

O SOFTWARE INSTITUTO DE DIREITO AUTORAL *SUI GENERIS*

Marcos Wachowicz*

RESUMO

Na busca de apresentar novas reflexões sobre a problemática da proteção jurídica do *software* em face da Revolução da Tecnologia da Informação. A hipótese central da tese refere-se à tutela do *software* enquanto instituto *sui generis* do Direito Autoral, que deve estimular a difusão da Tecnologia da Informação e propiciar o surgimento de inovações tecnológicas inerentes à Sociedade Informacional. Para tanto, a metodologia adotada parte da análise dos principais tratados internacionais que regulamentam a Propriedade Intelectual, das Diretivas Européias e das regulamentações já adotadas no exterior e no Brasil quanto ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: REVOLUÇÃO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO; SOFTWARE; PROPRIEDADE INTELECTUAL

ABSTRACT

The present work tries to show new thoughts on the problems involved in the *software* law protection in view of the Information Technology Revolution. This theses central hypothesis is the software protection *sui generis* an intellectual law that must stimulate Information technology dissemination and technological innovations concerning Informational Society. The present study aims at showing the importance of *software*, using a methodology based on the analysis of the main international agreements that regulate Intellectual Property, on the European Directives and on the rules and regulations already in use in Brazil and foreign countries.

KEYWORDS: INFORMATION TECHNOLOGICAL REVOLUTION; SOFTWARE; INTELLECTUAL PROPERTY

* Professor de Direito na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor permanente no Curso de Pós-Graduação – programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, Mestre em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa – Portugal. Especialista em Direito da Propriedade Intelectual e Direito e Tecnologia da Informação. Autor das obras: Direito Internacional Privado. Negócios Internacionais. Tecnologia; Propriedade Intelectual do software e Revolução da Tecnologia da Informação. E-mail: marcosw@cej.ufsc.br

Sumário: 1. Introdução. 1.1. Os Direitos Morais. 1.2. Os Direitos Patrimoniais. 1.3. Os Direitos Conexos. 2. Os Requisitos básicos do *software* para o Direito Autoral. 2.1. Função utilitária do *software*. 2.2. A originalidade relativa. 2.3. A expressão da idealização do *software*. 2.4. A fixação do programa para o registro no INPI. 3. A titularidade da propriedade intelectual do *software*. 3.1. A Titularidade quanto ao Modo de Criação. A) A obra individual. B) A obra de colaboração. C) A obra coletiva. 3.2. A Titularidade do *Software*: empregador ou empregado. 4. Considerações Finais. Referências.

1. Introdução

O Direito Autoral trata da propriedade literária, científica e artística, protegendo o autor e seus sucessores em relação às obras criadas. O direito de autor foi objeto de várias convenções internacionais a partir da Convenção de Berna em 1886, e suas revisões foram incorporadas no ordenamento interno brasileiro.

O Direito Autoral confere ao seu titular uma exclusividade de utilização da obra, entendida como o direito de utilizar, publicar, divulgar e reproduzir quantos exemplares forem necessários para atingir o público a que se destina a obra. Trata-se, pois, de direitos individuais, subjetivos, de caráter absoluto, que por um determinado tempo serão exercidos pelo autor e/ou seu titular. Os Direitos Autorais se categorizam em Direitos Morais, Direitos Patrimoniais e Direitos Conexos.

1.1 Os Direitos Morais

A expressão Direitos Morais, no Direito Autoral, tem sua origem na doutrina francesa baseada na teoria dualista, que reconhecia no direito do autor elementos de duas ordens diferentes: uma pautada na relação criativa entre o autor e sua obra e outra, no direito de utilização da obra economicamente (*droit de suite*).

Os Direitos Morais do autor seriam reconhecidos e introduzidos no direito internacional pela Convenção de Berna, a partir da Revisão de Berlim de 1908, por não possuírem qualquer categoria estética e serem direitos subjetivos do titular dos direitos autorais, de caráter personalíssimo.

