

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

**“A PROPRIEDADE INTELECTUAL DOS PROGRAMAS DE
COMPUTADOR”**

Daison Fabrício Zilli dos Santos
Bacharelado

FLORIANÓPOLIS
1997

A Banca Examinadora resolveu aprovar o acadêmico **Daison Fabrício Zilli dos Santos**, matrícula 9220510-0, na disciplina DPS 5802 – Monografia II, pela apresentação deste trabalho, requisito paralelo indispensável para a graduação no curso de Direito, obtendo nota média **9,5**.

Compuseram a Banca Examinadora os professores:

José Isaac Pilati – Presidente

Ildemar Eggert – Membro

Aires José Rover – Membro

Meus agradecimentos a todos que tornaram esta monografia uma realidade, com suas contribuições individuais, mas principalmente, agradeço ao meu orientador, minha mãe, irmã e namorada, que foram decisivos para o bom andamento dos trabalhos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. O PROGRAMA DE COMPUTADOR

- 1.1 Introdução
- 1.2 Histórico da proteção
- 1.3 Marcos iniciais
- 1.4 Conceituação básica

2 O DIREITO DE AUTOR

- 2.1 Direito intelectual
- 2.2 Direito autoral
- 2.3 Nascimento do direito
- 2.4 Titularidade e direitos dela decorrentes

3 FORMAS DE PROTEÇÃO

E DIVERGÊNCIAS INTERPRETATIVAS

- 3.1 Enumeração dos institutos
- 3.2 Concorrência desleal
- 3.3 Contratos
- 3.4 Forma *sui generis* de proteção
- 3.5 Patentes de invenção
- 3.6 A proteção pelo direito autoral
- 3.7 A violação ao direito de autor
- 3.8 Tutela jurídica

4 LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

- 4.1 Análise da legislação em vigor
- 4.2 Projeto de Lei da Câmara Federal nº 14/96
- 4.3 Confrontação da Lei nº 7.646/87 com o Projeto de Lei nº 14/96
- 4.4 Jurisprudência

CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANEXOS

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso visa abordar o tema da proteção jurídica dos programas de computador através do Direito Autoral, e procura fazê-lo de uma forma simples e escorreita. O objetivo imediato é cumprir o requisito regulamentar à colação de grau, no curso de Direito.

A escolha do assunto ocorreu por ocasião da apresentação de um seminário em sala de aula sob a orientação do professor que orienta esta monografia. Pôde-se observar um instigante campo para a pesquisa e o aprofundamento da questão, em tudo justificado pela inegável atualidade do tema. Ademais, verifica-se o surgimento de um mercado emergente, que reclama uma legislação nacional solidificada e de livre concorrência, que estabeleça um equilíbrio à necessidade de desenvolvimento nacional.

Também contribuíram para a referida escolha, a relativa novidade do tema no Brasil, pois escassas são a doutrina e a jurisprudência a respeito de assunto, não alcançando a devida solidificação à compreensão dos operadores jurídicos, o que só poderá advir com a prática reiterada. Há que se observar, também, que, à ocorrência de lide, as divergências interpretativas, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, agravam a incerteza.

Os objetivos fundamentais desta monografia consistem, precipuamente, em desenvolver um estudo sobre os aspectos básicos da legislação sobre os Direitos Autorais. A idéia é confrontá-la com a doutrina e a jurisprudência em casos específicos como: a tutela jurídica possessória, o registro, a subdivisão do Direito Autoral em direitos morais e patrimoniais, e as possíveis formas de proteção dos programas de computador por institutos análogos ao Direito Autoral.

O programa de computador deparou-se com correntes adversas que propunham outras alternativas de proteção, como, principalmente, as normas e princípios da propriedade industrial, posto que pertencem ao mesmo gênero, a saber, os direitos intelectuais. Todavia, as diversas Convenções Internacionais já realizadas sobre Direito de Autor, das quais o Brasil é signatário, sempre recomendaram o tratamento fosse de Direito Autoral.

Vale dizer, a regência das relações jurídicas decorrentes da criação e utilização de obras intelectuais estéticas, integrantes da literatura, das artes e das ciências deveria ser pautada pelo instituto do Direito Autoral, no gênero propriedade intelectual.

No outro extremo, está o Direito de Propriedade Industrial, a que se conferiu tratamento jurídico diferente, como por meio de marcas e patentes.

O plano de desenvolvimento desta monografia é composto de quatro capítulos. Iniciaremos com uma breve introdução, seguida da evolução histórica recente do Direito Autoral, sua evolução em outros países, na busca de solidificar o entendimento do contexto jurídico-tecnológico, e a conceituação básica dos institutos envolvidos.

O capítulo segundo refere-se à consagração do Direito Autoral sobre a obra intelectual, o programa de computador, e o seu nascimento como direito.

Procuramos distinguir, aí, os direitos morais dos patrimoniais, apontando os requisitos necessários para que os autores destes programas possam se enquadrar na categoria de proteção, e, também, como e quando se configura a titularidade da obra, bem como os direitos dela decorrentes.

No capítulo terceiro, abordaremos outros enfoques, como o registro nos órgãos competentes, as divergências doutrinárias no enquadramento legal do programa, bem como a forma de proteção efetiva destes direitos, e toda a discussão sobre os interditos, que inundam de dúvidas quem atua neste campo.

Finalmente, no quarto capítulo, trataremos de analisar a legislação vigente, o Projeto de Lei que tramita no Congresso Nacional, e confrontaremos os dois textos legais, apontando as diferenças. Ainda neste capítulo, apontaremos as escassas decisões jurisprudenciais que conseguimos localizar a respeito do tema, procurando travar uma discussão.

Como se pode observar, o método escolhido é o indutivo, lançando-se mão, quando necessário, do dedutivo; e a pesquisa é, basicamente, bibliográfica.

1 - O PROGRAMA DE COMPUTADOR

1.1 Introdução

Desde o advento da Revolução Industrial o mundo vem experimentando um desenvolvimento tecnológico sem precedentes. Multifacetado, esse progresso envolve quase todos os campos da atividade humana através da mais primígena capacidade do ser humano que é a comunicação.

Destarte, a informação, que há poucos anos atrás contava apenas com os meios tradicionais como o rádio, o jornal e a televisão, agora pode se deslocar por todo o globo terrestre em apenas alguns segundos por intermédio de um terminal de computador, através de uma rede .

Neste novo mundo, interligado por imagens, sons e dados, é possível chegar a mais distante pessoa e induzi-la a um comportamento que não teria.

Nesse meio, que em si é uma coisa boa, há pessoas que se valem indevidamente do acesso ao meio para obter vantagens pessoais às custas do esforço alheio. É aí que surge o problema dos Direitos Autorais.

De fato, neste cenário de progressão tecnológica geométrica, o Direito cumpre a sua função de disciplinar as relações entre as pessoas, ditando regras de conduta e regulando o gozo da liberdade e da propriedade autoral, a par do interesse coletivo.

Em suma, “a informática tornou-se um bem jurídico, isto é, a pesquisa, a posse, a troca e o uso das informações elaboradas em forma simbólica com a linguagem própria dos computadores, adquiriram relevância jurídica e originaram disciplina adequada”¹.

1.2 Histórico da proteção

Por que o programa de computador deve ser protegido? Há quatro

¹ GOMES, Orlando. *et alli. A proteção jurídica do software*. 1985, p.3.

décadas atrás, quando o primeiro computador foi concebido, os programas que ele seguia para chegar ao objetivo pretendido pelos seus engenheiros eram gravados na sua memória, ou seja, ficavam permanentemente dentro da máquina. Com o passar do tempo, o tamanho de todos os componentes foi diminuindo, e o que era gigantesco passou a ser cada vez menor, de forma que fábricas e escritórios passaram a requisitá-los, não ficando mais restritos ao uso em laboratórios.

