direitos de

propriedade industrial como bens móveis, o que é compatível com a natureza de bem incorpóreo.

### 2.3.1.2 Invenção e Modelo de Utilidade

A invenção é uma criação original e nova, que preencha todos os requisitos presentes na Lei 9.279/96, em seu artigo 8º. Tal dispositivo dispõe que:

“É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.”

A partir deste texto legal ficam explicitados os três requisitos para a possibilidade da obtenção da patente de invenção, quais sejam: Novidade; Atividade Inventiva e Aplicação Industrial. Novidade significa que, regra geral, o invento deve ser totalmente novo, não devendo estar compreendido no estado da técnica, ou seja, não tenha se tornado acessível ao público antes da data de depósito da patente, inclusive no exterior (será visto ainda neste tópico situações de isenção deste estado de técnica). Atividade inventiva relaciona-se à impossibilidade de ocorrer justaposição de coisas já existentes, caso ocorresse não se preencheria este requisito.

Aplicação industrial é referente à utilidade prática do invento e sua produção e utilização em qualquer tipo de indústria.

O prazo de proteção da patente de invenção é de 20 anos, contados da data de depósito, conforme o caput do artigo 40 da lei 9.279/96, ou de dez anos a partir da concessão da patente pelo INPI, como afirma o parágrafo único do mesmo dispositivo.

Entende-se por modelo de utilidade, uma melhoria substancial a uma invenção já existente. Nesse sentido, tal objeto corresponde a “Uma nova forma dada a produto conhecido, da qual resulta uma melhor utilização, mais eficiente ou cômoda em razão da nova figuração obtida [...]” (MARTINS, 2008, p. 437).

Os requisitos listados anteriormente para a patente de invenção também são válidos para os modelos de utilidades, devendo estes serem preenchidos para configurarem a patente de modelo de utilidade.

O prazo de proteção, de acordo com o artigo 40 da lei de propriedade industrial, da patente de modelo de utilidade, será de 15 anos, contados da data do

depósito, ou no mínimo 7 anos a partir da data da concessão, segundo o parágrafo único do mesmo dispositivo legal.

Ocorre a exclusão da compreensão no estado da técnica quando a demonstração/exibição da invenção ou modelo de utilidade for promovida nos 12 (doze) meses precedentes ao depósito ou garantia de prioridade (prioridade atribuída a depósitos realizados em países que mantenham acordo com o Brasil ou em organização internacional e que produzam efeito de depósito nacional) e sendo tal divulgação realizada nas 03 (três) hipóteses enumeradas nos incisos do artigo 12 da lei n. 9.279, de 1996:

Quando o próprio inventor a promover; Quando a divulgação por feita pelo INPI, sem o consentimento do inventor; E por terceiros, com base em informações obtidas direta ou indiretamente do inventor ou em decorrência de atos por este praticados.

A patente de invenção ou modelo de utilidade poderá ser cedida a outrem, assim como o pedido de patente. Ambos são direitos imateriais, portanto passíveis de cessão por ato *inter vivos* ou sucessão. Desta forma, entende-se que:

A propriedade do privilégio é transferível, por ato *inter vivos* ou em virtude de sucessão, devendo ser averbada no INPI para que produza efeitos legais *ergas omnes*. Por se configurarem direitos imateriais, podem ser objeto de cessão tanto o pedido de patente, isto é, o depósito realizado pelo titular, mas ainda não concedido, ou o próprio documento de concessão, a patente. (NEGRÃO, 2005, p. 122).

Há ainda a possibilidade de licença do pedido de patente ou da própria patente de invenção, para que terceiro a explore. Há dois tipos de licença, a voluntária e a compulsória. Na licença voluntária, a autorização para exploração da patente é formalizada mediante um contrato denominado contrato de licença para exploração, que definirá o prazo e valores. A lei 9.279, de 1996, prevê e regula uma situação relevante sobre esta licença em seu artigo 63, referente a aperfeiçoamento realizado no curso da licença, caso em que tal pertencerá a quem o fizer, podendo-se efetuar o depósito junto ao INPI, e à outra parte cabe o direito de preferência sobre este novo elemento (pode ser uma invenção ou modelo de utilidade), ressaltando-se que o aperfeiçoamento referido pode ser realizado tanto pelo licenciado como pelo licenciante.

Outra previsão existente no ordenamento jurídico é a de licença compulsória, que consiste em o titular de uma patente a ter licenciada compulsoriamente. Isto ocorrerá nas seguintes hipóteses:

Segundo Negrão (2005, p. 124-126), a licença compulsória é aplicada em cinco situações. A primeira delas é referente à ocorrência de um abuso dos direitos decorrentes da patente ou de abuso de poder econômico por meio dela, comprovado pela lei, por decisão administrativa ou judicial. Uma situação prática que ilustra esta situação é o abuso mediante propaganda enganosa. Já a segunda hipótese é relativa à inércia do titular em fazer uso da patente, se configura quando a exploração não ocorre no território brasileiro por ausência de fabricação ou fabricação incompleta do produto e ainda pela falta do uso integral do processo patenteado, com a ressalva para os casos de inviabilidade econômica. A terceira possibilidade se caracteriza quando a comercialização não satisfaz as necessidades do mercado. Há ainda a quarta hipótese, configurada em havendo dependência de uma patente em relação à outra, o objeto da patente dependente (sua utilização depende do objeto da patente anterior) constituir substancial progresso técnico em relação a patente anterior e não houver acordo entre o titular e o detentor da patente anterior. Ressaltando-se que em caso de co-dependência, ambos os titulares terão direito ao licenciamento compulsório da patente do outro, esta é a chamada patente compulsória cruzada. O quinto e último caso é relativo às situações de emergência nacional ou interesse público, declaradas pelo Poder Executivo Federal, nas quais a licença compulsória será concedida de ofício, temporariamente, sem exclusividade, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do titular da mesma.

No artigo 10 da lei de propriedade industrial, há um rol de exceções concernentes à invenção e ao modelo de utilidade, conforme pode ser observado abaixo:

Não se considera invenção nem modelo de utilidade:

- I - descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos;
- II - concepções puramente abstratas;
- III - esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização;
- IV - as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética;
- V - programas de computador em si;
- VI - apresentação de informações;
- VII - regras de jogo;



VIII - técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e

IX - o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais. (BRASIL. Lei nº 9.279, de 1996)

Apesar da vedação à patente do programa de computador em si, expressa no inciso V do dispositivo legal acima, são patenteáveis objetos (equipamentos, sistemas, processos, por exemplo) que envolvam programa de computador, ou seja, o conjunto é patenteável, quando a essência do objeto da patente não for o programa. Esta questão será abordada com maior profundidade no próximo capítulo deste trabalho.

A propriedade da invenção e do modelo de utilidade elaborados por empregado ou prestador de serviços estará sujeita à regulamentação da lei 9.279, pelo disposto entre os seus artigos 88 e 93.

Há 03 (três) casos descritos pela legislação, a primeira delas se refere à situação de propriedade exclusiva do empregador, que se configura quando a criação ocorrer na vigência do contrato de trabalho que tenha por objeto a pesquisa ou atividade inventiva, ou decorra da natureza dos serviços que o empregado foi contratado para realizar, podendo ser convencionada participação nos ganhos econômicos que resultarem da exploração da patente. O segundo caso, relacionado à propriedade exclusiva do empregado, ocorre quando a invenção ou modelo de utilidade forem produzidos em oportunidade em que não haja vínculo da criação com o contrato de trabalho e também não decorra de utilização de quaisquer recursos, materiais, dados ou equipamentos pertencentes ao empregador. A terceira situação, relacionada à propriedade comum (tanto do empregado e do empregador), é observada quando a criação resultar de contribuição pessoal do empregado e de recursos do empregador, a licença de exploração é direito exclusivo do empregador, ficando assegurada justa remuneração ao empregado, como bem explica Martins (2008, p. 435-436):

Quando a invenção resultar da contribuição pessoal do empregado e do uso de recursos disponibilizados pelo empregador, a propriedade será comum, salvo disposição contratual em contrário (art. 91), garantindo-se ao empregador o direito exclusivo à licença de exploração (§ 2º). Caberá ao empregador iniciar a exploração da patente no prazo de 1 ano, sob pena de a titularidade tornar-se exclusiva do empregado, ressalvando o § 3º, do art. 91 da lei de

propriedade industrial as hipóteses de ausência de exploração por razões legítimas.

A extinção da patente segundo Ulhoa Coelho (2010, p. 88) se dá pelo término do prazo de duração da mesma, pela caducidade, que ocorre quando no prazo de dois anos após a concessão de licença compulsória, o titular da patente não tiver sanado o vício (abuso ou desuso), pela renúncia do titular, pelo não pagamento da anuidade ao INPI e pela falta de representante no Brasil, quando o titular for domiciliado no estrangeiro.

Há ainda a hipótese de nulidade, que, segundo Martins (2008, p. 436), será considerada quando a patente for concedida em desacordo com as normas da lei 9.279. Essa nulidade poderá ser reconhecida judicialmente ou administrativamente.

### 2.3.1.3 Marcas

A marca, de uma forma geral, pode ser definida como um sinal visualmente distintivo de produtos e serviços. Esta definição pode ser abstraída do artigo 122 da lei de propriedade industrial, que dá uma definição genérica de marca. Já no artigo seguinte (incisos do artigo 123) há uma classificação mais específica, definindo diferentes tipos de marcas, que englobam conceitos distintos. Deste modo, o conceito de marca subdivide-se em 3 categorias:

**Marca de Produto ou Serviço:** Utilizada como sinal distintivo de produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa, que esteja presente no mercado.

**Marca Coletiva:** Empregada para a identificação de produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade.

**Marca de Certificação:** Sua funcionalidade consiste em atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, referentes à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia aplicada.

Além da classificação dos tipos de marca visto no parágrafo acima, pode-se classificá-la quanto ao conhecimento público que existe sobre ela, de acordo com os artigos 125 e 126 da Lei 9.279 de 1996, este gênero pode ser subdividido em duas espécies:

Marca de Alto Renome: De acordo com Negrão (2005, p. 147), para a marca obter esta nomenclatura, deve-se ter um amplo conhecimento sobre ela no Brasil, em toda a extensão territorial (que é o limite desta proteção), a proteção especial se estenderá a todos os ramos de atividade e é indispensável o registro no INPI.

Marca Notoriamente Conhecida: Ainda segundo Negrão (2005, p. 147), esta marca será aquela amplamente conhecida no ramo de sua atividade (âmbito de sua proteção) e será objeto de proteção no Brasil (em seu ramo) e nos países signatários da União de Paris, ficando dispensado seu registro no Brasil.

A extensão de aplicação dessas marcas será no tocante aos produtos idênticos ou similares.