Contudo, na Rodada do Uruguai em 1994 a disposição final do TRIPs não obrigou aos Estados-membros a cumprir o disposto no artigo 6 bis da Convenção de Berna, que estabelece no seu ordenamento jurídico interno a tutela dos direitos morais do autor.

Neste sentido, pode-se compreender melhor o atual estágio do direito de *copyright* e sua relação com os direitos morais. Isto porque, com a adesão dos Estados Unidos à Convenção de Berna no ano de 1988, esperava-se como consequência uma ampliação na legislação do país no conteúdo moral do *copyright*. Detecta-se, no entanto, uma repercussão limitada apenas às legislações estaduais dos estados da Califórnia, Massachusetts, Nova Iorque e Louisiana. Assim, o reconhecimento de direitos morais no sistema *copyright* está muito distante do sistema europeu continental e latino-americano.¹

No Brasil os direitos morais do autor já estavam consagrados a teor do artigo 25 da Lei n.º 5.988/73. A nova Lei n.º 9.610/98 veio apenas ampliar os direitos morais em consonância à Convenção de Berna, independentemente do TRIPs.

A Lei brasileira² indica distintas prerrogativas irrenunciáveis e inalienáveis que são atribuídas ao autor da obra, como os direitos: de personalidade ou paternidade, que liga definitivamente o autor como criador intelectual de sua obra; de denominar a obra, que é a atribuição exclusiva do autor de livremente nominar sua obra; de inédito, que consiste na possibilidade, a critério do autor, de não publicar ou divulgar sua obra; de modificação, em que só o autor poderá proceder a qualquer alteração, adaptação ou

¹Neste sentido ver: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2.^a Ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p. 4; SAHM, Regina. **O Direito Moral de Autor e o Fundamento do Direito à Intimidade**. In BITTAR, Eduardo C.B. CHINELATO, Silmara Juny. **Estudos de Direito de Autor, Direito da Personalidade, Direito do Consumidor e Danos Morais**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2002, p. 48.

²“A Lei 6.910/98 inovou em matéria de direito moral, criando em parte, restrição ao seu exercício, no que diz respeito à retirada de circulação ou de suspensão de utilização já autorizada. A restrição reside no fato de limitar o exercício de tal direito moral a hipótese em que a “circulação ou utilização implicarem afronta” a reputação ou à imagem do autor. É tema que, por certo, suscitará muita divergência, tanto no campo doutrinário quanto no próprio cumprimento da lei, não sendo difícil prever que daí advirão muitas demandas”. SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. **Direito Autoral**. Brasília : Editora Brasília Jurídica, 1998, p. 25.

revisão da obra; de retirada ou arrependimento, que compete exclusivamente ao autor; de repúdio de projeto; e de integridade da obra, a qual não poderá ser mutilada ou dividida sem prévia anuência do autor.

Contudo, tratamento diverso é dado ao *software*. A Lei n.º 9.609/98 é categórica ao prever, no parágrafo 1.º do artigo 2.º, que não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de opor-se à paternidade do programa de computador e de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação.

Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis, significando que a autoria de um programa de computador não pode ser transferida para uma titularidade alheia.

Os direitos morais são personalíssimos. Sua transferência somente ocorrerá por *causa mortis* do autor a seus sucessores, no exercício do direito, mas nunca na autoria dos mesmos. Isto nos termos do parágrafo primeiro do artigo 24 da Lei n.º 9.610/98. Aponta Luiz Fernando Gama PELLEGRINI:

O legislador foi bastante claro, ao determinar que por morte do autor os direitos morais previstos nos incisos I a IV do artigo 24, transmitem-se aos herdeiros. Qual o alcance deste parágrafo? Trata-se, em primeiro lugar, da aquisição do exercício de direitos, e não dos direitos morais, uma vez que o art. 27 determina expressamente serem os direitos morais inalienáveis e irrenunciáveis. Vale dizer, que ocorrendo a morte do autor, os herdeiros passam a ter o exercício dos direitos morais, adquiridos através sucessão *causa mortis*, que consiste na preservação da obra, manutenção da sua integridade.³

O autor de um *software* será sempre o seu criador, podendo a qualquer tempo reivindicar a paternidade, inclusive seus herdeiros.