Daí em diante, a indústria que produzia a máquina passou a desenvolver programas para cada finalidade funcional específica que a clientela exigia. A venda que era feita de forma conjugada, anteriormente, passou a ser avulsa, tornando-se um novo ramo de negócios, pois quem comprava a máquina, comprava tantos programas quantas fossem as necessidades.

Paulatinamente o preço da máquina foi ficando mais barato, mas em contrapartida o dos programas foi aumentando devido a maior complexidade exigida pelos clientes. Desta forma, um programa que havia sido desenvolvido às custas de muito dinheiro e durante longos meses de trabalho, poderia ser copiado em apenas alguns segundos e repassado a outras pessoas, numa ação de verdadeiros distribuidores.

Frente a esta situação, descobriu-se que a indústria dos programas de computador é muito frágil, “na medida em que seus produtos podem facilmente ser o objeto de cópias ilícitas”², não cabendo outra alternativa ao Direito senão regular este novo direito de propriedade.

De qualquer forma, a própria indústria desenvolveu uma estratégia antipirataria, tornando os preços dos seus produtos mais baixos e diminuindo o ciclo de vida útil deles, o que leva à diminuição do problema e torna os clientes mais fiéis.

Dentro deste contexto, a importância econômica do mercado dos *software*, somada aos investimentos necessários para nele se estabelecer com solidez, aliado à facilidade de se copiar ou conseguir cópias pirata do programa originalmente licenciado mostra bem o desafio que sua proteção jurídica constitui.

1.3 Marcos iniciais

² BERTRAND. André. *A proteção jurídica dos programas de computador*. 1996, p.18.

Como já foi anotado, na fase histórica de formação dos direitos, os programas eram adquiridos junto com a máquina, e não havia muitos problemas de pirataria. Apenas no início dos anos setenta é que se começou a observar a ocorrência de contrafação. A partir de então, os juristas europeus passaram a questionar a necessidade da extensão do Direito Autoral para a proteção jurídica dos programas, o que foi paulatinamente afirmado pelas diversas Convenções Internacionais de Direitos Autorais que se seguiram a de Berna, em 1883. Incluía-se, assim, o programa de computador no rol das obras protegidas pelo Direito Autoral.

Enquanto na Europa e nos Estados Unidos já se discutia a tutela do *software*, no Brasil ainda estava se aprovando a Lei dos Direitos Autorais (Lei 5.988/73), assunto este que já havia sido regulado na França, por exemplo, em 1957, com a promulgação da Lei de Direitos Autorais.

A discussão a respeito da inclusão do programa nesta categoria de direitos, prosperou principalmente nos países desenvolvidos, a começar pelos EUA que aprovou sua lei referente ao assunto em 1980, seguido da França, em 1985, que vigorou até a promulgação da Diretiva Européia de 1992, que regulou a matéria uniformemente nos países da União Européia³.

Em todos os países citados o Direito Autoral prevaleceu sobre o seu principal concorrente que era a propriedade industrial, e estendeu-se a sua proteção aos programas de computador, seguindo a doutrina predominante e o acordado nas Convenções sobre Direito Autoral, seja pela via legislativa ou jurisprudencial. Cabe ressaltar, ademais, que o Direito de Autor é infringido não apenas nos casos de cópia do programa, mas também das adaptações, o que foi posteriormente recepcionado pelo Brasil.

Seguindo os passos da experiência internacional, por aqui se adotou a mesma orientação. A LDA (Lei de Direitos Autorais), foi interpretada de forma ampla no que concerne às “obras intelectuais”, e assim foi até a entrada em vigor da Lei 7.646/87, que revelou expressamente o alcance do Direito Autoral, acabando por disciplinar, finalmente, e especificamente, a matéria.

No que tange à interpretação e aplicação das Leis nº 5.988/73 e 7.646/87, esta deve ser entendida como um subsistema daquela, constituindo uma lei autônoma específica, mas intrinsecamente de cunho autoral.

³ A partir de janeiro de 1992, a proteção jurídica dos programas de computador é regida pelas disposições da Diretiva Européia.

1.4 Conceituação básica

O funcionamento de um computador depende do desempenho de duas funções distintas que se completam, a saber, a da criação, que consiste na elaboração de sistemas organizacionais e de programas para computação; e a de processamento pela máquina, que consiste na aplicação das informações recebidas ao programa adequado para obtenção do resultado final almejado.

Neste campo podem ser distinguidos os programas de computador, mundialmente conhecidos como *software*, que são as manifestações intelectuais que alimentam a máquina, propriamente dita, com todos os seus acessórios, como o vídeo, impressora, disco rígido, etc., comumente conhecido como *hardware*. Arnoldo Wald entende por *hardware*, de uma forma geral, a constituição e estrutura física do computador e seus acessórios, ou seja, “o conjunto de materiais, peças e componentes que formam a máquina, e por *software* o conjunto de programas e procedimentos que permitem o processamento de dados no computador, e comandam o seu funcionamento segundo os objetivos do usuário”⁴.

Em vista do que foi dito, poder-se-ia pensar que o *software* é o programa e o *hardware* o computador, mas não é bem assim. Na realidade a noção de *software* é um pouco mais ampla e engloba a do simples programa de computador. Três são as categorias de *software*, na qual a definição do programa de computador está inserida numa delas:

o “programa de computador”: é o conjunto de instruções capaz, quando incorporado num veículo legível pela máquina, de fazer com que uma máquina, que disponha de capacidade para processar informações, indique, desempenhe ou execute uma particular função, tarefa ou resultado.

a “descrição do programa”: é uma apresentação completa de um processo, expressa por palavras, esquemas ou de outro modo, suficientemente pormenorizada para determinar o conjunto de instruções que constitui o programa de computador correspondente.

o “material de apoio” ou suporte para o entendimento ou aplicação do programa: é qualquer material, para além do programa de computador e da descrição do programa, preparado para ajudar a compreensão ou a aplicação de um programa de computador, como

⁴ GOMES, Orlando *et alli. op. cit.*, p.19.

por exemplo as descrições de programas e as instruções para usuários⁵.

Esta distinção é esclarecedora, pois permite isolar melhor o programa de computador, que é realmente o objeto do nosso estudo.

2 - O DIREITO DE AUTOR

2.1 Direito intelectual

À época das codificações, no período iluminista, ocorreu a consagração universal do sistema clássico da divisão tripartite das relações jurídicas: os direitos pessoais, os obrigacionais e os reais. Suas linhas mestras já vinham sendo traçadas desde o direito romano, daí dominando os ordenamentos jurídicos codificados.

Com a evolução do pensamento jurídico no século passado, outras duas categorias de direitos vieram enriquecer o contexto graças ao trabalho da doutrina e da jurisprudência, a saber: os direitos da personalidade e os direitos intelectuais.

Os direitos intelectuais, que nos interessam, são aqueles referentes as “relações entre a pessoa e as coisas imateriais que cria e traz à lume, vale dizer, entre os homens o produto do seu intelecto, expresso sob determinadas formas, a respeito dos quais detêm verdadeiro monopólio”⁶. Esses direitos incidem sobre as criações da mente humana, voltada à sensibilização e à transmissão de conhecimentos, ou à satisfação dos interesses, tanto materiais, como pessoais do homem.

Derivando desta bipartição do direito intelectual, encontramos duas finalidades distintas que originarão dois sistemas jurídicos especiais, quais sejam: o Direito de Autor e o Direito de Propriedade Industrial.