Para a concessão de uma marca, há requisitos gerais, cujo preenchimento, regra geral, é necessário a toda marca, e requisitos específicos para certos tipos de marcas. São requisitos gerais:

Novidade relativa, que significa que a marca deve ser nova em determinado ramo ou classe (princípio da especificidade). O objetivo principal é impedir a confusão entre os consumidores de um determinado produto ou serviço;  
Não colidência com marca notoriamente conhecida;  
Não impedimento. (SANTOS, E.T.V, 2009, p. 30)

Como exceção à regra geral da novidade relativa, tem-se a marca de alto renome, que deve ser nova em todos os ramos/classes de atividade, pois sua proteção é extensiva a todos eles. Todavia, também há julgados no sentido de que a novidade não precisa atingir todas as classes. Esta questão é polêmica.

Com relação aos impedimentos mencionados entre os requisitos gerais para o registro da marca, podem ser observados no rol elencado pelo artigo 124 da Lei de propriedade industrial.

Os requisitos específicos podem ser retirados dos artigos 147 e 148 da Lei 9.279 de 1996 e são relacionados à marca coletiva e à marca de certificação:

Art. 147. O pedido de registro de marca coletiva conterá regulamento de utilização, dispondo sobre condições e proibições de uso da marca.

Art. 148. O pedido de registro da marca de certificação conterá:  
I - as características do produto ou serviço objeto de certificação; e  
II - as medidas de controle que serão adotadas pelo titular.  
(BRASIL. Lei nº 9.279, de 1996).

A documentação prevista nos artigos e incisos supra se não vierem acompanhados com o pedido, devem ser protocolizados no prazo de 60 dias do depósito, sob pena de arquivamento definitivo do pedido.

Os direitos do titular da marca estão previstos no artigo 130 da Lei de propriedade industrial, que assim dispõe:

Art. 130. Ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de:

I - ceder seu registro ou pedido de registro;

II - licenciar seu uso;

III - zelar pela sua integridade material ou reputação.

O prazo de proteção do registro da marca é válido por 10 anos, contados a partir da data da concessão, renovável pelo mesmo período, sucessivamente, de acordo com o artigo 133 da Lei 9279.

A marca poderá ser considerada nula, se não estiver de acordo com os preceitos da lei. Tal nulidade poderá ser total, ou parcial se o vício existir apenas em parte da marca. O processo de nulidade poderá ser instaurado em até 180 dias contados da data de expedição do certificado de registro. Declarada a nulidade, ela produzirá efeitos a partir da data do depósito do requerimento de registro da marca (efeito *ex tunc*).

O ordenamento jurídico prevê, ainda, a possibilidade de extinção do registro de marca. A marca pode ser extinta nas seguintes hipóteses:

Extingue-se o registro de marcas, nos termos do art. 142, pela expiração do prazo de vigência, pela renúncia total ou parcial, pela caducidade ou pela ausência de procurador devidamente constituído no Brasil. A caducidade ocorre nas hipóteses de o titular não iniciar o uso da marca no prazo de 5 anos, contados da data da concessão, de o uso da marca ter sido interrompido por mais de 5 anos consecutivos ou se, no mesmo prazo, a marca não tiver sido usada com modificação que implique alteração de seu caráter distintivo original, salvo razões legítimas apresentadas pelo titular.  
(MARTINS, 2008, p. 444-445)

Logo, a extinção da marca ocorre nas situações previstas pelo artigo 142 da lei 9.279 de 1996, quais sejam, a extinção do prazo legal de vigência, renúncia (total ou parcial), caducidade ou ausência de procurador constituído no Brasil, em caso de pessoa domiciliada no exterior, conforme reza o art. 217 do mesmo diploma legal.

### 2.3.2 Direito Autoral

O direito autoral abarca direitos relativos à propriedade literária, artística e científica, sua legitimação é decorrente de dispositivo legal da Constituição Federal Brasileira, que assegura os direitos do autor sobre sua obra, este dispositivo é o artigo 5º, inciso XXVII, que dispõe:

“aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.”

A legislação específica brasileira que rege os direitos autorais é a lei 9.610, de 1998, que substituiu o diploma legal anterior, que regulava o mesmo objeto, a lei 5.988, de 1973.

A legislação nacional sobre os direitos autorais se apoia em convenção internacional, com a intenção de se atualizar e buscar sempre a proteção mais ampla possível a estes direitos. Importante convenção que tem servido de parâmetro para o Brasil é a convenção de Berna, a respeito disso expõe-se que:

“A convenção de Berna, pela sua amplitude e constante atualidade, é modelo que tem servido de base para as legislações sobre direitos autorais em vários países do mundo, inclusive no Brasil.” (Cabral, 1999, p. 21).

A partir da convenção de Berna, o direito autoral foi subdividido em dois grupos de direitos, os direitos pessoais (morais) do autor, que são indisponíveis, e os direitos patrimoniais, que são os direitos sobre a exploração das obras. Nesse sentido:

Os direitos morais garantem a intangibilidade da obra, a paternidade e o poder, reservado ao autor, de modificá-la ou mesmo retirá-la de circulação. Já os direitos patrimoniais fecham a questão de maneira direta: cabe ao autor – e exclusivamente a ele – o direito de utilizar e dispor de sua obra como propriedade que lhe pertence, portanto material que pode ser negociado em todos os seus aspectos e variantes. (CABRAL, 1998, p. 39).

No direito autoral, o objeto da proteção deve ser algo concreto, o pensamento do autor deve estar manifestado através de um meio, pois é essencial que se tenha a possibilidade de apropriação do bem, a respeito disso pode-se afirmar que:

Um dos pontos basilares do direito autoral é que ele não existe abstratamente. A lei não protege o pensamento enquanto ele não se manifesta através de um meio que possa ser decodificado e apropriado. No caso, não basta a decodificação inteligível. É

imprescindível a possibilidade de apropriação, ou seja, a existência de algo palpável: a ideia que se fixou numa base determinada. Daí a importância decisiva da reprodução material das cópias. (CABRAL, 1998, p. 49)

Há um rol de obras intelectuais que são objeto de proteção do direito autoral, elencadas nos incisos do artigo 7º da lei 9.610, de 1998. Essas obras podem ser observadas a seguir:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;

III - as obras dramáticas e dramático-musicais;

IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;

V - as composições musicais, tenham ou não letra;

VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;

VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;

IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;

X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;

XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;

XII - os programas de computador;

XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

(BRASIL. Lei nº 9.610, de 1998)

O inciso XII do artigo mencionado acima se refere aos programas de computador. Estas obras são objeto de proteção por lei específica, a lei 9.609, de 1998. A lei de direitos autorais é subsidiária ao disposto na lei específica dos programas de computador. Essa matéria será objeto de abordagem mais aprofundada no próximo capítulo deste trabalho.

O prazo de proteção aos direitos patrimoniais perdura por 70 anos, contados a partir de 1º de Janeiro do ano subsequente ao falecimento do autor, obedecida a ordem sucessória da lei civil, como disposto no artigo 41 da lei 9.610.

### 2.3.2.1 Natureza Jurídica

A natureza jurídica dos direitos autorais não tem conceito pacificado pela doutrina, muitos doutrinadores defendem diversas teses para determinar a essência do direito do autor. Sobre a natureza jurídica dos direitos autorais, tem-se que:

O direito do autor e os direitos industriais limitam o espaço de liberdade social. Só podem assim ser transitórios, para se recair na liberdade com a sua extinção.

O direito de autor pode assim ser nuclearmente caracterizado como um exclusivo temporário de exploração econômica da obra. (ASCENSÃO, 1997, p. 615-616)

Deste modo, a tese predominante é a que caracteriza o direito autoral como sendo um bem móvel e o autor do mesmo seria o titular de um direito exclusivo temporário de exploração sobre ele.

### 2.3.2.2 Direito Autoral e Copyright: Diferenças na Tutela Jurídica

Direito autoral e Copyright são tratados por muitos como expressões com significados idênticos, porém as tutelas desses institutos são distintas, o mesmo pode-se dizer dos direitos, alvo destas tutelas, conforme é esclarecido no que segue:

[...] enquanto o direito autoral confere proteção ao criador da obra, sendo, portanto, um direito estritamente vinculado à personalidade do autor, o copyright se preocupa apenas com a proteção das reproduções da obra, tutelando aqueles que detêm os direitos materiais de reprodução sobre a criação. (ORRICO JÚNIOR, 2004, p. 116).

Esses termos, de acordo com Orrico Júnior (2004, p.115), representam, de um lado, a visão unionista, representada pelos países signatários da Convenção de Berna, relativa ao direito autoral, e do outro, a visão anglo-saxônica (países britânicos) e Norte-Americana (Estados Unidos), referente ao copyright.

### **3 PROTEÇÃO JURÍDICA DO SOFTWARE**

#### **3.1 CONCEITOS DE SOFTWARE E PROGRAMA DE COMPUTADOR**

A discussão preliminar que se faz necessária, como abordagem inicial deste tópico, para que, então, se torne possível entrar no mérito conceitual e terminológico dos institutos em tela, é uma reflexão sobre o tratamento que é dado na prática a estes conceitos.

O que é perceptível é o tratamento de software e programa de computador como sinônimos, na grande maioria das vezes, tanto pela doutrina, jurisprudência, quanto pela própria prática comercial. Há uma confusão entre estes dois termos, levando inclusive a imprecisões nas decisões dos magistrados sobre estas matérias. Sobre isso Santos, M.J.P (2008, p. 3-4), afirma que:

[...] os termos “software”, de que não há tradução na língua portuguesa, e programa de computador (“computer program”) tem sido utilizados de uma maneira geral como sinônimos, seja na doutrina, seja na jurisprudência. O mesmo acontece na prática comercial, onde as produtoras, os intermediários e os usuários referem-se a ambos para designar o conjunto de instruções, contidas em suporte de diferentes tipos, destinadas a fazer o computador executar determinadas funções ou atividades.

É necessário delimitar os conceitos de software e programa de computador com a finalidade de tornar este estudo mais preciso adiante, quando serão tratadas questões como a proteção jurídica de diversos elementos que compõe a definição destes dois institutos, além, é claro, de um melhor entendimento acerca do que está sendo discutido.



Entende-se por programa de computador a expressão de um conjunto de instruções, através de certa linguagem de programação, dirigidas ao computador, buscando-se um funcionamento com modo e fim determinados. Visto essa conceituação genérica, faz-se necessário uma ponderação a respeito do que é linguagem de programação antes de proceder-se a análise de conceitos com mais profundidade, a fim de possibilitar uma melhor compreensão a respeito destes. Segundo Rezende; Abreu (2000, p. 81) linguagens de programação são esquemas de códigos, utilizados através de um conjunto de regras sintáticas e semânticas, que comunicam instruções ao computador para que ele possa executar uma atividade de processamento a fim de atingir um objetivo. De uma forma genérica, é o modo com que o código fonte (noção que será vista adiante) será expresso pelo programador, ou seja, através destas regras, uma linguagem.