Independentemente do exposto, a questão da extensão dos direitos morais e sua aplicabilidade no tocante ao *software* merece maior atenção de análise, pois os

³PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. **Direito Autoral do Artista Plástico**. São Paulo : Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 21.

direitos morais do criador do *software*, de opor-se à paternidade do programa de computador e de opor-se a alterações não-autorizadas, persistirão após o prazo de proteção de cinquenta anos, depois do qual o *software* cairá em domínio público, uma vez que tal direito se reveste de quatro características fundamentais: é um direito pessoal, perpétuo, inalienável e imprescritível.⁴

Da mesma forma pode-se indagar sobre a quem competirá a defesa da integridade de um *software* que eventualmente venha a cair em domínio público, o qual poderá ser livremente reproduzido. Neste caso, aplicar-se-á o disposto no parágrafo 2.º da Lei n.º 9.610/98, que atribui competência ao Estado na defesa da integridade e autoria da obra.

A complexidade desta hipótese ainda é maior quando analisada a reciprocidade do princípio do Tratamento Nacional da Convenção de Berna e de Paris, em que estão asseguradas a cada nacional de todo Estado-membro as mesmas garantias que sejam asseguradas a um deles, incluindo-se as novas adesões; quer dizer, competirá ao Estado brasileiro, composto pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a competência comum para a proteção de programas de computador já de domínio público. Ou, ainda, como hipotiza Hercoles Tecino SANCHES, quando alguma Organização Não-Governamental ou uma pessoa física pretender defender a autoria ou a integridade de obra de terceiros caída já no domínio público, deverá ela provocar a iniciativa do Estado.⁵

Portanto, as questões que revestem os direitos morais sobre o *software* e seus desdobramentos ainda estão por ocorrer, uma vez que tais direitos são imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis.

1.2 Os Direitos Patrimoniais

⁴Neste sentido ver Antonio CHAVES in RT 433/11.

⁵Neste sentido ver SANCHES, Hércules Tecino. **Legislação Autoral**. São Paulo : LTr, 1999, p. 101.

A Convenção de Berna em seu artigo 7.º protege os direitos patrimoniais por toda a vida do autor, mais cinquenta anos após a sua morte, podendo os países signatários fixar outros prazos, desde que não inferiores.

A legislação francesa de 11 de março de 1957 veio estabelecer em seu artigo 1.º que o autor de obra intelectual goza, em relação à mesma pelo fato de ser sua criação, de um direito de propriedade incorpórea, exclusivo e oponível a todos. Entende o legislador francês que este direito comporta atributos de ordem oral, bem como atributos de ordem patrimonial.

Os direitos patrimoniais do autor, também denominados de *droit de suite*, são basicamente os direitos que implicam o uso, gozo e disposição da obra. Consistem na faculdade do autor de autorizar ou não a divulgação da obra, e estipular as condições de uso da obra, a teor do disposto no artigo 28 da Lei n.º 9.610/98. Assevera Eliane Y ABRÃO que:

Publicada a obra, acrescem aos direitos morais que lhe são inatos, os direitos chamados patrimoniais, ligando o autor à exploração econômica dela. (...) Os direitos patrimoniais geram receita ao autor que são do ponto de vista financeiro, chamados simplesmente de rendimentos (*royalties*). (...) Os direitos patrimoniais de autor representam um valor agregado à obra, e a eles fazem jus todos os criadores da obra intelectual na comercialização dela.⁶

O artigo 41 da Lei Brasileira dispõe que os direitos autorais de cunho patrimonial perduram por toda a vida do autor, mais setenta anos contados a partir de 1.º de janeiro do ano subsequente ao seu falecimento, estando, portanto, em simetria com o disposto na Convenção de Berna.

A transmissão dos direitos patrimoniais pode ser total ou parcial e, ainda, definitiva ou temporária.