Cabe ao Direito de Autor a regência das relações jurídicas decorrentes da criação e da utilização de obras intelectuais estéticas, integrantes da literatura, artes e ciência. Ao Direito de Propriedade Industrial confere-se “a regulação das relações referentes às obras de cunho utilitário, consubstanciadas

⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 1980, p.52.

⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 1994, p.2.

em bens materiais de uso empresarial, por meio de patentes e marcas”⁷.

Ainda dentro do direito intelectual, podemos distinguir uma dupla proteção à obra, preservando os interesses do criador. A primeira proteção advém do próprio ato criativo, chamado de direitos morais, que são inalienáveis e irrenunciáveis, já a segunda proteção se refere a utilização econômica da obra, chamada de direitos patrimoniais, que são perfeitamente negociáveis.

2.2 Direito autoral

“O Direito de Autor vem sendo considerado um direito especial, sujeito a disciplina própria, apartada das codificações, frente a princípios e regras consagradas, universalmente, em sua esquematização estrutural”⁸.

Essa especialidade é facilmente detectável, aliás, como já fora anteriormente anotado, por seus dois tipos de proteção. Não se cingem nem à categoria dos direitos reais, de que se revestem apenas os direitos chamados patrimoniais, nem à categoria dos direitos pessoais, em que se alojam os direitos morais.

Seu objetivo é a disciplinação das relações jurídicas entre o criador e sua obra, desde que de caráter estético, em função da criação, ou da respectiva inserção em circulação, e frente a todos os que, no circuito correspondente, vierem a ingressar.

A definição legal do que seja uma obra protegida é encontrada na Lei 5.988/73, art. 6º, que conceitua as obras intelectuais como criações de espírito, de qualquer modo exteriorizada, dispondo as formas de exteriorização protegidas nos incisos seguintes.

As obras intelectuais são classificadas em originárias ou derivadas. As primeiras nascem sem qualquer vinculação a outra obra. As derivadas são o fruto do aproveitamento de um trabalho criativo anterior.

Há casos em que algumas manifestações intelectuais, que em princípio estariam enquadradas sob o instituto do Direito de Autor, não são

⁷ BITTAR. Carlos Alberto. *Direito...*, p.3.

⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito...*, p.11.

alcançadas pela proteção autoral em função de razões ligadas a interesses coletivos, seja por sua natureza, origem ou destino. “Artigos de crítica, decisões judiciais, textos de lei e discursos políticos, por exemplo, estão excluídos da proteção autoral”⁹.

2.3 Nascimento do direito

Uma obra intelectual é definida como uma criação do espírito, de qualquer forma exteriorizada, donde concluímos que o momento essencial é a exteriorização da idéia. O Direito de Autor protege as formas, ou manifestações de criações intelectuais, não as idéias que são desenvolvidas para criá-las, que são livres por natureza. A idéia em si é livre, e não pode ser objeto da proteção.

Como o Direito de Autor protege a forma concreta pela qual a idéia se faz perceber aos sentidos humanos, essa exteriorização tem de ser original, ou seja, deve ser integrada de componentes individualizadores, de tal sorte a não se confundir com outras preexistentes. A obra deve conter um mínimo de criatividade, caso contrário não deverá ser protegida. A originalidade é outro necessário para a caracterização das obras protegidas pelo Direito Autoral.

Passando a outro elemento, na maioria das vezes as obras se exteriorizam através de um meio físico, como um livro, e outras vezes só pode atingir aos nossos sentidos pela utilização de um aparelho ou instrumento, que é o caso do nosso objeto de estudo, o programa de computador. Dessa forma, não devemos confundir a obra protegida, com o meio físico que a exterioriza, pois os Direitos Autorais têm por objeto um bem intangível, que não se confunde com o bem tangível na qual se encontra gravada, no caso a máquina em si (*hardware*).

“Há muito a doutrina e jurisprudência abandonaram o entendimento de que a obra protegida deve, necessariamente ter caráter estético, pois, já não se nega mais que obras científicas sejam passíveis de proteção por este instituto, desde que exteriorizadas sob forma literária”¹⁰. A grande maioria dos livros e escritos não fazem mais nenhum apelo ao senso de beleza, que é muito subjetivo, e insuscetível de predeterminação em termos de norma geral.

Quanto ao caso específico dos programas de computador, não há dúvidas que são obras literárias, pois “são escritos em uma linguagem que,

⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito...*, p.18.

¹⁰ GOMES, Orlando. *et alli. op. cit.*, p. 102.

embora não acessível a leigo, contém todos os elementos que caracterizam qualquer linguagem, como, por exemplo, letras e números, além de uma sintaxe lógica própria”¹¹.

Também não há como excluir o esforço intelectual criativo dos programadores que, além de serem os melhores cérebros da humanidade, desempenham suas funções de forma rápida e precisa, justamente por estarem num mercado altamente competitivo que lhes exigem, acima de tudo, agilidade e constantes inovações.

Uma outra característica exigida do programa protegido é o envolvimento do “toque pessoal do seu criador ou criadores, chamada personalidade, porquanto sua exteriorização, a cada passo, importa na escolha, consciente ou inconsciente, mas sempre pessoal de uma variedade de alternativas”¹². Os programadores sempre deixam sua marca pessoal nos programas que produzem, em decorrência das decisões e opções.

2.4 – Titularidade e direitos dela decorrentes

De acordo com o sistema instituído para o Direito de Autor, do qual faz parte o programa de computador, é do fenômeno da criação que resulta a atribuição de direitos sobre a obras intelectuais. Mas em relação ao nosso tema, há que se observar a distinção entre a elaboração do programa em si mesmo, isto é, como produto intelectual autônomo, e a obra intelectual que resulta da aplicação em computador eletrônico. Sobre o programa, não há dúvida que reclama a proteção, pois trata-se inequivocadamente de produto intelectual, mas se nele se contém as instruções necessárias e suficientes para a criação de outra obra intelectual, sempre haverá de se observar se, para a elaboração dessas instruções, o programador ofereceu uma colaboração criativa, além do toque de “personalidade”, caso contrário não merece proteção.

Se um programador desenvolveu seu trabalho por conta própria, e às suas expensas, cabe a ele a titularidade dos Direitos Autorais, mas se ele tinha contrato de trabalho com alguém, pessoa física ou jurídica, e esta o auxiliava tanto tecnicamente ou financeiramente, cabe a este a titularidade, salvo cláusula no contrato de trabalho dispondo diversamente, segundo a legislação brasileira.

A proteção da titularidade estende-se pelo prazo de vinte e cinco anos, contados a partir do nascimento do direito, e não do registro no INPI, pois

¹¹ GOMES, Orlando. *et alli. op .cit.* p.105 - 106.

¹² *Supra.* p.108

este é meramente declaratório, servindo para opor “*erga omnes*” os efeitos da titularidade.

O registro no INPI também é importante para fixar quem deverá ser responsabilizado por vícios ou defeitos do produto frente a sua comercialização, principalmente perante o usuário, pois não podemos esquecer que trata-se de uma relação de consumo, devendo-se adequar ao Código de Defesa do Consumidor.

No caso de programas nascidos por obra coletiva de seus autores, cada qual deles responderá segundo o grau de sua participação na elaboração e no resultado final obtido, a fim de precisar com segurança a posição jurídica de cada participante da criação, incluindo o encomendante, se houver.

O titular tem o direito de exclusividade na exploração de seu programa. De acordo com o Direito Civil, tem o direito de usar, fruir e dispor de sua expressão no campo dos direitos patrimoniais, pois aqui, o Direito Autoral é considerado uma propriedade do titular. Esses direitos são de vital importância para o retorno do capital empregado na sua elaboração.