O artigo 1º da lei de proteção à propriedade intelectual do programa de computador (Lei 9.609/98) traz o conceito legal do instituto em tela:

Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Observando-se esse conceito definido pela legislação nota-se que o legislador menciona duas formas de linguagem, natural e codificada. O que fica entendido por isso é que estão sendo diferenciados neste dispositivo dois tipos básicos de programa, conforme o código utilizado. Primeiro, o chamado código fonte, mencionado no artigo transcrito no parágrafo anterior como programa em linguagem natural, que é escrito em linguagem de alto nível, compreensível pelo ser humano e só será legível pela máquina quando convertido por compiladores, montadores e interpretadores em código objeto. Esse, o segundo tipo de programa que o artigo supracitado menciona, chamando de linguagem codificada, é o programa escrito em linguagem de máquina. Ressalta-se ainda, que o código objeto, sendo uma forma binária e hexadecimal do código fonte, pode ser compreendido pelos estudiosos da área das ciências da computação, como bem demonstrado a seguir:

O código fonte, sendo composto por um conjunto de símbolos e de regras de semântica e sintaxe, contém uma descrição dos procedimentos lógicos empregados e constitui essencialmente um

instrumento de comunicação da forma e do conteúdo do programa aos técnicos especializados nessa área. É diferente, portanto, do código objeto que, sendo composto por sinais ou sequências de impulsos elétricos dirigidos à máquina, tem uma função meramente operacional. No entanto, o código objeto, sendo uma forma binária e hexadecimal do código fonte, é em tese compreensível também por um programador. (SANTOS, M. J. P, 2008, p. 39-40)

O suporte físico (*hardware*) em que o software ou programa de computador (a distinção desses institutos, por ora, não é determinante) se encontra presente não deve ser confundido com o mesmo, conforme menciona Pimentel (2008, p. 31-32):

Note-se que o Software não se confunde com o respectivo suporte físico (*hardware*), assim como o CD musical não se confunde com a música [...]

As unidades físicas que compõe o computador são denominadas de hardware, a exemplo do disquete, *chip*, teclado, CPU, monitor e demais elementos mecânicos, elétricos ou eletrônicos, e que necessitam de software para ganhar funcionalidade e utilidade.

Grande parte da doutrina adota o entendimento que quando o programa de computador vem acompanhado de sua respectiva documentação é classificado, a partir de então, como software, excluindo dessa definição elementos que geram controvérsia como a base de dados (a lei 9.610/98 em seu artigo 7º, XIII prevê seu conceito autônomo) e a metodologia. A documentação mínima para gerar esta transformação conceitual pode ser o material de concepção preparatória, conforme ressalta Santos, M. J. P (2008, p. 154):

A inclusão da documentação técnica na definição de programa e computador, mesmo que representada apenas pelo material de concepção preparatória, evoca a distinção entre “software” e “programa de computador”, fazendo crer que o alargamento do conceito de programa induz à assimilação dos dois termos.

A documentação do Software compreende a documentação preparatória e a documentação auxiliar. Para Santos, M. J. P (2008, p. 150, 152), a documentação auxiliar abrange a documentação de descrição do programa já desenvolvido e a documentação gerada para a utilização do programa, destinadas ao usuário. Já a documentação preparatória (também chamado de material de concepção) inclui os estudos e trabalhos relacionados ao desenvolvimento do programa. Mais adiante serão analisadas as proteções jurídicas cabíveis para ambas as documentações.

A confusão conceitual entre Software e programa de computador, por sua vez, nunca atingiu a lei brasileira. Os dois termos sempre apareceram bem delimitados e diferenciados, como é visível no disposto a seguir:

Na legislação brasileira, os dois termos sempre apareceram diferenciados. A chamada Lei de informática (Art. 43 da lei nº 7.232/84) já em 1984 tratava “software” como conjunto englobando o programa e a documentação técnica associada, e tanto a Lei nº 7.646/87 quanto a Lei nº 9.609/98 distinguem claramente programa de computador dos demais elementos integrantes do conceito de “software”. (SANTOS, M. J. P, 2008, p. 4).

Todavia, a aplicação destes conceitos pela justiça brasileira nunca foi uma tarefa fácil, já que o tema envolve muitos conceitos técnicos, específicos e que geram controvérsias doutrinárias, dessa forma, tornando muitas vezes o trabalho dos magistrados complicado.

## 3.2 TIPOS DE SOFTWARE

### 3.2.1 De Acordo com a Finalidade

Procede-se neste tópico a um apanhado geral a respeito dos principais tipos de software, segundo a finalidade, função e tipo de recursos que proporcionam ao usuário.

O primeiro tipo de software que será elencado é o Sistema Operacional, também conhecido como software de base, que segundo Pimentel (2008, p. 42), é aquele responsável pelo gerenciamento das atividades do computador como um todo, determinando os recursos que serão utilizados pelo mesmo para realizar as tarefas.

Outro tipo de software essencial é o “software de linguagem”, que é um programa destinado aos programadores, para que estes possam desenvolver programas aplicativos (modalidade que será analisada a seguir). Santos, M. J. P (2008, p. 42) afirma que a função deste software é a tradução de linguagem de programação, que por sua vez também é considerada como um tipo de software. Tal tradução ocorre da linguagem de alto nível para a de máquina e pode ser realizada por cinco tipos de “softwares de linguagem”, que são:

Os montadores (“*assemblers*”), os interpretadores, os compiladores, os editores e os bibliotecários.

O software aplicativo possibilita a realização dos comandos dados pelo usuário para a execução de uma tarefa ou para solucionar um problema. Como explica Santos, M. J. P (2008, p. 42):

“Programas aplicativos destinam-se a ser utilizados pelos usuários e são desenvolvidos para atender a tarefas ou funcionalidades específicas, constituindo, por isso, a grande maioria dos programas comercializados.”.

E há ainda outros tipos, como o software utilitário e o software de comunicação (conhecidos como *browser*), segundo Pimentel (2008, p. 43), o primeiro tem função complementar ao software aplicativo, realizando funções de antivírus, cópia de segurança (*backup*), entre outros, já o segundo permite o acesso a *world wide web* (www), fornecendo a visualização do conteúdo existente na internet aos usuários.

### **3.2.2 De Acordo com a Disponibilização**

Os softwares podem também serem classificados mediante sua disponibilização, alguns dos principais tipos de software de acordo sua disponibilização são:

O software proprietário, também chamado de licenciado, é definido por Barros (2007, p. 455) como sendo aquele que tem suas cópias, modificações e redistribuições controladas pelo titular do direito autoral e o terceiro depende de obtenção de licença, geralmente onerosa, para ter direito de uso e também sobre as propriedades mencionadas anteriormente, as quais o titular controla, além do acesso ao código-fonte.

O software livre apresenta uma maneira diferente de distribuição do programa, na qual o princípio básico gira em torno da liberdade, que segundo Pimentel (2008, p. 49-50), é explícito a partir da máxima de que o usuário ao redistribuir o software não poderá impor nenhuma restrição que impeça terceiros de executarem as liberdades fundamentais do software livre, que são:

A liberdade de execução do programa, com quaisquer propósitos; Liberdade de estudar o funcionamento do programa, adaptando ele às suas necessidades; Liberdade sobre a redistribuição de cópias, colaborando para que outro usuário

possa desenvolver também dado programa e liberdade de aperfeiçoamento do programa, tornando público tal feito, beneficiando assim toda a comunidade.

Já o software *freeware* é aquele que é gratuito, disponibilizado ao público sem qualquer ônus, podendo ser vedada (se ausente a licença) sua comercialização, redistribuição, modificação e utilização dele em outro programa, sobre esta modalidade Pimentel (2008, p. 48) expõe que:

Os softwares denominados de freeware são programas de computador que podem ser utilizados gratuitamente e permanentemente pelo usuário, sem que isso implique qualquer tipo de remuneração ou limitação de uso.

O número de softwares freewares disponíveis no mercado vem aumentando rapidamente, dentre os quais destacam-se:

- i. As versões de jogos;
- ii. Os softwares de automação de escritórios que entraram em obsolescência;
- iii. Os softwares que, após expirado o prazo de proteção de direitos autorais se tornaram de **domínio público**.

Merece maior atenção o terceiro destaque dado pelo autor, relativo ao software de domínio público, que é o programa que, após expirado o prazo de proteção concedido pela lei, ou mesmo se o autor abre mão de seus direitos, se torna um bem comum, podendo ser amplamente explorado. Sobre esse tipo de software, Pimentel (2008, p. 49) comenta que não pode faltar a especificação clara que se trata de software de domínio público, para que assim este poder ser compreendido.

Há ainda o chamado software locado. Trata-se da disponibilização do software, realizada pelo titular dos direitos sobre um programa, a um usuário, através de um contrato de locação do software. Sobre esta modalidade, Pimentel (2008, p. 46) afirma que é atribuída à empresa desenvolvedora do programa a prerrogativa exclusiva de autorizar ou não o aluguel comercial do software, não se exaurindo pela venda, licença ou por qualquer outra forma de transferência da cópia do mesmo.

### 3.3 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

As legislações brasileiras que são aplicáveis à proteção do programa de computador são:

A lei específica de Programa de Computador, nº 9.609/98, que foi promulgada em 19 de fevereiro de 1998, substituindo a Lei 7646/87 e dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual do programa de computador e sua comercialização no Brasil.

A lei de Direitos Autorais, nº 9.610/98, que substituiu a Lei 5.988/73 e foi promulgada em 19 de fevereiro de 1998. Esta lei representa o regime de proteção dos programas de computador, observando-se o tocante à matéria que não for aplicável pela lei 9.609/98.

O Decreto nº 2.556/98, que regulamenta o registro do programa de computador.

Pode, ainda, o programa ser tutelado pela lei de Propriedade Industrial, nº 9.279/96, se preenchidos os requisitos para a sua proteção como invenção ou modelo de utilidade.

### 3.4 PROTEÇÃO JURÍDICA APLICÁVEL AO SOFTWARE

#### 3.4.1 Proteção Concedida Pelo Direito Autoral

##### 3.4.1.1 Proteção ao Programa de Computador em si

O programa de computador é protegido pela lei 9609/98, que é a lei específica de propriedade intelectual do software, observando-se, ainda, as disposições da lei de direitos autorais (lei 9610/98) que lhe forem aplicáveis. Seu regime de proteção jurídica é análogo ao conferido às obras literárias, protegidas pelos direitos do autor, isso trouxe implicações como a proteção ficar restrita à sua literalidade. Sobre estes aspectos, Pimentel (2008, p.33) destaca que:

A partir da Diretiva n º 91/250/CEE da União Européia, o programa de computador passou a receber tutela e proteção jurídica como obra intelectual, de forma análoga à proteção conferida à obra literária [...] O software passou, então, a ser protegido. Mas sua ideia básica não, que poderia inspirar outros programadores e analistas de sistemas a desenvolver em softwares similares.

Ainda, segundo Pimentel (2008, p. 37), a tutela do direito autoral abrange apenas a expressão, materializada no programa de computador, de uma solução e

não a solução em si, ou sua ideia primitiva. Assim, o criador da ideia terá apenas a proteção da expressão da mesma e não exclusividade sobre sua ideia.

O programa deve se revestir de características como, ser criativo e único, enquadrando-se desta forma no conceito de obra de arte. Como afirma Cabral (1998, p. 50):

O direito autoral protege unicamente a obra de engenho e criação. Uma notícia de jornal, uma informação de interesse geral ou serviço público, nada disso se enquadra no conceito de obra de arte. Para chegar a tanto ela deve ser criativa e única.