Toda e qualquer alienação dos direitos patrimoniais somente terá validade se for expressa, e somente será definitiva se estipulada em contrato, caso contrário o prazo máximo de transferência será de cinco anos.

⁶ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo : Editora Brasil, 2002, p. 81.

Ademais, a transferência total ou parcial da obra sempre é considerada onerosa, podendo ser averbada à margem do registro da obra no órgão competente. Do contrato de cessão devem constar as obras que estão sendo cedidas, bem como as condições de exercício do direito quanto a tempo, lugar e preço, a teor do artigo 50 da Lei n.º 9.610/98.

Portanto, qualquer instrumento de cessão de direitos patrimoniais de autor terá sua interpretação sempre restritiva, havendo de se atender estritamente às condições avençadas em contrato, sendo a utilização da obra sempre permitida nas formas expressamente elencadas no instrumento.

A Revolução Tecnológica com a informática e a digitalização das obras de artes, literárias e musicais, implicou a existência das mesmas agora em uma nova dimensão, a que se denomina de realidade virtual, dando a estas obras contornos antes inimagináveis.

Os recursos informáticos de tratamento de um livro por meio de programas de computadores são inúmeros, a saber: a digitalização do teor do livro por meio de um *software* de editoração de texto; a digitalização do livro em si por meio de um *software* que reproduza a imagem de cada página do livro; a digitalização do teor do livro que agregue recursos de multimídia sons e imagens; a digitalização do livro em forma de hipertexto possibilitando que o leitor não tenha apenas uma leitura linear do livro mas navegue em seu conteúdo; a digitalização do livro por meio de *softwares* interativos que possibilitam ao leitor escolher o final do livro.

Assim, os bens intelectuais adquiriram, no ambiente informático, possibilidades de novos contornos e dimensões, inclusive de disponibilização, utilização e reprodução.

Neste sentido, a Lei n.º 9.610/98, em seu artigo 29, veio disciplinar categoricamente que dependerá de autorização prévia expressa do autor: a inclusão da obra em bases de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e demais formas de arquivamento do gênero, não se tratando de proteção à cópia eletrônica

armazenada, mas ao titular da obra; e o emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares.

Assim, para o armazenamento na memória dos computadores de qualquer obra tutelada pelo direito autoral, será necessária autorização prévia e expressa do seu titular, sob pena de caracterizar violação de direitos autorais; o mesmo se aplica na sua comunicação por sistemas óticos, fios e cabos de qualquer tipo utilizados para a conexão de computadores na internet.

Especificamente no tocante aos programas de computador, os direitos patrimoniais se referem: à comercialização dos programas de computador; ao licenciamento de uso do programa; e aos direitos de transferência de tecnologia, a teor do artigo 9.º da Lei 9.610/98, cuja exploração econômica será determinada pela pessoa que detém a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o *software*.

1.3 Os Direitos Conexos

Os direitos conexos são definidos pela doutrina como sendo análogos ao direito autoral do titular da obra, mas pertencentes a outras classes afins, como artistas, intérpretes, produtores, dentre outros. Aponta Delia LIPSZYC que:

A pesar de que las expresiones derechos conexos, derechos vecinos y derechos adines evocan cierta analogía con el derecho de autor, su utilización respecto a tutela de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión así como los otros beneficiarios, parece deberse más a las resistencias que siempre origina el reconocimiento de nuevos derechos – y que induce a recurrir a asimilaciones a derechos ya consagrados – que la existencia real de semejanzas, pues el objeto de protección son actividades que – en las palabras de Desbois – concurren a la difusión, no a la creación de obras literarias y artísticas.⁷

Portanto, por se tratar de direitos de conteúdo não-autoral equiparados aos de autor, pelo fato de seus titulares atuarem e difundirem obras intelectuais, estes não possuem proximidade ou liame com a tutela jurídica do *software*, caracterizando-se

⁷LIPSZYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos**. Buenos Aires : UNESCO, 1993, p. 348.

também por este aspecto como instituto *sui generis*. Isto, muito embora a Lei nº 9.609/98 em seu artigo 2.º tenha conferido ao programa de computador o regime de proteção previsto na legislação de direitos autorais e conexos.