Os direitos morais do titular são os vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa dos seus interesses pessoais. Não se ligam ao caráter remuneratório da obra, com exceção dos casos de violação do direito protegido, que, então, acarretará a devida indenização por parte do violador, ao sujeito que teve os seus interesses violados.

Na composição pecuniária da indenização por perdas e danos, de acordo com a lei vigente, ainda é possível o dano moral, se a pessoa moral do criador da obra foi, de alguma forma atingida, na distribuição ou reprodução da obra, seja por não constar na cópia o nome do autor, ou ser publicada de forma diversa da que foi criada por seu autor; onde “basta ao autor, apenas, provar que houve a violação do direito para poder exigir perdas e danos, cabendo ao réu o ônus de provar, que naquele caso os danos pessoais não se verificaram”¹³.

São características desses direitos, a personalidade, a perpetuidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, e a impenhorabilidade. Cabem, ainda, na esfera moral, os direitos de paternidade, nomeação, integridade, retirada de circulação e outros, como o de fazer correções, emendas, e acabar a obra.

Os direitos patrimoniais “baseiam-se na utilização econômica da obra, representando os meios pelos quais o autor dela pode retirar proventos pecuniários. São os direitos de reprodução, distribuição e os de

¹³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *op. cit.*, p.300.

representação”¹⁴.

Os primeiros decorrem da comunicação indireta da obra, ou seja, de sua fixação material em papel, película ou fita magnética, principalmente, com o objetivo de remuneração indenizatória. Os direitos de distribuição respeitam diretamente aos da reprodução, pois o titular pode reservar-se o direito de não distribuir obra impressa sem problema algum.

Os direitos de representação dizem respeito à comunicação direta da obra, especialmente através de recitação pública, execução lírica, representação dramática, etc., com o objetivo de propagar a obra e, posteriormente, obter os recursos provenientes de sua exploração.

São características básicas do direito patrimonial: o cunho real ou patrimonial, o caráter de bem móvel, a alienabilidade, a prescritibilidade, a penhorabilidade, e a temporaneidade. Consoante o princípio da divisibilidade dos direitos patrimoniais, estes são independentes entre si, podendo cada qual ser utilizado à vontade do autor, e negociado com pessoas diferentes.

No caso específico do programa de computador, sob a ótica de sua proteção, deve-se observar três elementos diferenciados em sua composição, seja pela sua “estrutura, seqüência, e organização, proporcionando ao intérprete da lei otimizar seu julgamento a respeito da ocorrência ou não de cópia de elementos essenciais ao programa que justifiquem a sanção legal”¹⁵.

3 - FORMAS DE PROTEÇÃO E DIVERGÊNCIAS INTERPRETATIVAS

3.1 Enumeração dos institutos

Diante do já anotado, não se tem mais nenhuma dúvida a respeito da necessidade da proteção ao programa de computador pelo ordenamento jurídico estatal. O que ocorreu, em verdade, foi uma grande dificuldade em se eleger um instituto que salvaguardasse perfeitamente os interesses do seu respectivo titular frente à coletividade.

¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito...*, p.43.

¹⁵ VARELLA, Marcelo. *A propriedade intelectual nos setores emergentes*. 1995, p.201.

No decorrer das décadas, diversas foram as especulações a respeito do enquadramento de um ou de outro instituto, tanto no campo da doutrina quanto no da jurisprudência, mas nenhum encontrou uma base tão sólida e eficiente como o do Direito de Autor, que passou, então, a desfrutar de uma posição preponderante sobre as demais na interpretação dos operadores jurídicos.

Dentre os institutos cogitados encontramos a concorrência desleal, o contrato, a patente industrial ou de invenção, a hipótese de uma categoria *sui generis* de direitos, e o próprio Direito Autoral, que acabou prevalecendo. Sobre cada um deles teceremos comentários, estudando, rapidamente, a possibilidade ou não, do enquadramento para a proteção do programa.

3.2 Concorrência desleal

Historicamente, tem sido flagrante a relação entre a concorrência desleal e a tutela dos direitos intelectuais, mas goza, aquela, de pouca aplicabilidade no setor da informática. Diz-se que ela visa proteger, principalmente, a cópia do programa, pois ao copiá-lo, o concorrente estará praticando um ato desleal.

Assim, uma empresa que se apodera do programa de computador de criação de outra empresa, e o reproduz, ou incorpora na memória interna da máquina, está praticando atos que em abstrato seriam qualificáveis como de concorrência desleal, pois o autor do programa despendeu grande monta de recursos para o desenvolvimento do mesmo, e o concorrente quer apenas desfrutar o trabalho alheio, sem qualquer esforço criativo ou financeiro, experimentando, dessa forma, um enriquecimento ilícito.

O problema está em que o instituto da concorrência desleal é insuficiente para abranger todo o espectro das necessidades do setor da informática, posto que não somente os atos dos concorrentes devam ser coibidos, mas os de qualquer usuário que não possua a devida autorização, seja quanto à cópia, seja quanto ao próprio uso do programa¹⁶.

Por outro lado, não há nenhuma concorrência desleal quando o ato é praticado por alguém que não seja comerciante, posto que não seria, então,

¹⁶ GOMES, Orlando, *et. alli. A proteção jurídica do software*, 1985, p. 60.

concorrente e, portanto, não caberia a proteção.

Em síntese, e ademais, o princípio da concorrência desleal não acompanha os objetivos da proteção à propriedade intelectual, pois não incentiva a formação de novas tecnologias e não democratiza o conhecimento. Assim, esse instituto demonstra-se inadequado para a satisfação das necessidades do setor.

3.3 Contratos

O modo de proteção pelo Direito Civil através dos contratos baseia-se tão-somente na presença de cláusulas proibitivas no seu conteúdo, firmadas entre o detentor da tecnologia e o usuário, com o intuito de impedir que os programas circulem além dos licenciantes. Se o objeto do contrato for repassado a outra pessoa, o licenciado responderia por perdas e danos e lucros cessantes, já previstos contratualmente.

O ponto negativo desta alternativa, é que o controle seria muito complexo, pois com a facilidade na realização de cópias, seria difícil saber quem repassou o programa, ou quantas vezes realizou o ato ilícito.

Outro ponto negativo é que os contratos somente têm efeitos *inter partes*, não gerando obrigações para terceiros. “Logo, se terceiros adquirissem o programa por pirataria, poderiam repassá-lo sem preocupações, pois não estariam infringindo qualquer norma contratual, uma vez que não assinaram qualquer contrato”¹⁷. E o adquirente, por sua vez, estaria na condição de terceiro de boa-fé.

3.4 Forma *sui generis* de proteção

Reiteradamente, alguns órgãos de acesoramento internacionais, têm clamado pela aplicação de uma forma *sui generis* de proteção aos programas de computador. “Conforme a OMPI (Organização Mundial de Propriedade Industrial), nenhuma das formas de proteção cogitadas até o início da década de setenta seria adequada para a proteção dos programas de

¹⁷ VARELLA, Marcelo. *op. cit.*, p. 184.

computador, devendo haver uma legislação específica para tratar o assunto”¹⁸.

Alguns doutrinadores chegaram a defender que estaríamos diante de uma lacuna no Direito, pois anteriormente não se previa uma proteção via Direitos Autorais, logo deveria haver uma regulamentação específica para a matéria. Outros pregavam que havia uma pluralidade de normas aplicáveis, um verdadeiro conflito positivo de normas, sem saber, de imediato, qual utilizar.

“O Brasil adotou uma legislação não completamente *sui generis* de proteção, pois sua base encontra-se na legislação de Direitos Autorais”¹⁹. Na verdade, o Brasil criou um legislação ordinária específica, regulamentando a proteção do programa, tendo como subsídio a legislação de Direitos Autorais.