O direito autoral protege a expressão do programa, através de uma linguagem de programação e não o algoritmo propriamente dito. Linguagem de programação é um tipo de código que proporciona instruções que a máquina deve seguir para processar e executá-las. Algoritmos podem ser brevemente descritos como um conjunto de instruções lógicas destinadas a uma solução de um problema, esse algoritmo só será compreendido pelo computador quando escrito em uma linguagem de programação. Neste sentido Pimentel (2008, p. 34) afirma que esta proteção não envolve:

[...] o algoritmo em si, ou seja, a proteção do direito autoral se dará sobre o texto escrito (linguagem), e não sobre as letras (algoritmos). O software consiste numa determinada linguagem de programação para que o hardware entenda e ganhe funcionalidade.

Convencionou-se compreender o programa de computador mediante notação, representação, ou seja, linguagem, sendo, desta forma, possível seu enquadramento na classe das obras intelectuais de expressão linguística, forte nisso, depreende-se que os resultados produzidos pelo programa não restaram incluídos na tutela conferida pelo direito autoral, como bem observa Pimentel (2008, p. 36):

Foi entendendo o software como linguagem que se deu o enquadramento jurídico ao programa de computador, incluindo-o entre as obras intelectuais de expressão linguística [...] O enquadramento do software sob a proteção do Direito Autoral tutelar o programa de computador por ter expressão mediante notação, isto é, linguagem, e não os resultados que possa produzir.

Vale pontuar ainda que a conversão de linguagem de software em outra, ainda sim gera ofensa ao direito autoral, já que se trataria de uma versão do programa, que sem a prévia autorização do seu titular constituiria violação ao direito autoral. Nesse contexto, Pimentel (2008, p. 36) faz uma analogia entre esse caso de

conversão da linguagem de um programa com a tradução de um livro, situação esta que somente será permitida com a expressa autorização do titular da obra, seja o próprio autor ou a editora.

Como já dito anteriormente, a ideia do programa não pode ser apropriada como exclusividade do autor, este conhecimento proporcionado pela ideia poderá ser usado por outros desenvolvedores, através de programas similares com funções similares, ou através de soluções diferentes com a mesma finalidade, possibilitando assim o avanço tecnológico.

Pelos artigos 28 e 29 da lei 9.610/98 fica expresso que pertencem ao autor do programa de computador os direitos patrimoniais e morais sobre sua criação, de acordo com esta legislação pode o autor fruir, usar e dispor da obra, podendo este autorizar a utilização da mesma por terceiros prévia e expressamente.

Ainda, com relação aos direitos morais, para o programa de computador, estes direitos são restritos com relação às outras obras tuteladas pelo direito autoral em geral (que seguem o art. 24 da lei 9.610/98), isto porque o art. 2º, § 1º da lei 9.609/98 assim dispõe, apenas conferindo ao autor do programa os direitos morais de paternidade, que consiste na possibilidade de reivindicação da autoria do programa a qualquer tempo, e opor-se a alterações não autorizadas ao programa.

O art. 2º, § 3º, da lei 9.609/98, dispõe que a proteção ao programa independe de registro, sendo este facultativo, porém é interessante obtê-lo, pois este tem relevante força probatória em caso de necessidade de comprovação de autoria se o autor eventualmente for prejudicado em alguma situação. Nesse sentido Chaves (1996, p. 157) ratifica que diferentemente dos Estados Unidos, no Brasil, o registro não é indispensável para possibilitar-se a proteção de uma obra literária, artística ou científica.

#### *3.4.1.1.1 Proteção aos Elementos Literais*

Os elementos literais do programa que recebem tutela jurídica pelos direitos autorais são o código fonte e o código objeto, que representam a expressão do programa, através de linguagem de alto nível (humana) e linguagem máquina, respectivamente. Atualmente, esse entendimento é pacificado pela doutrina e jurisprudência, mas nem sempre foi assim, até ocorrer a consolidação dessa concepção da proteção autoral a esses elementos, houve um período inicial



envolvendo uma forte polemica concernente ao código objeto. O embate ocorreu, pois:

[...] a listagem do código objeto mostra uma sequência de sinais eletrônicos de valores “zero” e “um” que não se parece com o código fonte. Por isso, no início os tribunais ficaram indecisos, tendendo a ver o programa em forma executável como parte da máquina. Além disso, sempre se questionou se o código objeto é uma obra derivada ou uma obra em si mesma (Santos, M. J. P, 2008, p. 193).

Santos, M. J. P (2008, p. 193) resume como os principais argumentos contra a proteção autoral a programas expressos em linguagem de máquina, primeiro, os sinais eletrônicos não serem inteligíveis pelo ser humano e, segundo, a finalidade do programa escrito em código objeto ser apenas utilitária, servindo apenas para que o computador interprete e execute certa atividade.

A discussão era mais extensa, englobava também aspectos como a viabilidade do programa objeto ser tratado como obra e como criação de espírito.

Com relação ao aspecto do tratamento como obra, Santos, M. J. P (2008, p. 210) afirma que:

“A doutrina norte-americana entendia que [...] a geração do código objeto não se enquadrava no conceito de obra derivada pela falta da criatividade exigida para a existência de uma derivação”.

Já no tocante à compreensão do código objeto como criação de espírito (criação humana) a discussão girava em torno do fato de o programa objeto ser resultado da conversão do programa fonte a partir da utilização de compiladores, montadores e interpretadores, instrumentos que dispensavam contribuição humana. Sobre esta problemática, Santos, M. J. P (2008, p. 211) menciona a proposta de defesa que foi apontada:

“Os defensores da proteção autoral sustentaram que todos os tipos de programas e todas as partes do programa podem ser objeto da proteção autoral desde que haja suficiente originalidade intelectual”

O entendimento majoritário é que tanto o código fonte quanto o código objeto podem ser equiparados a obras literárias, sendo, desse modo, suscetíveis de proteção pelo direito autoral, nesse sentido, a maioria dos tribunais:

“[...] mantém o entendimento de que tanto o código-fonte quanto o código-objeto de um programa de computador são obras equiparadas às literárias e, com isso, passíveis de serem protegidos contra cópias.” (PIMENTEL, 2008, p. 65)

Segundo Santos, M. J. P (2008, p. 212), havia ainda quem sustentasse que o código objeto fosse uma tradução do código fonte, contendo as mesmas ideias do programa fonte, porém de uma forma diferente.

#### 3.4.1.1.2 *Proteção aos Elementos Não-Literais*

No tocando à proteção aos elementos não literais há um consenso a respeito de que ao proteger programas de computador, o direito autoral protege tais elementos, porém, segundo Santos, M. J. P (2008, p. 215), o que existe é uma divergência a respeito de definir quais são os elementos não literais do programa. Inicialmente, o primeiro país a confrontar essa questão foram os Estados Unidos, o direito americano entendeu esses elementos como a estrutura, sequência e organização do programa, mais tarde esse conceito foi se tornando mais amplo e envolvendo outros elementos.

Segundo Santos, M. J. P (2008, p. 220), tribunais norte-americanos enfrentaram um dilema desde o início, que consistia em limitar a proteção jurídica do programa aos elementos literais ao máximo, desta forma facilitando o aproveitamento ilícito do trabalho alheio, plágios, ou ampliar tal proteção às soluções lógicas, à estrutura, criando-se uma maior proteção sobre as ideias e métodos implementados, elementos estes que são alvo de proteção pelo regime patentário.

Conforme constata Santos, M. J. P (2008, p. 237), a lei de direitos autorais brasileira ampara como obra intelectual aquelas que constituam criação intelectual por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, de modo que a forma de expressão da estrutura dessas criações poderia ser alvo de apropriação exclusiva.

Porém, o que se deve ter sempre em vista é que esta estrutura necessita ter uma forma de expressão particular, primeiramente porque formatos por si só configuram elementos abstratos, não suscetíveis de proteção autoral, segundo, pois muitas vezes há limitação de formas alternativas para expressão da estrutura de dados (como pode ser observado no art. 6º, III, da lei 9.609/98), não configurando ofensa aos direitos do titular de um programa a ocorrência de semelhança com outro preexistente:

[...] quando ela se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e

técnicos ou da limitação de forma alternativa para sua expressão e integração de um programa. (PIMENTEL, 2008, p. 17).

Outra temática é a que diz respeito à proteção dada aos comandos, “palavras-chave” e macros, teoricamente seria inviável, já que os nomes, as palavras e os títulos, quando considerados de forma isolada, não podem ser objeto de tutela pelo direito autoral, conforme é expresso no art. 8º, inciso VI, da lei 9.610/98. Porém, alguns desses vocábulos são mais do que nomes em si mesmos, tendo função especial e peculiar dentro do programa, conforme explica Santos, M. J. P (2008, p. 230):

[...] a jurisprudência e a doutrina norte-americana identificavam esses comandos, palavras-chave e macros como elementos não-literais do programa, desde que atendidos os requisitos de originalidade aplicáveis. Em outras palavras, se revestidos da necessária característica de criatividade e não apenas determinados por exigências funcionais ou características técnicas, a proteção do programa estender-se-ia a esses elementos como parte integrante obra intelectual.

Há, ainda, a questão concernente ao algoritmo, que é recheada de discussões e se observada no direito comparado, é visível o não consenso a respeito da matéria, que é tratada sob diferentes pontos de vista e enfoques pelos mais diversos tribunais.

Como relata Santos, M. J. P (2008, p. 224), o principal enfoque que se tem dado para abarcar o algoritmo na proteção pelo direito autoral é trata-lo como um conjunto de instruções, tutelando-se assim sua forma de expressão, a partir do princípio que apesar de um sistema em si não poder ser protegido, a expressão com que se descreve esse sistema pode ser alvo de proteção, sendo o algoritmo equiparado, deste modo, ao programa de computador em si.

Serão tratadas adiante nesse estudo as limitações à proteção concedida pelo direito autoral, o alcance destas limitações diz respeito aos elementos abstratos, as regras e os princípios matemáticos, conforme reza o artigo 8º da atual lei brasileira de direitos autorais. Os algoritmos se enquadram na definição de princípios matemáticos, portanto, se forem entendidos como tais, a tutela dos direitos autorais não engloba este elemento.

Ainda, segundo Santos, M. J. P (2008, p. 223), por o algoritmo ser um conjunto de regras que solucionam os problemas técnicos no programa, aplicadas

através de instruções, não se podem proteger essas regras, já que elas são o procedimento lógico para a realização das funcionalidades do mesmo. Nessa vertente, a doutrina tem adotado esse entendimento, como se observa a seguir:

“Algoritmos em si não podem ser protegidos pelo Direito do Autor justamente porque a legislação expressamente exclui procedimentos e métodos de operação do escopo da proteção, conforme vimos anteriormente”. (HAMILTON; SABETY, 1997, p. 252).

Nesse sentido o entendimento majoritário sobre esta matéria é que o algoritmo não recebe proteção jurídica pelos direitos autorais.

#### 3.4.1.2 Proteção à Documentação do Software

Conforme visto anteriormente, a documentação do software comporta dois tipos de documentação, a auxiliar e a preparatória (ou material de concepção). A primeira engloba a documentação gerada para a utilização do programa, mais a documentação de descrição do programa, a segunda abarca os estudos e trabalhos relativos ao desenvolvimento do programa.