2. Os requisitos básicos do *software* para o direito autoral

A tutela pelo Direito Autoral de um *software* se prende ao fato de que este, como bem intelectual, apresente alguns requisitos básicos.

2.1. Função utilitária do *software*

O *software* e as obras científicas não apresentam a esteticidade como elemento fundamental,⁸ uma vez que, em princípio, a função estética se encontra nos domínios das obras artísticas, literárias e musicais.

Contudo, a execução do *software* em determinado *hardware* possui características de funcionalidade que lhe são próprias, sem as quais não teria tutela pelo direito autoral.

A função estética do programa de computador pode ser percebida nas inúmeras telas interativas existentes que possibilitam sua interface com o usuário, ainda que não resida nesta forma estética o elemento fundamental, mas antes na função utilitária intrínseca ao *software*, que o torna capaz de fazer com que determinado equipamento informático realize e desempenhe determinada função.

⁸Neste sentido ver: ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p. 57. Em sentido contrário ver: BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 4.ª Ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2003, p. 21.

2.2 A originalidade relativa

A originalidade de um *software* deve ser verificada pelo conjunto de expressões que compõem o programa de computador, de modo a não se confundir com outro preexistente.

Não se exige no desenvolvimento de um programa o requisito da novidade absoluta, contudo, o aproveitamento de parte de soluções encontradas em programas de titularidade de terceiros retira a possibilidade de atribuição de autoria, na medida em que constituir-se-á violação de direitos autorais de seu legítimo criador.

Portanto, a utilização da descrição de um determinado programa para estabelecer um outro programa de computador idêntico, ou praticamente idêntico, ou uma descrição do programa de computador praticamente idêntico, é procedimento que viola o direito autoral.

Ressalte-se que o *software* está protegido não só como programa em si, mas também todo o material de apoio, divulgação e descrição do programa, conforme estabelece a OMPI e a Diretiva do Conselho, n.º 91/250/CEE.⁹

Assim, a originalidade de um programa de computador não se prende à idéia, que pode ser inspirada em *softwares* anteriores, mas à materialização original desta em um suporte físico.

2.3. A expressão da idealização do *software*

A doutrina¹⁰ admite a distinção entre *corpo misticum*, entendida como a criação que deve ser exteriorizada e inserida num suporte, e *corpus mechanicum*, entendido como suporte físico em que está fixada a obra.

⁹Cf.: WACHOWICZ, Marcos. **O Regime Jurídico do Software no Brasil**. Revista Jurídica, ano XVI, n.º 14, Faculdade de Direito Curitiba, 2001, p. 124.

¹⁰BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 4.ª Ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2003, p. 20.

A concepção ou a idealização de um *software* somente terá proteção quando estiver expresso com suficiência descritiva a ponto de ser individualizado pelo conhecimento informático.

O direito autoral não protege a idéia em si mas a expressão da idéia em um programa de computador, quer dizer, a maneira pela qual o programa opera, controla e regula o computador ao receber, reunir, calcular, armazenar, relacionar e produzir informações úteis, seja no monitor, impresso ou por áudio comunicação.

2.4. A fixação do programa para registro no INPI

A fixação da obra intelectual tutelada pelo Direito Autoral, que consiste na imagem da criação do primeiro exemplar de um livro, o que difere do conceito de reprodução, que consiste na cópia de determinada obra em uma multiplicidade de exemplares, não encontra adequação linear no caso do *software*.

A fixação do *software* em um determinado meio físico não é requisito básico para sua tutela pelo direito autoral, pois o mesmo poderá ser indeterminável, como identificar o meio físico em que o *software* foi criado pela primeira vez.

Contudo, a fixação do *software* em determinado meio físico é condição indispensável para seu registro junto ao INPI, a teor do artigo 3.º da Lei n.º 9.609/98, que exige: a identificação e a descrição funcional do programa; e os trechos do programa e outros dados que se considerarem suficientes para identificá-lo e caracterizar sua originalidade.