3.5 Patentes de invenção

Quando do período de procura por uma forma de proteção aos programas de computador, no início dos anos setenta, o sistema de patentes foi o mais requisitado, devido ao fato da não completa solidificação dos entendimentos, e da não existência nos ordenamentos jurídicos estatais de lei pertinente, deixou-se a cargo dos doutrinadores a regulamentação da matéria.

“Pareciam estar, presentes, mesmo, os requisitos legais da patenteabilidade dessa invenção, visto que cada programa que resulta da atividade criadora e pessoal de seu autor consiste em evidente inovação original, de clara aplicação industrial”²⁰.

O sistema de proteção à propriedade intelectual por patentes difere dos Direitos Autorais, pois exige que o bem protegido possa ser inserido em um processo industrial, e também porque garante mais direitos aos titulares da proteção.

Não obstante o cumprimento das exigências de originalidade e novidade pelo criador do programa, desde que este não fosse óbvio, a tendência foi a de se chegar a uma recusa da proteção. É que há outro requisito para a

¹⁸ VARELLA, Marcelo. *op.cit.* p.210

¹⁹ *Supra.* p.,213.

²⁰ MANSO, Eduardo Vieira. *A informática e os direitos intelectuais.* 1985, p.104.

patenteabilidade da invenção, que é a industriabilidade desta. Este foi um forte argumento contrário ao patenteamento do programa, pois é a máquina que faz o processo produtivo, o programa apenas a conduz. Dessa forma, se não está inserido em um processo industrial, não pode ser patenteado.

Há, entretanto, uma controvérsia a respeito da distinção entre o programa que é absolutamente independente do funcionamento da máquina, e que não acrescenta nenhuma melhoria ao funcionamento dela, dos programas que possibilitam um melhor funcionamento, tanto na rapidez como na eficiência, estes sim podem ser objeto de uma patente de invenção, o que classificaria os programas, segundo sua função, em “patenteáveis e não patenteáveis”²¹.

Segundo a doutrina que defendia a aplicação deste instituto ao programa, a patente protegeria esta nova combinação constituída por um sistema automático integrado à máquina, satisfazendo os requisitos tanto da originalidade quanto da novidade, e da utilidade industrial.

A nova Lei de Patentes brasileira (9.279/96) exclui completamente o logiciário de sua proteção, pois o art. 10, inc. V, nos diz “não se considera invenção, nem modelo de utilidade, programas de computador em si”. Marcelo Varella observa que, “as novas correntes jurisprudenciais internacionais, sobretudo a norte-americana, têm considerado os programas como passíveis de patenteamento”²². Essas decisões refletem o aviltante protecionismo americano na defesa do seu país.

3.6 A proteção pelo direito autoral

Os programas de computador, sem dúvida, são obras intelectuais, de caráter científico, dada a sua função estritamente técnica. Uma vez externados e obedecendo aos requisitos da originalidade e da criatividade – a liberdade pessoal de escolha aqui englobada - hão de merecer a tutela do Direito de Autor.

Muito embora apresentem todas as características de um trabalho literário; “sejam criados pelo trabalho intelectual de uma ou mais pessoas; sejam compostos por uma seqüência de caracteres alfabéticos, numéricos e de pontuação, formando texto numa página, ou sendo forma de expressão de uma

²¹ Comentário feito por Manso sobre o Colóquio de Estrasburgo de 1967 in *A informática e os direitos intelectuais*. 1985, p.108 e 109.

²² VARELLA, Marcelo. *op. cit.*, p.208.

idéia”²³; ainda assim muitos doutrinadores não aceitam o enquadramento do programa como Direito de Autor.

Há uma corrente doutrinária que nega a proteção dos programas pelos Direitos Autorais por estes não constituírem uma expressão que possa ser sentida pelo homem, e sim um conjunto de símbolos inteligíveis, muitas vezes não perceptíveis ao olho humano, portanto incapaz de ser sentido diretamente pelo homem, já que estão contidos em disquetes ou na memória interna.

Outro argumento utilizado é a não preocupação com a estética ou artística do trabalho, argumento este que já foi largamente desprezado pela doutrina, que entende que “a estética não é mais requisito essencial para a caracterização da obra”²⁴.

Também apontavam o trabalho essencialmente matemático, que não dava lugar algum à originalidade. Essa alegação vai de encontro ao que representa o ponto central do programa, que é a seleção e sistematização de informações, função pessoal do programador através de uma atividade criativa, sendo o seu resultado uma obra original.

Mesmo diante desses argumentos, muitas vezes fracos, insistiam em se manter contrários a tendência mundial do reconhecimento da proteção por esse instituto, tendência essa que se apoiava na grande amplitude de recepção por parte do Direito de Autor para com os programas através das vantagens oferecidas que passamos a citar:

- **a possibilidade de utilização de um conjunto de regras e princípios existentes no mundo todo;**
- **longo prazo de duração dos direitos;**
- **caráter declarativo da proteção, o que faz o direito retroceder à data da criação do programa;**
- **acesso a normas legais preestabelecidas que contém dispositivos que impossibilitam a reprodução não autorizada;**
- **a pouca burocracia para a efetivação dos registros;**
- **a assimilação dos direitos de proteção aos produtores de programas de computador com os trabalhos literários, artísticos ou científicos, apesar dos caracteres funcionais dos programas;**
- **e principalmente, a existência de convenções internacionais, que garantem a proteção em nível mundial, que tem grande**

²³ MANSO, Eduardo Vieira. *op. cit.*, p.126.

²⁴ GOMES, Orlando. *et alli. op. cit.*, p.2.

importância devido ao mercado global do “software”²⁵.

Finalmente, é de se ressaltar, ainda, que o Direito Autoral não tem, em princípio, como fim, o incentivo da criação, mas a proteção da “personalidade” do autor tal como ela se exprime através da sua obra. Por isso, o monopólio concedido ao autor tem um campo limitado, diferentemente do monopólio do inventor, que encerra a fabricação e comercialização do objeto.

Justamente por ter a abrangência do seu monopólio tão limitada, a proteção à violação deste direito deve ser feita de forma rápida e precisa, pois é a pessoa do criador que responde por eventuais vícios resultantes da violação se esta não for descoberta a tempo de se prevenir esses riscos.

3.7 A Violação ao Direito de Autor

Nesta altura do presente capítulo, e à vista do exposto, o problema com que nos deparamos agora, é definir, exatamente, o momento em que se configura o delito da pirataria ou da contrafação, posto que a linha que separa uma conduta legal de uma ilegal é muito tênue.

Há duas décadas atrás havia um entendimento majoritário internacional no sentido de que a memorização de dados presentes nos programas, ou seja, a entrada e conseqüente fixação na memória interna do computador desses programas, haveria de ser considerada como reprodução não autorizada, enquanto que a saída, não necessariamente, implicava numa violação do Direito Autoral.

Posteriormente, com a devida solidificação do conhecimento e entendimentos acerca da matéria, essa corrente majoritária tornou-se minoritária, e entendeu-se por não se considerar uma violação, com exceção à legislação alemã, que ainda assim a considera.

“A contrafação caracteriza-se pela reprodução total ou parcial de um programa, da mesma forma que toda adaptação de um programa feita sem autorização do autor ou do titular dos direitos autorais”²⁶. A grosso modo, pode ser feita através da pirataria, ou seja, a reprodução fiel de um programa, que inclui muitas vezes a cópia fiel de sua embalagem e da marca nele impressa; e

²⁵ VARELLA, Marcelo. *op. cit.*, p.211.