A proteção conferida pela lei 9.609/98 ao programa de computador, pelo lapso temporal de 50 anos, como será visto mais detalhadamente a seguir neste estudo, se estende à documentação preparatória (ou material de concepção), ressaltando-se que não se trata de direito único sobre este conjunto, já que ambos os institutos estão sujeitos a direitos independentes, podendo possuir titulares independentes, embora haja alguma controvérsia quanto a isso, já que há quem defenda que o material de concepção está incluído no conceito de programa de computador.

A documentação preparatória recebe este tipo de tutela e não a proteção pelas regras gerais dos direitos autorais, pois, conforme o art. 7º, § 3º, da lei 9610/98, tal proteção não recairá sobre o conteúdo científico e técnico, no domínio das ciências. Esta ideia é expressa nos seguintes dizeres:

A doutrina entende que não se trata de um único direito de autor sobre o conjunto composto do programa e da sua documentação auxiliar, mas sim de obras distintas, sujeitas a direitos independentes, podendo os titulares serem diferentes, embora o prazo de proteção seja igual, ou seja, 50 anos. Esta proteção, contudo, aplica-se à documentação técnica que de outra forma não seria protegida como obra intelectual, porquanto manuais

independentes e por si só suscetíveis de proteção como obras literárias podem ser assim tutelados pelas regras gerais da Lei de Propriedade Intelectual [...]

Evidentemente, tal como ocorre com as obras científicas a proteção autoral não se estende ao conteúdo técnico dos manuais. (Santos, M. J. P, 2008, p. 152-153).

No tocante à proteção conferida à documentação auxiliar, a questão é mais simples, já que, analiticamente, tal documentação equivale à produção de qualquer obra textual, ficando protegida sob as mesmas regras aplicáveis a estas. Reforçando este pensamento, impõe-se necessário que a documentação auxiliar apresente originalidade, conforme afirma Santos, M. J. P (2008, p. 5): “É hoje assente que a documentação auxiliar, quando apresenta originalidade expressiva, constitui obra literária no sentido tradicional do instituto, devendo ficar sujeita ao regime comum de direito de autor”.

A partir do exposto no paragrafo anterior depreende-se que a documentação auxiliar, observada a originalidade expressiva, é protegida pelos mesmos 70 anos que as obras literárias. Este prazo de proteção será melhor trabalhado no próximo tópico, específico sobre o tema.

#### 3.4.1.3 Prazo de Proteção do Software

O prazo de proteção conferido ao programa de computador, de acordo com o art. 2º, § 2º, da lei 9.609/98, é de 50 anos, contados a partir de 1º de Janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, não havendo esta, da sua criação.

Se forem preenchidos os requisitos de obra literária ou científica e for conferida tutela pelos direitos autorais aos documentos associados ao programa, tais elementos estariam abarcados pelo prazo de proteção conferido pelo art. 41 da lei de direitos autorais, que compreende a vida do autor, mais 70 anos, contados de primeiro de janeiro do ano subsequente ao falecimento do autor. Esta proteção se estenderia ao próprio programa, como ressalta Vázquez Lépinette (1996, p. 160), a proteção ao software (programa em si + documentação) seria ampliada, de 50 para 70 anos (além da vida do autor), mesmo que o programa viesse a cair em domínio público, o software continuaria protegido parcialmente, pois ainda restaria a proteção à documentação associada. Conforme abordado no tópico anterior, o entendimento

atual é no sentido de que se apresentada originalidade expressiva, a documentação auxiliar constitui obra literária.

#### 3.4.1.4 Limites dessa Proteção

O alcance da proteção concedida pelo direito autoral ao programa de computador tange no que concerne à expressão (através de uma linguagem de programação) de uma ideia, a partir de um conjunto esquemático de algoritmos. A ideia primitiva e a solução encontrada, não são passíveis de tutela pelos direitos do autor conforme pode ser observado no texto dos incisos I e II do art. 8º da lei 9.610/98.

O art. 6º da Lei nº 9.609/98 elenca em seus incisos casos que não constituem ofensa aos direitos do titular do programa de computador, quais sejam:

I - a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda;

II - a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos;

III - a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão;

IV - a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu. (BRASIL. Lei nº 9.609, de 1998).

A respeito do inciso III, Santos, M. J. P (2008, p. 335-338) reforça a ideia presente no texto legal com base na “*doctrine of scènes-à-faire*”, afirmando que a forma de expressão não arbitrária, por limitação de forma, em decorrência de características funcionais ou mesmo por força de exigências técnicas, não é passível de proteção.

##### 3.4.1.4.1 Processos, Métodos e Sistemas

Os processos, métodos e sistemas, que essencialmente podem ser considerados como sinônimos, são excluídos da proteção autoral pelo art. 8º, incisos I, II e VII da lei 9610/98. Segundo Santos, M. J. P (2008, p. 178), outros elementos

que constituem um alto grau de abstração ou generalidade são adicionados a este grupo, como as ideias, conceitos ou princípios. Desse modo, a abrangência desse grupo é no tocante às:

[...] aplicações utilitárias do que genericamente se denomina “ideia”, ou seja, as soluções lógicas em si mesmas, algumas das quais podem ser patenteáveis, assim como o método de operação executado pelo programa. Além disso, essa categoria compreende os princípios matemáticos, os métodos de programação, as linguagens e as regras de gestão e de cálculo utilizados na elaboração do programa. (SANTOS, M. J. P, 2008, p. 178)

A separação desses elementos abstratos do resto do programa, porém, não é tarefa simples, conforme analisa Santos, M. J. P (2008, p. 180):

Com efeito, processos, métodos ou sistemas não são facilmente identificáveis mediante a simples aplicação da dicotomia forma-conteúdo, através da qual se poderia separar o código dos elementos abstratos, colocando estes no nível de “ideias”. Isto porque, conforme mencionamos anteriormente, incluem-se no conceito de forma de expressão elementos não-literais, relacionados com a estrutura e a organização de um programa, ou seja, a chamada “forma interna”.

Esta “forma interna”, que é a estrutura e organização de um programa, é o modo como se dispõe muitos destes elementos abstratos que estão contidos no conceito de processos, métodos ou sistemas e invariavelmente podem ser confundidos com os mesmos, sendo tratados como uma coisa só, fato que não deve ocorrer, pois, conforme já foi abordado, apenas a “forma interna” (estrutura) é alvo de proteção jurídica.

#### 3.4.1.4.2 *Funcionalidade*

A funcionalidade de um programa significa o que esse programa faz, sua utilidade prática, sendo equiparada à ideia em diversas decisões proferidas por tribunais, como por exemplo:

[...] nos casos S.O.S. v. Paydat, Ashton-Tate v. Ross e Telemarketing Resources v. Symantec, em que os tribunais equipararam as funcionalidades à ideia. Embora de uma maneira muito mais genérica, esse foi também o entendimento no caso Whelan, [...] ao afirmar que a função de uma obra utilitária configura a ideia, enquanto tudo o mais que não é necessário para essa função seria parte da expressão de ideia. (SANTOS, M. J. P, 2008, p. 184-185).

O escopo da proteção do Direito Autoral foge àqueles elementos de caráter utilitário, Santos, M. J. P (2008, p. 184) explica que obras com maior caráter utilitário possuem mais elementos determinados pela função, nesse sentido entende-se que quanto mais presente for esta característica nas obras, menor será a proteção pelo regime dos direitos autorais, passando a serem tuteladas por patente ou pelo regime do segredo comercial e industrial. Trata-se aqui da funcionalidade em sentido concreto, que é entendida como o modo de funcionamento do programa, diferentemente da funcionalidade abstrata, que é o que o programa faz, sua ideia.

A linha divisória entre forma de expressão e funcionalidade nem sempre é tão clara, assim como ocorre com métodos, sistemas e processos. O efeito pratico de se afirmar que a funcionalidade não é protegida é que qualquer pessoa pode produzir um programa alternativo com funcionalidade idêntica ao do programa anterior e não estará realizando a contrafação (reprodução não autorizada) do primeiro, por esse motivo, Santos, M. J. P (2008, p. 192) ensina que algumas decisões tendem a extrapolar os limites da proteção concedida pelo direito autoral, a fim de impedir o que julgam ser apropriação indevida do “conteúdo criativo” do programa. Tal postura recebe critica pelo autor, que propõe alternativas:

Essa postura do judiciário, que na verdade constitui uma insuficiência do regime autoral, provavelmente produziria melhores resultados se utilizasse regras de concorrência desleal ou até mesmo de enriquecimento ilícito sem causa para atingir o objetivo colimado, em vez de deturpar os princípios do Direito do Autor. (SANTOS, M. J. P, 2008, p. 192).

Tais propostas parecem ter melhor lugar no contexto, pois protegeriam da mesma forma os elementos discutidos e não descaracterizaria de certo modo a proteção conferida pelos direitos autorais, que não possuem cabimento nesta situação.

### **3.4.2 Proteção Pelo Regime Patentário**

A lei de propriedade industrial, em seu art. 10, enumera em seus incisos um rol de elementos que não são considerados como invenção nem modelo de utilidade e portanto não incluídos na proteção pelo direito de patentes. Dentre esses incisos, o V e o VI especificam o programa de computador em si e apresentação de



informações. Excluindo assim o programa de computador da proteção pelo regime patentário.

Todavia, Pimentel (2008, p. 62) afirma serem objeto de patenteabilidade, invenções que envolvam ou mesmo sejam implementadas por um programa. Ensina ainda que o INPI tem adotado o entendimento que os equipamentos, sistemas ou processos que envolvam programas de computador, em seu conjunto demonstrem efeito técnico novo e essencialmente não forem considerados como programa, podem ser objeto de patente.

## **4 ALTERNATIVAS À INSUFICIÊNCIA DA TUTELA AUTORAL A PROGRAMAS DE COMPUTADOR**

### **4.1 A INSUFICIÊNCIA E PROBLEMAS DA APLICAÇÃO DO REGIME AUTORAL A PROGRAMAS DE COMPUTADOR**

O direito autoral tem como objeto a tutela da originalidade expressiva da criação, denominada pela lei brasileira como “forma literária ou artística”, que, como já abordado nesta pesquisa, corresponde ao elemento textual (o código do programa). O caráter utilitário do programa é deixado de lado pela tutela autoral, não recaindo a proteção sobre o componente técnico e científico da obra. A respeito disso, Santos, M. J. P (2008, p. 417) disserta que:

Direito de Autor não pretende proteger a inovação técnica ou científica e, por essa razão, não se preocupa com o componente técnico ou com a contribuição tecnológica da obra intelectual. A lei Autoral cuida da criatividade expressiva do autor. Mesmo em se tratando de uma obra utilitária, a disciplina legal não visa à aplicação comercial ou industrial da criação, ainda que regule a sua exploração comercial. Justamente porque a destinação da obra é irrelevante, abandonou-se progressivamente a distinção entre obras de arte aplicada e demais obras intelectuais.