3. A titularidade da propriedade intelectual do *software*

Na Sociedade da Informação e no meio tecnológico a ela inerente o *software* é possuidor de alto valor econômico. Nesta perspectiva o Direito Autoral se apresenta como o mais indicado para tutela e proteção, bem como para coibir a reprodução não-autorizada, preservando a possibilidade de que a idéia tenha livre fluxo, para que

continue disseminando o conhecimento humano e o desenvolvimento pleno da Sociedade da Informação.

Daí a importância, no estudo do bem informático que é o *software*, da análise do sujeito ativo, do titular e do criador da obra intelectual.

O programa de computador como expressão de um conjunto de algoritmos em linguagem codificada que contém um conjunto de instruções legíveis e executáveis em um determinado computador se afasta da figura clássica do criador de uma obra literária.¹¹ No caso do *software*, a questão ganha novos contornos, principalmente no que tange à sua criação. Com efeito, ela muitas vezes pode se afastar da figura clássica do criador e sua obra estabelecida no Direito Autoral.

A relação entre autor e obra criada é fundamental na compreensão do primado clássico do direito intelectual pautado pelos ditames das Convenções de Paris e de Berna.

A noção clássica do criador de obra literária ou científica, sendo o autor a figura humana cuja mente gera entidades novas, é a visão do espírito criador de obras, cuja criação não deve ser idêntica a qualquer outra obra anterior, devendo guardar suficiente originalidade criativa com efeitos exteriores.

Ocorre que, com a Revolução Tecnológica, torna-se possível a criação de obras sem que nenhum autor humano possa ser individualizado. O processo de criação do *software* afasta-se da noção clássica de criador de obras literárias ou científicas pautada na individualidade do criador do bem intelectual.

3.1 A Titularidade quanto ao Modo de Criação

O modo de criação da obra intelectual que adveio do ambiente tecnológico da informática tornou possível a criação de obras sem que nenhum autor humano pudesse ser individualizado, a exemplo de uma composição musical obtida por meio de um

¹¹A exemplo dos textos literários de Machado de Assis, cuja proteção de Direito Autoral liga de forma definitiva o autor e sua obra.

software, que, sincronizado ao movimento captado pela lente de uma câmara filmadora, viesse a produzir sons aleatórios – não seria possível, nesse caso, a atribuição linear de titularidade ao programador do *software*.

Este novo modo de criação pode ser percebido com clareza por meio de uma análise do processo de desenvolvimento dos programas de computador, como obra individual, obra de colaboração e obra coletiva.

A) A obra individual

A princípio há que se ter claro que o autor¹² a quem se atribui o esforço intelectual para a criação de uma obra, sendo o titular originário desta, pode, eventualmente, transferir no todo ou em parte seus direitos para terceiros.¹³

No caso das obras literárias, artísticas e científicas protegidas pela Lei n.º 9.610/98, a obra individual é fruto do intelecto de um único indivíduo, o qual terá atribuição plena dos seus direitos autorais, quer dizer: direitos morais inalienáveis; e direitos patrimoniais e conexos, que são passíveis de alienação a terceiros.

Porém, como já visto, tratamento diverso é dado à criação do *software*, mesmo que este seja fruto do esforço intelectual de um programador isolado. Embora tal programador possa ser individualizado como a pessoa que criou o programa, a Lei n.º

¹²No direito brasileiro o autor é definido pela Lei n.º 9.610/98. Artigo 11 – Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica. Parágrafo único - A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos em lei.

¹³“Autor é palavra ambígua. Mesmo juridicamente, ela pode designar: a) criador intelectual; b) o titular originário, c) o titular atual. Esta terceira hipótese resulta da possibilidade de o direito de autor passar do titular originário a outras pessoas.” ASCENSÃO. José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2.ª Ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p. 69.

9.609/98 é categórica ao prever no parágrafo 1.º, do artigo 2.º, que não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais.¹⁴

Assim, no caso específico do *software*, os direitos morais do criador sofrem limitações, mesmo que individualizável na pessoa do programador isolado. Restará, apenas para este, a integridade dos direitos patrimoniais, pois, em princípio, os direitos conexos de radiodifusão e execução pública não lhe são pertinentes.