²⁶ BERTRAND, André. *op. cit.*, p.113.

da contrafação propriamente dita, através do empréstimo sutil de um ou vários elementos do programa.

Conforme tenha agido de um ou de outro modo, o infrator causa efeitos diferentes. Em decorrência do primeiro ato, ele impede a venda do produto original e perturba o seu canal de distribuição; já em decorrência do segundo, tem-se mais um efeito parasitário, já que permite a criação e venda de um programa com economia das despesas de pesquisa e desenvolvimento.

Também se considera contrafator o empregador de uma pessoa que utiliza um programa contrafeito no quadro de suas atividades profissionais, além do empregado que, valendo-se da sua posição privilegiada numa empresa que desenvolve *software*, copia-os ou desenvolve similar com o intuito de lucro.

3.8 Tutela Jurídica

O primeiro passo para se identificar o meio mais adequado para resguardar a titularidade, e os direitos a ela concernentes, sobre o Direito Autoral, é verificar se este é suscetível de posse, uma vez que o assunto é amplamente discutido pelos doutrinadores, que se posicionaram de forma positiva ou negativa em relação a tutela do Direito de Autor pelos meios possessórios.

A corrente predominante é a negativista, liderada, entre outros por Ascensão, para quem “a obra não é, pois, suscetível de posse. Como veremos, os meios de tutela desta dispensam os recursos aos meios possessórios”²⁷. Esta posição acabou por disciplinar a matéria, repudiando, inclusive, a qualificação como propriedade. O entendimento, dessa forma, passava a ser de que a obra não é suscetível de posse, e os meios de tutela desta dispensam o recurso aos meios possessórios.

A lição do Desemb. Humberto Theodoro Jr., numa decisão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais a respeito do interdito proibitório, é a seguinte:

a) a proteção possessória pressupõe exterioridade de domínio, o que,

²⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p.156.

com situação fática, só pode ocorrer diante de coisas corpóreas;

b) o direito autoral não é mais tratado como espécie do direito de propriedade, é direito *sui generis*, submetido a regime próprio, distinto dos direitos reais;

c) não se pode conceber exterioridade fática de uma situação abstrata como a do direito autoral;

d) só se admitiu, historicamente, o uso dos interditos na defesa do direito autoral como medida de preenchimento de lacunas do direito processual;

e) existe, atualmente, um completo sistema administrativo e processual de tutela do direito autoral, que não só dispensa a via possessória, como é mais eficiência que ela.²⁸

Visto que o Direito Autoral não é propriedade, e sim um direito *sui generis*, insuscetível de posse, torna-se, portanto, inadmissível o interdito proibitório, pois tal procedimento deve estar diretamente ligado à posse.

O sistema processual de controle dos atos que violem o Direito Autoral dos programas de computador está disposto nos artigo 35 e seguintes da Lei nº 7.646/87, e baseiam-se, principalmente, no campo civil, na busca e apreensão do objeto da violação, na abstenção da prática do ato, e na indenização por perdas e danos.

No campo criminal, o artigo 38, *caput*, da Lei 7.646/87, prevê a ação penal competente, que será promovida mediante queixa, salvo nos casos praticados contra a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação sob supervisão ministerial.

A proteção particular ao Direito de Autor mais importante, e mais usada, é a ação cautelar de busca e apreensão, em que o juiz designará dois peritos que devem confirmar a ocorrência da violação, antes da apreensão.

Junto a essa, cabe a indenização por perdas e danos, em que incorre o violador, diante da prática do ato ilícito, tanto no caráter moral como no patrimonial, de forma a englobar os lucros cessantes, danos emergentes, e os que importem numa descaracterização da pessoa do autor. Cabe ao autor, nos termos gerais, fazer a demonstração desses danos, de forma quantificada.

Outra medida possível é a ação para proibir ao infrator a prática do ato incriminado, com a cominação de pena pecuniária para o caso de

²⁸ TEODORO JR, Humberto. *apud*, PIMENTA, Eduardo S., 1994, p.30 .

transgressão do preceito. Diante desta ação, o juiz poderá conceder medida liminar, independentemente de medida cautelar preparatória. Na verdade o juiz deverá, e não, poderá conceder, a medida liminar, para evitar eventuais prejuízos ao titular do direito violado.

A ação civil, proposta com base em violação dos direitos relativos a propriedade intelectual sobre os programas de computador correrá em segredo de justiça, e prescreverá em cinco anos, assim como as ações fundadas em inadimplência de obrigações dela decorrentes.

4 - LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

4.1 Análise da Legislação em vigor

A norma pertinente à matéria está disposta sob o enunciado da Lei n.º 7.646/87, que dispõe quanto à proteção da propriedade intelectual sobre programas de computador e sua comercialização no país, que veio a dirimir as dúvidas existentes num importante setor emergente como é o da informática.

Nas disposições preliminares, artigos 1º e 2º, há a definição do que seja o programa de computador, e especifica-se qual o regime de proteção a ser aplicado, vale dizer, o Direito do Autor (Lei nº 5.988/73), respeitadas as peculiaridades inerentes ao programa.

O prazo em que fica assegurada a tutela é de vinte e cinco anos, contados a partir do lançamento do objeto em qualquer país, sendo atribuídos os direitos desta lei aos estrangeiros domiciliados no exterior, desde que o país de origem do programa trate com reciprocidade os domiciliados no Brasil.

O titular do Direito de Autor deverá submeter ao órgão competente, quando do pedido do registro, se quiser, trechos do programa ou equivalente, que considere suficiente para caracterizar a independência e a identidade da criação. Essas informações do registro são sigilosas, e não podem ser reveladas, exceto por ordem judicial ou requerimento do titular.

Conforme o artigo 5º, os direitos pertencem exclusivamente ao empregador, excluindo toda e qualquer participação do empregado, salvo contrato dispendo de maneira diversa. Este mandamento vem em desrespeito completo aos princípios da participação dos trabalhadores nos lucros das empresas, garantia consagrada pelo moderno direito do trabalho, em nível internacional.

No artigo 7º, encontramos situações expressas, em que não constitui ofensa ao Direito de Autor de programa de computador, como a reprodução de cópia legitimamente adquirida, desde que indispensável ao uso do programa.

Os incisos I e II do § 3º do artigo 8º dispõem sobre os efeitos que o cadastramento estabelece aos negócios jurídicos em que o objeto central é o programa de computador.

Mais algumas dúvidas são dirimidas na inteligência do artigo 10, em suas alíneas e incisos, em relação a similaridade entre programas. Artigo este, meramente explicativo, aliás, como os seguintes deste Título.

O Título V estabelece as regras para a comercialização do produto, de uma forma também explicativa e nitidamente protecionista à indústria nacional, que detinha o monopólio do comércio desses programas na época da promulgação dessa lei, tendo as empresas não nacionais que cederem ou licenciarem seus direitos para aqui os comercializarem.

Na parte das disposições gerais encontramos a questão burocrática como objeto principal, tanto no campo da transferência de tecnologia, quanto na área tributária, referente aos gastos realizados com a aquisição dos programas, e também, outros incentivos à indústria nacional que desenvolva *software*, na época com o pretexto de defender o mercado nacional das multinacionais.

Finalmente, na última parte, temos a regulamentação penal e civil para os casos de violação dos direitos autorais, como já fora anteriormente explicitado, e também o tempo de prescrição para as ações civis.

4.2 Projeto de Lei da Câmara Federal nº 14/96

Diante da nova situação de abertura do mercado, e atendendo à globalização da economia e tecnologia, o governo foi obrigado a editar novo projeto de lei para disciplinar a matéria, restringindo o excessivo protecionismo e procurando tornar o mercado mais competitivo em nível nacional, e dando, bem assim, à matéria, um tratamento mais amplo que a lei atualmente em vigor.