O processo de desenvolvimento de um programa, segundo Santos, M. J. P (2008, p. 418) resulta da aplicação de um método de programação, que é o “know how” (conhecimento técnico específico) e começa com a descrição de tarefas a serem executadas, a seguir parte para a elaboração de procedimentos lógicos visando à resolução dos problemas e é finalizado a partir da redação das instruções. O programa, nesse sentido, revela-se um processo lógico exposto através do seu código.

A partir do que foi analisado na ideia anterior, o autor mencionado afirma que o programa de computador tem natureza dualista, justamente por ser um processo lógico que visa solucionar problemas, possuindo, desta forma, um caráter essencialmente utilitário e por ter também o componente da expressividade (elemento textual). Surgem a partir disso, dois importantes elementos que mereceriam ser tutelados juridicamente, a funcionalidade, que são as tarefas lógicas que o programa realiza, e a sua expressividade.

O direito autoral exerce um papel importante no sentido de coibir a pirataria de programas de computador, já que ao tutelar a expressão do programa, está vedando sua reprodução ou mesmo o uso indevido. Nesta vertente, observa-se que:

Pirataria de Software é a prática ilícita, caracterizada pela reprodução ou uso indevido de programas de computador, legalmente protegidos, em outras palavras, é a reprodução ou utilização, não autorizada, de softwares de outrem, uma falsificação, enfim. (ORRICO JÚNIOR, 2004, p. 59).

Todavia, ao produzir uma obra intelectual, o interesse maior do autor é o de obter a tutela jurídica sobre os elementos técnicos e as soluções implementadas para dados problemas, não sobre apenas a expressão do programa, que dessa forma é tratado similarmente a uma obra literária. Pois o real valor do programa de computador esta no modo como ele é implementado e conseqüentemente em sua funcionalidade, que geralmente é apresentado de forma abstrata e não é incorporado pela proteção autoral, já que este só tutela a expressão literal da resolução do problema. A respeito disso tem-se que:

Na prática, contudo, o que torna o programa valioso e merecedor de tutela legal não é sua configuração expressiva, mas sim sua qualidade técnica enquanto implementação das soluções para os problemas propostos. Como conseqüência, a expectativa do autor deve ser a de obter direitos exclusivos sobre a implementação das funcionalidades, impedindo seja sua reprodução total ou parcial,

mediante a duplicação do código, seja sua utilização indireta mediante o aproveitamento dessas soluções. (SANTOS, M. J. P, 2008, p. 419).

O direito à exclusividade do autor recai sobre o código do programa, a partir disso adveio o enquadramento deste bem como obra literária. Por outro lado, a proteção autoral não atinge primariamente a funcionalidade, ficando esta excluída da referida proteção, segundo Santos, M. J. P (2008, p. 419), tanto em seu aspecto abstrato, que é o que o programa faz, e também em seu aspecto concreto, que é como o programa realiza suas funções (o modo de funcionamento).

Tendo como referencia a lei autoral, mais especificamente seu artigo 8º, inciso I, constata-se que o aspecto abstrato da funcionalidade, foge ao escopo de proteção jurídica conferida pelos institutos da propriedade intelectual, pois integra o campo das ideias. Somente as soluções técnicas implementadas, que solucionam problemas, podem ser objeto de tutela legal, pela patente, se preenchidos os requisitos de atividade inventiva, novidade e utilidade industrial.

Conforme estudado no capítulo anterior, nem sempre um programa com modo de funcionamento igual a outro caracteriza violação de direito autoral, já que, aspectos funcionais fogem ao âmbito da proteção autoral por serem dotados de caráter utilitário, sendo passíveis de tutela pela patente. Não ocorrendo a contrafação, pode-se caracterizar, no máximo, ato de concorrência desleal ou parasitismo. Esta ideia é bem resumida por Pimentel (2008, p. 66), ao citar uma jurisprudência do direito norte-americano na qual se considerou que a proteção do programa não se estendia à ideia ou funcionalidade do programa, não configurando ilicitude a reprodução de uma ideia anterior em um programa que não constitua cópia literal do código do programa original.

O grande problema, que inclusive demonstra insuficiência da legislação autoral, é que, por muito tempo, procura-se utilizar o direito autoral como instrumento para vedação de práticas como estas de imitação da ideia de um programa, na busca de resguardar a originalidade criativa do autor. Esta ideia encontra-se narrada nas seguintes palavras:

[...] a imitação da aparência e do funcionamento de um programa (a chamada “clonagem”) nem sempre constitui uma violação do direito de autor sobre este. Conforme se mencionou em outros tópicos desse trabalho, caso não constitua uma contrafação de patente, pode apenas configurar um ato de concorrência desleal ou uma modalidade de parasitismo. Ocorre que, por muitos anos,

buscou-se vedar a imitação do programa preexistente com base nas normas da legislação autoral, ainda que esse mecanismo não fosse adequado para esse fim. (SANTOS, M. J. P, 2008, p. 421-422).

A persecução do autor do software é obter retorno econômico com relação ao investimento realizado no projeto da criação da tecnologia, em outras palavras, no que diz respeito ao desenvolvimento da metodologia e das soluções técnicas contidas no corpo do programa, que é exatamente o que demanda maior criatividade do programador. É isso que Santos, M. J. P (2008, p. 424) procura refletir:

De fato, é sabido que o maior investimento e a maior criatividade na programação residem justamente no projeto do “software”, ou seja, no desenvolvimento da metodologia e das soluções técnicas pertinentes. A parte de codificação constitui uma atividade de caráter técnico, mas relativamente padronizada e de pouca criatividade.

Uma prova da insuficiência da tutela autoral para o software pode ser observada no princípio, quando se convencionou adotar tal instituto jurídico para reger a proteção do programa de computador. Ocorreu que, ao se estabelecer opção pelo direito autoral, optou-se também por estender a tutela deste bem ao regime da patente, atestando de pronto a limitação do instituto autoral para conduzir a proteção do software. Ainda assim, o controle da imitação da funcionalidade do programa extrapola os limites naturais destes dois institutos, como afirma Santos, M. J. P (2008, p. 424-425):

Não é por outra razão que, na mesma década em que se harmonizou a opção autoral, consolidou-se a tendência de estender a proteção patentária a programas de computador. A aplicação desse mecanismo legal resulta da constatação prática de que a tutela pelo Direito de Autor atualmente existente é simplesmente insuficiente para assegurar ao autor a consecução do objetivo primordial perseguido. Com efeito, as decisões que estendem a tutela autoral contra a reprodução da funcionalidade ou imitação do comportamento do programa configuram uma extrapolação dos limites naturais de Direito de Autor.

Foi analisada, anteriormente, a efetividade da tutela autoral sob a perspectiva dos interesses do autor, constatando-se a insuficiência da mesma para tal propósito. Outro relato que é feito pelo autor supracitado é exatamente um contra senso em relação ao que foi exposto até o momento. Trata-se da observância de uma tutela excessiva em algumas situações, por parte do direito de autor, que prejudica o equilíbrio entre o interesse público (acesso à informação) e o interesse

privado (recuperação do investimento). Este excesso ocorre, pois a proteção extrapola os limites naturais do direito do autor, incorporando, além da forma de expressão da criação, o próprio conteúdo. Nesse contexto, tem-se que:

Um incremento excessivo quanto aos mecanismos de proteção a ela concedidos traz consequências diretas a outros valores jurídicos. Por exemplo, reduz a amplitude do chamado “uso legítimo” (*fair use*) de obras intelectuais, afetando valores ligados à liberdade de expressão. Traz igualmente preocupações quanto à garantia da manutenção de espaços públicos de uso comum (*commons*), na medida em que torna o acesso ao conhecimento limitado pelo regime de propriedade e, por consequência, controlado de maneira privativa (o eterno confronto entre cultura e mercado). Da mesma forma, a proteção excessiva à propriedade intelectual traz problemas com respeito à livre concorrência. (LEMOS, 2005, p. 12).

Há dois aspectos principais que podem ser destacados, referentes a este excesso da tutela autoral. O primeiro deles, segundo Santos, M. J. P (2008, p. 422), é concernente ao fato de que nem sempre há a possibilidade de se separar o conteúdo da forma expressiva, ocorrendo assim, por tabela, a proteção do conteúdo em razão da impossibilidade da desvinculação deste da forma, por mais que a funcionalidade (que integra o conteúdo) seja excluída do escopo da proteção autoral, como já fora diversas vezes mencionado. O segundo aspecto abordado pelo autor é o relativo ao segredo gerado ao conteúdo do programa, que acaba vedando em muitos casos a revelação das informações técnicas implementadas, constituindo uma proteção além do limite natural do instituto autoral.

O segredo gerado ao conteúdo do programa, alvo de análise no final do parágrafo anterior, gera consequências práticas negativas, na medida em que limita princípios como, por exemplo, o acesso ao conhecimento e prejudica a livre concorrência, este último será analisado mais profundamente no próximo parágrafo de discussão. Desta forma resta demonstrada a fragilidade do direito autoral para tutelar certas matérias da realidade atual. Nesse sentido, o instituto da propriedade intelectual é:

[...] posto em xeque, por exemplo, quando se considera, do ponto de vista da realidade de nossos dias, a proteção a outros interesses, tais como a privacidade, a garantia da existência de espaços públicos (*commons*) na rede, a liberdade de expressão e a livre concorrência. Cada um desses interesses demanda formas de proteção jurídica não raramente conflitantes com as tradicionais instituições da propriedade intelectual, vinculadas a feixes de interesses sociais distintos. (LEMOS, 2005, p. 12)

Ainda, sobre os aspectos abordados nos parágrafos anteriores, estes não apenas extrapolam a tutela do direito autoral, mas ampliam o campo de exclusividade legal. Com efeito, dificultam o desenvolvimento de programas diferentes com funcionamento similar, deste modo exercendo certo controle concorrencial, ferindo o princípio da livre concorrência. A respeito disso, portanto:

[...] não se trata, na realidade, de uma extensão da tutela sobre a obra para abranger os elementos desta, mas sim de uma ampliação do próprio âmbito da exclusividade legal. Além disso, o regime de segredo do conteúdo também produz efeitos concorrenciais negativos na medida em que impede ou dificulta o desenvolvimento de legítimos programas funcionalmente equivalentes (clones). (SANTOS, M. J. P, 2008, p. 423).

Ante o exposto, conclui-se que o grande problema da tutela autoral é que, enquanto ela reprime a apropriação indevida da forma de expressão do programa, o que realmente mereceria proteção é o processo, método ou sistema (contidos no corpo do programa) implementado pelo programador.

#### **4.1.1 Necessidades que Urgem Perante a Evolução Tecnológica**

As inovações tecnológicas desenvolvidas a partir da década de noventa influenciaram fortemente em termos de proteção autoral de programas de computador e em objetos desta proteção, ficando desta forma a literatura desenvolvida sobre a matéria, de 1970 a 2000, ultrapassada em diversos aspectos, não correspondendo em vários pontos às demandas da atualidade. No contexto desse desenvolvimento, segundo Santos, M. J. P (2008, p. 425), destaca-se a tendência à padronização dos programas.