A titularidade dos direitos autorais e a autoria é do programador isolado sobre o *software* que produziu.

B) A obra de colaboração

Há obra de colaboração quando a criação do *software* é fruto de esforços de várias pessoas, surgindo a situação jurídica da co-autoria, na qual a titularidade dos direitos autorais é compartilhada(Lei n. 6.910/98 – art. 5º). Atualmente, o processo de criação do *software* implica muitas vezes o esforço de um grupo de pessoas: cada um que participar do projeto com o seu intelecto será co-autor.

Ressalte-se que o bem intelectual produzido pelos mesmos será parte indivisa, pressupondo caber a cada autor participação igual e proporcional sobre o programa, salvo estipulação em contrário por escrito.

A temática de direito autoral do *software* produzido em comum ganha novos desdobramentos, na hipótese de os direitos morais serem exercitados individualmente. Isto é, poderá ocorrer a qualquer tempo, quando um co-autor, na defesa de seus direitos morais, se opuser às alterações realizadas no programa por ele não-autorizadas; quando as alterações implicarem em deformação, mutilação ou outra forma de modificação que

¹⁴Ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de opor-se à paternidade do programa de computador e o direito de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador.

entenda indevida do *software*; e quando entender que as modificações prejudicam sua honra ou sua reputação.

C) A Obra coletiva

A obra coletiva se apresenta quando é realizada por pessoas diferentes, mas organizadas por uma pessoa singular ou coletiva. A Lei n.º 9.610/98 veio considerar a obra coletiva, como sendo “a criação por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma”.

A complexidade de trabalhos que envolvem a criação e desenvolvimento do *software* muitas vezes é fruto do esforço intelectual de uma equipe de técnicos, analistas, engenheiros, que são constituídos e organizados por uma terceira pessoa, física ou jurídica, que teria a atribuição dos seus direitos autorais sobre o bem intelectual produzido. A obra é o caso de uma coletiva havida por iniciativa e responsabilidade de uma *software house*. Esta obra coletiva será comercializada com o nome e a marca da *software house*.

Na criação de um bem informático, a distância entre a idéia da criação de um novo programa e sua realização envolve conhecimentos complexos no que tange à tecnologia, *know-how* e direitos autorais. A título de exemplo, analisa-se a informatização de uma máquina de lavar. Tal projeto enseja que uma *software house*, para o desenvolvimento do programa, aplique e compartilhe sua tecnologia com outra empresa, a indústria que fabrica a máquina, que por sua vez é detentora de *know-how* próprio. O desenvolvimento do *software* necessariamente passará pela fusão dos conhecimentos da tecnologia da informática com o *know-how* das empresas que possuem tutela jurídica específica de Direito Industrial.

No âmbito do Direito Autoral, a análise implica a idéia de que os analistas terão necessariamente que intercambiar conhecimentos com outros ramos técnicos, a tal

ponto de conhecerem perfeitamente o funcionamento normal da máquina que terá tecnologia embarcada. Neste aspecto, é importante apontar com clareza quem é efetivamente o titular destes direitos. Quando o *software* é fruto da conjugação de esforços de várias pessoas surge a situação jurídica da co-autoria, na qual a titularidade dos direitos autorais é compartilhada. É o que se denomina de obra de colaboração. Contudo, havendo subordinação celetista, estatutária ou contratual da equipe de pessoas para com terceiros, de quem partiu a iniciativa de organização para a criação do bem informático, a titularidade pertencerá exclusivamente ao contratante.

3.2 A Titularidade do *Software*: empregado ou empregador

Na prática, a criação e o desenvolvimento de programas é realizado por pessoas diferentes, mas organizada por uma empresa da área de informática.