Numa rápida análise do Projeto em questão falaremos sobre os principais pontos que ele aborda trazendo algumas novidades para o novo mercado.

No Título I, no artigo 1º, dá a definição do que seja o programa de

computador, acrescentando a forma análoga de técnica de funcionamento à digital já existente na lei, para dirimir eventuais dúvidas a respeito.

No Título II continua a impor o regime de proteção igual ao do Direito Autoral, acrescentando perigosamente que não se configuram mais dentre os direitos dos autores os direitos morais, ressalvado o de reivindicar, a qualquer tempo, a paternidade do programa.

O Projeto de Lei elimina os direitos morais do autor, justamente por cumprir acordos internacionais realizados, dos quais o Brasil participou, que assim decidiu (GATT). Esse fato espelha a relação de colonialismo ainda existente entre os países ditos de primeiro mundo e os de terceiro, que impõem a sua vontade de acordo com os seus interesses internos.

Também neste Título, estende a tutela dos direitos patrimoniais a cinquenta anos, contados a partir do primeiro dia do ano subsequente ao da sua criação. Concede a independência de registro, e aquele direito exclusivo de autorizar ou proibir o aluguel comercial, não sendo esse direito exaurível pela venda, licença ou outra forma de transferência da cópia do programa.

Se o titular dos direitos autorais resolver registrar o programa deverá dar informações ao órgão encarregado do registro sobre seu programa, o suficiente para caracterizar a sua criação, que será sigilosa.

O empregador é o único beneficiário dos direitos relativos a criação do programa, tanto se for desenvolvido por empregado, servidor, bolsistas, estagiários e assemelhados, se estes se valerem, para o desenvolvimento do *software*, de algum benefício material, físico, financeiro, tecnológico ou nas instalações do empregador, salvo cláusula contratual com estipulação em contrário.

No artigo 6º encontramos os casos que não constituem ofensa aos direitos do titular do programa, como na lei vigente.

No Título III, dispõe que o uso do produto somente se dará por meio de licença, que deverá ser provado pelo contrato ou pelo documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento da cópia.

Ainda neste Título, o Projeto explicita os direitos do consumidor através de obrigações impostas a quem comercializar o programa.

O Título IV trata das penalidades e sanções impostas a quem desrespeitar as normas presentes nesta lei. Os crimes previstos somente se procedem mediante queixa, com exceção se forem cometidos contra os interesses públicos. A busca e apreensão e a ação penal serão precedidas de vistoria.

A ação civil correrá em segredo de justiça, e o juiz poderá conceder medida liminar independentemente de ação cautelar preparatória.

No Título V, estabelece as providências necessárias para disciplinar os contratos de transferência de tecnologia, dispondo a respeito das cláusulas nulas, e controlar a entrada de programas estrangeiros no país, além de garantir que não haja remessa ilegal de divisas para fora, tendo como pretexto o pagamento de Direitos Autorais ao titular.

Mesmo em se tratando de uma futura nova lei, em muito é parecida com a antiga na base, mas de uma concepção extremamente alheia à antiga reserva de mercado, que só serviu para alguns ganharem muito dinheiro.

Em seguida confrontaremos a Lei com o Projeto, e conseguiremos ver nitidamente essas características tão diferentes.

4.3 Confrontação da Lei nº 7.646/87 com o Projeto de Lei nº 14/96.

Cabe aqui, primeiramente, esclarecer que o Projeto de Lei sob comentário, veio a substituir um outro, mais antigo, de nº 997/91, devido a algumas mudanças e favorecendo o aprimoramento do texto legal consoante a crescente abertura e desenvolvimento da política brasileira de informática iniciados em 1991.

Em sua totalidade literária, o Projeto é muito parecido com a legislação vigente, mas em alguns pontos existem diferenças que o levam a um texto legal ideologicamente contrário à Lei. Também são reveladas algumas respostas às dúvidas dos operadores jurídicos na interpretação da doutrina aplicada aos direitos intelectuais sobre os programas de computador, como é o caso do artigo 2º, que dispensa aos programas o mesmo regime de proteção das obras literárias.

No campo dos direitos dos titulares, a sua tutela fica assegurada, no Projeto, pelo prazo de cinquenta anos, e não mais vinte e cinco anos, como é atualmente. Mas se por um lado o titular é beneficiado pela extensão do prazo de proteção, por outro, ele perde os seus direitos morais sobre a obra, com exceção, obviamente, do de reivindicar, a qualquer tempo, a sua paternidade.

Quanto ao registro, continua a estabelecer o preceito meramente

declaratório, e não constituidor de direitos, que dispensa o titular de registrar a sua obra no órgão competente, mas se o criador quiser registrá-la, terá a garantia de que as informações constantes do registro continuarão sigilosas, salvo nos casos já explicitados no item 4.1.

O empregador ou contratante continua com todos os direitos advindos do seu investimento na produção da obra, não cabendo ao funcionário qualquer bônus se este estava sob contrato de trabalho, ou desenvolvendo seu trabalho com o auxílio financeiro, tecnológico ou material de empresa. No parágrafo 3º do artigo 4º, o texto do Projeto esclarece outro ponto obscuro na Lei, acerca dos bolsistas ou estagiários, conferindo a eles o mesmo tratamento dispensado aos empregados envolvidos no desenvolvimento.

Os artigos sob a égide do título terceiro, exprimem com nitidez a preocupação com o equilíbrio das relações de consumo num mercado tão avançado, submetendo completamente a comercialização dos programas de computador à obediência ao Código de Defesa do Consumidor.

Frente a tamanha regulamentação existente na Lei 7.646/87 nos casos de importação de tecnologia, proteção do mercado nacional e incentivos à indústria nacional produtora de *software*, o Projeto de Lei apenas dispõe cuidados a serem tomados para evitar a sonegação fiscal e a evasão de divisas ao titular dos direitos autorais domiciliado no exterior, e o controle pelo INPI dos contratos de transferência de tecnologia.

4.4 Jurisprudência

Basicamente, a jurisprudência tem destacado três pontos distintos que dizem respeito à aplicabilidade do Direito Autoral aos programas de computador. O primeiro ponto é a respeito da admissibilidade ou não da proteção possessória, via interdito proibitório para resguardar os interesses do titular. O segundo ponto gravita em torno da declaratividade ou constitutividade do registro do *software* na, então, Secretaria Especial de Informática e no Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Finalmente, o último ponto diz respeito ao enquadramento ou não do *software* e *hardware* sob a abrangência do Direito Autoral.

Referentemente ao primeiro ponto, há divergência na jurisprudência nacional, com alguns entendendo que cabe e outros entendendo que não cabe interdito proibitório na defesa do direito do titular sobre os

programas.

No Recurso Especial nº 41.813-5, a terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu a favor da admissibilidade dos interditos para a proteção dos Direitos Autorais, tendo como ementa oficial os seguintes dizeres: “Sendo o direito autoral uma propriedade, legítima a defesa de tal direito via ação de interdito proibitório”²⁹.

O Relator desse recurso tomou a seguinte lição de Clóvis Beviláqua para proferir o seu voto: “O conteúdo do direito de propriedade está indicado nas expressões: usar, gozar e dispor de seus direitos, que, aliás, pressupõe a posse.” Segundo o Relator, “encontrava-se o recorrente, sem dúvida, ao postular o interdito proibitório, na situação de possuidor turbado em sua posse, e esta, indubitavelmente, é do direito real, não pessoal, porquanto o direito do autor se equipara aos bens móveis, logo, o exercício do direito autoral é protegido por interdito possessório.”³⁰

De qualquer forma, esta não é a posição predominante na jurisprudência, que se agrega continuamente ao entendimento do não cabimento desse instituto para a proteção do Direito Autoral. Corrente esta liderada pelas decisões do Tribunal de Alçada de Minas Gerais e pelo Supremo Tribunal Federal.