A padronização favorece a compatibilidade entre programas e uma maior uniformidade no que diz respeito aos recursos informáticos, visando o aumento do poder concorrencial e um leque maior de opções de escolha para o usuário. A padronização dos programas é decorrente de exigências de mercado, como exemplo disso tem-se a necessidade da compatibilidade com o ambiente “*windows*”, além de ser resultado de políticas governamentais, apesar de ir contra o princípio da evolução tecnológica. Santos, M. J. P (2008, p. 425-426) conceitua essa padronização como:

[...] uma ferramenta para incrementar a concorrência e aumentar a oferta de alternativas para o usuário, ainda que haja certo risco de reduzir o ritmo da inovação tecnológica. Uma variável dessa

tendência é a campanha pelos sistemas de arquitetura aberta e mais facilmente disponíveis. A preocupação é evitar que a padronização beneficie indevidamente os programas líderes, fazendo com que estes possam fortalecer sua posição de hegemonia, constituindo monopólios de fato através de práticas nem sempre claramente caracterizadas como abusivas.

Além da preocupação com relação ao fortalecimento das práticas monopolistas, mencionada na citação acima, muitas vezes não se consegue evitá-las ou coibi-las de forma eficaz através do direito da propriedade intelectual, já que o exame jurídico tradicional não tem a profundidade necessária para atingir ou exaurir a apreciação de situações-problema como estas. A respeito dessa ideia, relacionada à propriedade intelectual e as práticas monopolistas, tem-se que:

O direito da propriedade intelectual tem como um de seus objetivos assegurar o retorno de capital do autor/inventor, bem como incentivar o desenvolvimento tecnológico futuro. No entanto, muitas vezes acaba criando monopólios privados e ineficiências que a análise jurídica tradicional não consegue considerar. LEMOS (2005, p. 12)

Ainda, de acordo com Santos, M. J. P. (2008, p. 246), existe uma relação conflitante entre padronização e os institutos da propriedade imaterial, já que o direito à exclusividade, característico destes institutos, vai à contramão da tendência à padronização, pois o monopólio sobre recursos computacionais com padrões técnicos amplamente utilizados perde seu valor e a utilização de uma linguagem comum afasta o elemento da criatividade, que é um requisito para proteção.

A tendência à padronização do programa de computador pode ocasionar uma limitação de formas alternativas de expressão, gerada exatamente pelo ambiente padronizado. Esta ideia remete ao pensamento de que a tutela da funcionalidade em sentido concreto (modo de funcionamento) é muito mais importante que a proteção da expressão em si, já que muito mais relevante seria a proteção de uma funcionalidade criativa do que o mero padrão adotado na forma de expressão. Diante disso, conclui-se que a importância do amparo pelo regime patentário tende a se tornar maior do que a tutela autoral.

A partir do que foi constatado até aqui fica evidente que os institutos tradicionais da propriedade intelectual apresentam defasagem para reger os objetos de sua tutela na realidade atual, frente à evolução tecnológica. A problemática enfrentada pela doutrina é se os institutos devem se adequar à evolução tecnológica ou o contrário. A respeito desta casuística, Lemos (2005, p. 13) opina que:

Se a propriedade intelectual forjada no século XIX passa a apresentar sérios problemas de eficácia quando se depara com a evolução tecnológica, não cumpre apenas ao jurista apegar-se de modo ainda mais ferrenho aos seus institutos como forma de resolver o problema, coisa que a análise jurídica tradicional parece querer fazer. Cumpre, sim, ver [...] se a nova realidade deve adaptar-se ao velho direito ou se o velho direito deve adaptar-se à nova realidade.

É necessária a observância se transformações nesses institutos tornarão possível o resgate da eficácia da aplicação das normas que tiveram sua aplicabilidade comprometida em função da nova realidade tecnológica, ou até mesmo se vale a pena a manutenção destas normas.

#### 4.1.1.1 Adequação do Prazo de Proteção do Software à Realidade Tecnológica Atual

Algo que chama atenção e merece ser bem destacada é a discrepância dos prazos de proteção com a dinâmica que gira em torno da matéria em estudo, como já dito anteriormente, o prazo de proteção ao software é de 50 anos, podendo atingir 70 anos ocasionalmente. Ora, prazos com estas extensões temporais só fazem prejudicar o avanço tecnológico, já que o software leva 50 anos para passar para o domínio público e vivemos em uma espantosa evolução tecnológica, com novas tecnologias brotando diariamente, o conhecimento tecnológico que permeia os softwares já terá caído em desuso quando for possível explorá-lo, tal é o tempo que isso levaria a ser possível. Na Europa a situação é semelhante, quem bem salienta isto é Paesani (2010, p. 42):

O conteúdo da proteção esbarra também com a extensão temporal e a forma.

Considerando-se que a União Europeia concede a proteção até 50 anos após a morte do autor, um programa de computador perde sua utilidade num espaço de tempo muito menor.

No campo da ciência e tecnologia há uma constante transformação e evolução, por esse motivo, se faz necessária a revisão periódica das leis dos institutos jurídicos que regulam estas tecnologias. A América Latina possui má fiscalização e leis obsoletas para o setor, o que dá uma perspectiva das proporções deste problema:

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) declarou que a América Latina é uma das regiões que têm leis obsoletas e fiscalização deficiente para o setor. E explica que, no mundo dos



direitos autorais, as coisas são muito velozes e as leis têm de ser revistas periodicamente. Nos Estados Unidos essas leis são modificadas anualmente. A OMPI, em seu parecer, denuncia a Argentina e o Uruguai como países que tem uma legislação ultrapassada. (PAESANI, 2010, p. 43)

É importante que estas discussões sejam levantadas, pois ainda se debate pouco sobre estas questões e é necessário que haja algum remédio jurídico ou outra solução pertinente para sanar as defasagens legais que envolvem esta matéria

O prazo de proteção elevado traz alguns problemas como o fortalecimento de posições monopolistas de grandes empresas e conseqüentemente enfraquecendo o princípio da livre concorrência de mercado, pois estas empresas detêm o monopólio do conhecimento enraizado nessas tecnologias, e quando elas caírem em domínio público (após expirado o prazo de proteção) já não terão mais utilidade alguma devido ao lapso temporal transcorrido, contextualizando-se uma nova realidade no campo da tecnologia. Lemos (2005, p. 69-70), aponta que a solução dessa temática passa pela transformação dos institutos jurídicos tradicionais que tutelam o software:

É graças ao direito autoral que a Microsoft assegura a possibilidade de abusar de sua posição monopolista. [...] Como exemplo, sob o atual regime de direitos autorais, o programa Microsoft Windows 95 continuará protegido pelos 70 anos previstos pela lei e só depois disso se tornará de domínio público. É difícil conceber que tal fato, quando acontecer, venha a ter qualquer impacto na estrutura concorrencial de então. Como proposto pelo prof. Zittrain, para ser eficaz, um remédio jurídico efetivo para o caso Microsoft teria de considerar a [...] modificação das estruturas jurídicas institucionais vinculadas à proteção do software, indo além da mera aplicação de paliativos às consequências derivadas da manutenção desse regime tradicional.

Alternativa que solucionaria este problema seria considerar uma proteção diferente ao software do que a aplicada ao direito autoral em geral, enquadrando o mesmo como um gênero específico, possibilitando-se assim a redução do prazo de proteção, Lemos (2005, p. 70) propõe que:

[...] a proteção jurídica concedida ao software deveria ser de espécie diferente daquela concedida aos direitos autorais em geral. Uma das mudanças possíveis seria considerar o software um gênero específico, que estaria sujeito, por exemplo, à redução do prazo de proteção de 70 anos para algo em torno de cinco a 10 anos, após o qual se tornaria de domínio público. Dessa forma, eventuais concorrentes estariam livres para gerar trabalhos derivados a partir

daquele software de domínio público, e o mercado privilegiaria aquele que desenvolvesse o melhor produto.

A menção feita a respeito do prazo de proteção do software ser de 70 anos se deve ao fato de que quando a documentação do software é alvo da tutela autoral, que prevê prazo de proteção genérico de 70 anos para suas obras, esta se estende ao programa também, ficando este protegido pelo mesmo prazo, situação já abordada no capítulo anterior. Porém, o prazo de proteção específico do programa de computador em si, também é muito elevado, de 50 anos, o que não ameniza em nada o problema, já que o lapso temporal para a queda em domínio público ainda seria elevado, impossibilitando o aproveitamento de tecnologias por terceiros, já que estas se encontrariam em desuso e estariam ultrapassadas.

## 4.2 ALTERNATIVAS À INSUFICIÊNCIA AUTORAL

### 4.2.1 Adequação do Direito Autoral às Novas Tecnologias

A primeira proposta consiste em, mediante certas adaptações, a inserção dessas novas tecnologias como objetos passíveis de tutela pelo instituto autoral, observando-se as peculiaridades destas, visando à adequação do regime protetivo às necessidades reais desses novos elementos.

No entendimento de Arrabal (2008, p. 8), mesmo o software sendo dotado de caráter utilitarista e de possuir um alto potencial industrial, por causa da facilidade de reprodução do código, ele é classificado juridicamente não como resultado do processo produtivo industrial, mas sim do processo produtivo intelectual do ser humano. A partir daí o seu enquadramento primordial entre os direitos autorais, como um resultado da “criação do espírito”.

O princípio que sustenta a manutenção do regime autoral como aplicável à tutela das novas tecnologias informáticas é exatamente na linha do entendimento do autor supracitado. Contanto que estas expressem alguma criatividade e preencham o requisito da originalidade poderão ser protegidas pelo direito autoral. Nessa vertente tem-se que:

Dentre os argumentos que sustentam a aplicabilidade do regime autoral ao Software, pode-se registrar que os Programas de Computador são obras intelectuais resultantes do esforço criativo do

homem e se revestem do caráter de originalidade expressiva. (ARRABAL, 2008, p. 8).

A aplicação desse princípio teve início internacionalmente a partir da diretiva da União Europeia sobre a tutela jurídica de programas de computador, depois, encontrou-se presente no Acordo sobre Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPs). O Brasil seguiu essa tendência internacional, adotando o direito autoral como regime jurídico protetivo ao programa de computador:

No Brasil, o atual regime confirma o Direito Autoral como forma de proteção jurídica conferida aos Programas de Computador, preservando as tendências mundiais - Diretivas TRIPS, Nafta e Comunidade Econômica Europeia (PETERSEN FILHO, 1998, p. 11).

Todavia, para uma melhor compatibilidade entre o instituto autoral e esses novos elementos trazidos pela tecnologia da informação, se faz necessária a adequação do instituto a esses novos objetos. Santos M. J. P. (2008, p. 430-431) afirma ser possível a realização de uma modificação no regime autoral que não se incompatibilize com as condições básicas de proteção estabelecidas na Convenção de Berna, contudo, há quem pressuponha não apenas uma mera adaptação do direito autoral às novas tecnologias, mas uma transfiguração do instituto, já que este se tornaria muito diferente do instituto tradicional, aplicável às demais obras intelectuais. A temática em foco é se a consequência dessa adaptação do instituto estará preservando a essência do direito autoral ou gerando um direito análogo.