Na Apelação Cível nº 27.314, o TAMG (Tribunal de Alçada de Minas Gerais) decidiu pela ausência de possibilidade de proteção possessória para Direitos Autorais pela falta de detenção física da coisa, pois a posse pressupõe a existência de coisa corpórea, então, suscetíveis de serem apreendidas.

Quanto ao segundo ponto, clara e pacífica é a jurisprudência que, cada vez que é chamada a se manifestar, pronuncia-se no mesmo sentido reiteradamente, atribuindo efeito meramente declarativo ao registro.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível nº 155.952-1, e o TAMG, na Apelação Cível nº 01558292-8/00, seguem a mesma linha, conferindo efeito tão-somente declarativo ao registro, dessa forma, não induzindo reconhecimento de domínio, sendo expressamente assegurado este domínio, pela originalidade e anterioridade da publicação das obras, estes sim, constitutivos de direitos aos seus titulares.

O TJSP se pronunciou em 1986, portanto antes da entrada em vigor da atual legislação, a respeito da incidência do *hardware* e *software* nos

²⁹Recurso Especial nº 41.813-5 in RT 715/285.

³⁰Supra, idem.

Direitos Autorais, decidindo-se pela abrangência apenas do segundo (Apel. Cív. 68.945-1), entendimento este que veio a se consolidar com a promulgação da atual Lei do *Software*.

As ações tendo como objeto o programa de computador tem sido mais freqüentemente encontradas na jurisprudência do TJSP, devido ao grande polo industrial lá instalado.

Lá encontramos outros julgados acerca da contrafação desses programas, que violam o Direito Autoral, mediante plágio, pela utilização da metodologia da programação intelectualmente criada pelo autor, o que irá resultar numa ação de indenização por perdas e danos, diante da comercialização do material contrafeito, com pedido cominatório cumulado, conforme apelações cíveis n.ºs. 222.241-1/95 e 247.951-1/96, todos do Egrégio Tribunal paulista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos na presente monografia como se dá o enquadramento do programa de computador pelo instituto do Direito de Autor, desde a sua descoberta como meio autoral protegível, frente às violações. Também situamos o leitor a respeito do que seja o Direito Autoral, suas características e implicações.

No primeiro capítulo tratamos do surgimento do programa de computador como campo para a atuação do Direito. Uma breve introdução serviu para alertar o leitor da sua importância, seguido de um histórico do desenvolvimento desses programas e suas implicações no campo jurídico, decorrentes da sua violação.

Procuramos acompanhar e demonstrar o avanço das discussões e decisões na medida em que se foram avolumando os casos concretos, principalmente nos países com tecnologia de ponta, e no Brasil, especificamente, por ocasião da promulgação das respectivas legislações.

Junto a esses entendimentos, coube-nos apontar as conceituações básicas dos objetos diretamente envolvidos no assunto, como o *hardware* e o *software*, além de elencar os tipos existentes, o que nos levou a delimitar, ainda mais, o nosso objeto de estudo, já que nem todos os tipos de *software* são

protegíveis.

No segundo capítulo procuramos mostrar o que é o Direito Autoral, como ocorre, para que serve, de onde veio, e o que decorre a partir dele, pois sem termos uma visão básica a respeito desse instituto, não poderemos cogitar da forma de proteção dos programas.

Estudamos o Direito Autoral como direito especial, decorrente do direito intelectual, procurando mostrar a bipartição deste, e delimitar o objeto e o objetivo de cada um.

Analizamos e procuramos fixar o exato momento do nascimento do direito, assim como as conseqüências desse nascimento. Também a titularidade foi observada aqui, tendo como ponto principal os direitos dela decorrentes, mas também as suas obrigações.

Na terceira parte, vimos as formas de proteção em que podemos enquadrar o programa, consoante a natureza de cada forma. Partindo de uma enumeração destas, analisamos vantagens e desvantagens, consagrando o Direito Autoral como o mais adequado, diante das suas visíveis vantagens sobre os outros.

Iniciamos, então, a constatação das dúvidas a respeito da forma e do momento em que ocorre a violação dos Direitos Autorais, e os dois tipos de contrafação existentes de programas: pirataria e contrafação propriamente dita.

Posteriormente, explicitamos como ocorre a tutela e os meios processuais adequados para a proteção dos direitos do titular, além da indenização, esclarecendo a possibilidade da aplicação do interdito proibitório, mas também as providências necessárias para o processo criminal.

Finalmente, no quarto capítulo, procuramos fazer uma análise da legislação em vigor, seguida da análise do Projeto de Lei que tramita na Câmara Federal sobre o assunto, confrontando-os e discutindo-os.

Alertamos, principalmente, para o fato de que o Projeto restringe o Direito do Autor apenas aos direitos patrimoniais, excluindo os direitos morais, com exceção à paternidade da obra.

De fato, estar-se-ia retirando a proteção dos Direitos Autorais do programa, pois este se caracteriza por ser um direito especial, e, bem assim, reduzindo-o, à um direito meramente patrimonial.

Ao nosso ver, este ditame legal é muito perigoso, pois o Direito de Autor é, por sua natureza, composto tanto de direitos patrimoniais como morais, não se situando no direito das coisas nem nos direitos personalíssimos, mas se encaixando, dessa forma, e como foi dito durante todo o trabalho, na categoria

de direitos especiais.

Por último, citamos a jurisprudência que entendemos pertinente aos casos, cujos acórdãos, embora poucos, demonstram que foi correto o caminho que trilhamos durante esta monografia, especialmente no que concerne à proteção dos programas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro : Forense, 1980.
- 2 BERTRAND, André. *A proteção jurídica dos programas de computador* (trad. Vanise Pereira Dresch). Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1996.
- 3 BITTAR, Carlos Alberto. *O direito de autor nos meios modernos de comunicação*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989.
- 4 BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1994.
- 5 BITTAR, Carlos Alberto. *A lei de direitos autorais na jurisprudência*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988.
- 6 BRASIL. Lei 5.988, de 14 de dezembro de 1973. *Regula os direitos autorais e dá outras providências*.
- 7 BRASIL. Lei 7.646, de 18 de dezembro de 1987. *Dispõe quanto à proteção da propriedade intelectual sobre programas de computador e sua comercialização no País e dá outras providências*.
- 8 BRASIL. Lei 8.078, de 11 de novembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*
- 9 BRASIL. Lei 9.279, de 14 de fevereiro de 1997. *Regula direitos e obrigações*

relativos à propriedade industrial.

- 10 BRASIL. Projeto de lei da Câmara Federal nº 997/91. *Dispõe quanto à regulamentação do software.*
- 11 BRASIL. Projeto de lei da Câmara Federal nº 14/96. *Dispõe quanto à proteção dos programas de computador.*
- 12 GOMES, Orlando, *et alli*. *A proteção jurídica do software*. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1985.
- 13 MANSO, Eduardo Vieira. *A informática e os direitos intelectuais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985.
- 14 PIMENTA, Eduardo S.. Interdito proibitório em direito autoral. *Revista dos Tribunais*, v. 709, 1994, p. 28-33.
- 15 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*, v. 5. São Paulo : Saraiva, 1995.
- 16 VARELLA, Marcelo. *A propriedade intelectual nos setores emergentes*. São Paulo : Atlas, 1995.