O posicionamento adotado por Santos M. J. P. (2008, p. 432) é que a transformação deve ser no sentido da proteção abranger, além da mera expressão do programa, o conteúdo do mesmo (elementos funcionais e comportamentais), pois a maior necessidade é a tutela das inovações tecnológicas implementadas no software, as quais fazem com que ele seja eficiente. Esta proteção, contudo, apenas resguardaria o segredo do conteúdo, não gerando direito exclusivo sobre ele em favor do titular do direito autoral.

#### **4.2.2 Aplicação de um Regime “sui generis”**

A segunda proposta trata da adoção de um regime *sui generis*, que viria a complementar a tutela à expressão do programa, oferecida pelo direito autoral,

caracterizando-se como uma proteção complementar, autônoma da concedida pelo instituto autoral.

Santos M. J. P. (2008, p. 434) aponta dois motivos essenciais para a aplicação do regime *sui generis*, o primeiro deles é relacionado à insuficiência autoral em regular certos elementos específicos do programa de computador, que são valiosos, tais como os elementos funcionais e comportamentais, que integram o conteúdo do programa. O segundo motivo é baseado na tendência moderna em proteger as criações resultantes das novas tecnologias através de um regime especial oriundo das instituições clássicas do direito de propriedade imaterial.

Exemplo que mais se assemelha à proposta em foco pode ser observado com relação à questão da base de dados. Através da diretiva nº 96/9/EC da União Europeia, estabeleceu-se um sistema de dupla proteção, levando à coexistência do direito autoral, este tutelando a forma expressiva da base de dados, com um direito *sui generis*, este, por sua vez tutelando o conteúdo da base de dados, conforme menciona Lemos (2005, p. 139-140):

A União Européia foi a pioneira na implementação desse novo direito *sui generis*. Em 1996, foi adotada a Diretiva nº 96/9/EC, criando um novo instituto jurídico para proteção de dados constantes em um banco de dados. Esse novo direito *sui generis* aplica-se incondicionalmente, ainda que o conteúdo dos respectivos bancos de dados seja composto por informações não sujeitas ao regime de direito autoral. Conforme a diretiva, a proteção vigora enquanto novos investimentos forem continuamente realizados no banco de dados, visando à sua atualização e manutenção.

Este modelo realizado para a base de dados levantou a proposta de uma alternativa semelhante ao programa de computador. Segundo Santos M. J. P. (2008, p. 435), alguns autores propuseram a elaboração de um regime *sui generis* com força nas premissas da Diretiva nº 96/9/EC, combinando componentes do direito autoral com aspectos do direito patentário, para elementos não abarcados pela tutela autoral, tais como as ideias, princípios e outros elementos.

Esta proposta pode ser uma alternativa prática interessante para a insuficiência da tutela do direito autoral, entretanto, assim como ocorre na diretiva a respeito da base de dados, pode ocasionar uma proteção excessiva. A Europa adotou essa ideia para a base de dados, porém as críticas para esse sistema são em nível mundial, há enorme resistência a ele, principalmente por parte dos Estados Unidos:

A comunidade civil mundial reagiu negativamente à criação desse novo direito, apontando-o como uma ampliação infundada dos limites da propriedade intelectual, ao criar um novo regime de propriedade aplicado a “fatos”, tradicionalmente não sujeitos a esse regime. [...] Esse novo direito foi visto como uma ameaça ao desenvolvimento econômico e tecnológico. As razões são muitas. Entre os impactos negativos que esse novo direito *sui generis* traz estão: aumento generalizado de custos de acesso à informação, sem qualquer contrapartida ou benefício social; impossibilitação da agregação de valor ou criação de trabalhos derivados a partir de bancos de dados anteriores; [...] obstáculos para o desenvolvimento de empresas de tecnologia, dependentes de informação abundante e barata. (LEMOS, 2005, p. 141-142).

Diante dessa controvérsia e da complexidade da interação do direito autoral com um direito *sui generis*, a solução ideal seria o estabelecimento de um diploma legal único, que regulasse de forma unificada a proteção da expressividade e dos elementos do conteúdo do programa. Mas, como explica Santos M. J. P. (2008, p. 436), apesar de a doutrina apoiar esta alternativa, a aplicação dela atualmente é vinculada a um consenso da comunidade internacional, devido aos efeitos do TRIPs, que obriga os países membros a protegerem o programa de computador como obra literária, tornando necessário o enquadramento dele como obra intelectual, como disposto na Convenção de Berna.

#### 4.2.3 Coexistência de Direitos

A terceira proposta baseia-se na coexistência entre a tutela concedida pelo direito autoral e a proteção através de outro mecanismo legal. A proposta de adoção de um direito *sui generis* sobre o programa de computador analisada no tópico anterior e a diretiva europeia sobre a proteção da base de dados são exemplos da alternativa abordada nesse tópico.

Como já abordado nesta pesquisa, vem crescendo no Brasil a utilização do direito patentário como um mecanismo de subsídio à insuficiência do instituto autoral, por influência dessa tendência nos Estados Unidos. A respeito dessa configuração que tem se apresentado, Pimentel (2008, p. 62) expõe que:

Aliás, patentes de invenções que envolvem programas de computador vêm sendo concedidas desde a década de 1990. Nessas cartas patentes, expedidas pelo INPI, há exemplos de software de rede, de programas de gerenciamento de arquivos, controle de impressão, protocolo de comunicação, troca de mensagens de correio eletrônico, programas de compactação de

dados e tratamento de imagens, todos suscetíveis de serem implementados por programas de computador em um PC normal, em uma arquitetura de hardware já conhecida.

A convenção de Berna não veda a coexistência de direitos, bastando a obra estar submetida às condições básicas de proteção pelo direito autoral, conforme já abordado. Além disso, a orientação presente no art. 27.1 da TRIPs é de que a proteção autoral não exclui a pela patente:

Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2 e 3 abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial. [...] as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente.

A problemática que se coloca, segundo Santos M. J. P. (2008, p. 437), é relacionada a como harmonizar a aplicação dos dois institutos, já que os dois têm por objeto a mesma criação. O autor aponta que a primeira coisa que deve ser feita é a delimitação clara a respeito do âmbito de tutela de cada um, e já nesse ponto surgem as primeiras dificuldades, pois o objeto do direito autoral é delimitado pelo conceito “forma”, o que é muito vago, já que além do aspecto da codificação, que é bem claro, há o concernente à forma interna, o qual há dificuldade e imprecisão na sua delimitação.

Na opinião do autor supracitado, a melhor solução seria a regulação do programa de computador ser feita por apenas um único diploma legal que regulasse todos os elementos passíveis de proteção legal, já que seria desnecessária, e até conflitante, a concessão de direitos exclusivos de exploração da criação por dois regimes.

## 5 CONCLUSÃO

O objetivo do presente estudo foi discutir a problemática da aplicação da tutela autoral ao software, que se demonstra frágil e insuficiente ao deixar de abarcar importantes elementos que compõe o programa de computador e que, na maioria das vezes, representam a maior significância econômica e conseqüentemente o maior interesse por parte dos autores em que tais componentes sejam protegidos.

A partir desse objetivo, buscou-se constatar a efetiva insuficiência do direito autoral para tutelar um objeto tão complexo quanto o software, que não pode ser encarado apenas como forma de expressão, tal como uma obra literária, pois há diversos elementos na composição do programa que merecem atenção e não estão englobados na proteção autoral, pois, por exemplo, este instituto não protege as ideias e aspectos abstratos, como a funcionalidade e o método de operação, que caracterizam o real valor desta criação.

Além disso, constatou-se a discrepância do instituto autoral pra regular um objeto integrante do campo tecnológico, que difere muito do campo das obras artísticas e literárias, que são protegidas pelo direito autoral. Enquanto um programa de computador possui caráter eminentemente utilitário, as outras obras abarcadas pela tutela autoral, não. Por esse motivo, inclusive, a tendência é que o regime da patente se torne mais utilizado do que o autoral, em matéria de software, pois, apesar da vedação pelo regime patentário à proteção desse objeto, o INPI tem deferido patentes a invenções ou modelos de utilidade que englobem um programa de computador.

Visando a resolução dos problemas inerentes à tutela autoral a softwares, foram propostas alternativas para sanar estas questões, como a coexistência de direitos, aplicando-se o regime da patente juntamente com o direito autoral, buscando tutelar elementos que fogem à proteção do instituto autoral, o que configuraria uma solução pratica interessante, apesar da geração de uma tutela excessiva, outra alternativa proposta foi a criação de um direito *sui generis*, que complementaria a tutela concedida pelo direito autoral. Propôs-se até mesmo adaptar o direito autoral à nova realidade tecnológica, possibilitando uma proteção mais ampla a este objeto tão complexo que é o software. Todavia esta proposta a

primeira vista parece ser a mais inviável, pois poderia ocasionar uma completa transfiguração no instituto autoral.

A reflexão a cerca da questão foi proposta, sem, no entanto, exaurir todas as possibilidades, que poderão representar novas alternativas para a solução da temática, em trabalhos futuros.



## REFERÊNCIAS

ARRABAL, Alejandro Knaesel. Apontamentos sobre a Propriedade Intelectual de Software. 1ª ed. Blumenau: Diretiva, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. Manual de Direito da Propriedade Intelectual. 1ª ed. Aracaju: Evocati, 2007.

CABRAL, Plínio. A nova lei de direitos autorais. 3ª ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1999.

CABRAL, Plínio. Revolução tecnológica e direito autoral. 1ª ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

CHAVES, Antônio. Direitos Autorais na computação de dados: software, circuitos integrados, videojogos, embalagem criativa, duração dos direitos conexos. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1996.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HAMILTON, Marci A; SABETY, Ted. *Computer Science Concepts in Copyright Cases: the path to a coherent law*. Harvard Journal of Law & Technology, v.10, n.2, 1997.

LEMOS, Ronaldo. Direito, tecnologia e cultura. 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

MARTINS, Fran. Curso de direito comercial. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresa 1. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ORRICO JÚNIOR, Hugo. Pirataria de Software. 1ª ed. São Paulo: Ed. Do Autor, 2004.

PAESANI, Liliana Minardi. Direito de informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PETERSEN FILHO, Antônio de Carvalho. A nova lei do Software: Panorama da Justiça, São Paulo, ano 3, n. 11, p. 11, abr./maio 1998.

PIMENTEL, Luiz Otávio. A proteção jurídica da propriedade intelectual do software: noções básicas e temas relacionados. Florianópolis: Sistema Federação das Indústrias do Estado de Santa Catarina: IEL, 2008. 318 p. – (Série Platic).

PRONER, Carol. Propriedade Intelectual e Direitos Humanos: Sistema Internacional de Patentes e Direito ao Desenvolvimento. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

REZENDE, Denis; ABREU, Aline. Tecnologia da Informação Aplicada a Sistemas de Informação Empresariais. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SANTOS, Elisabete Teixeira Vido dos. Prática empresarial. V. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Manoel Joaquim dos. A Proteção Autoral de Programas de Computador. 1ª Ed. Rio e Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás. *La cotitularidad de los bienes inmateriales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

*Publicado no dia 26/02/2014*

*Recebido no dia 15/02/2014*

*Aprovado no dia 20/02/2014*