É a obra coletiva que necessita de contrato escrito específico.¹⁵

Com a edição da lei, o Brasil perfila em sintonia com a tendência internacional de aplicar aos programas de computador a sistemática das obras por encomenda e produzidas por trabalhadores assalariados, o que é acolhido pelo Direito Industrial (Lei n.º 9.279, de maio de 1996, artigos 88 a 93), cuja propriedade industrial pertencerá ao empregador. Importante é a observação de José de Oliveira ASCENSÃO:

Reforça-se consideravelmente a posição da empresa, o que é uma constante do regime criado para os programas de computador em todo o mundo. Na realidade, na produção de programas de computador a posição das grandes empresas é fundamental. Basta pensar que ninguém conhece um programa por ser do Sr. X, mas por ser da Apple, ou Microsoft.¹⁶

¹⁵“*La natura pratica dei programmi e la dissociazione loro propria tra contenuto e forma rende il complesso delle norme in tema di modi di acquisto a titolo originario del diritto di autore difficilmente applicabile. Il programma, difatti; raramente costituisce opera spontanea di singolo individuo; normalmente, é opera collettiva eseguita su incarico di un committente; talvolta può essere realizzato mediante l’elaboratore esteso in base ad altri appositi programmi. Di conseguenza la norma fondamentale in materia di diritto di autore, quella per cui il diritto spetta al creatore dell’opera, diventa, in tema di programmi, una norma di difficile applicazione.*” GIOANNANTONIO, Ettore. **Manuale di Diritto dell’informatica**. 3.ª Ed. vol. 1. Milão : CEDAM, 2001, p. 189.

¹⁶ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2.ª Ed. Rio de Janeiro : Renovar, 199, p. 670.

Neste particular, é importante uma reflexão sobre a legislação específica da Lei n.º 7.646/87 revogada pela Lei n.º 9.609/98. Alerta-se que antes da publicação da Lei n.º 7.646/87, a Secretaria Especial de Informática – SEI, em relatório oficial da Comissão Especial de Automação de Escritórios era categórica: um empregado de uma empresa tem o direito de autoria do *software*, a não ser que este empregado seja especificamente contratado para desenvolver aquela obra (neste caso pertenceria à empresa).

A orientação normativa da SEI era de que simplesmente contratar programador não garantia à empresa a titularidade do programa, mesmo que este usasse todos os equipamentos, recursos e instalações da empresa. Porém, com o advento da primeira Lei de *Software* de 1987, estabeleceu-se entendimento diverso, outorgando titularidade exclusiva ao empregador ou contratante dos serviços (Lei n.º 7.646/87 - Art. 5.º).

O texto legal é vago ao utilizar a expressão “expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento”. Ora, o que significa programa destinado a desenvolvimento? Na hipótese de que um determinado grupo de pessoas, de determinada empresa, venha a desenvolver concomitantemente programas para a empresa e para o grupo, cuja natureza não seja expressamente destinada à pesquisa e desenvolvimento, poder-se-á discutir judicialmente a distinção entre propriedade intelectual da empresa como obra coletiva e do grupo como obra de colaboração.

Ou, ainda, na hipótese de não ter sido o empregado registrado, mas apenas contribuído com o seu intelecto para a idealização e desenvolvimento, tal situação irregular de contratação de mão-de-obra pode dar margem a discussões e litígios sobre a titularidade do *software*.

Nos contratos de trabalho e nos de prestação de serviços entre empresas, em que pese haver determinação expressa em Lei sobre a quem pertencerá o *software* desenvolvido, dada a complexidade de conhecimentos inerentes no desenvolvimento do

programa, o instrumento contratual deverá especificar com clareza quem será o titular dos direitos autorais.¹⁷

É preciso ter claro que, para que o *software* pertença ao empregador, é necessário que o empregado tenha o contrato destinado à pesquisa e ao desenvolvimento, ou nele constar a atividade do empregado, servidor ou prestador de serviços, ou ainda decorrer o desenvolvimento do programa da própria natureza dos encargos contratados, bem como o próprio desenvolvimento e a elaboração terem sido realizados durante a vigência do contrato ou do vínculo estatutário. Fora destes casos, o empregado terá direito autoral sobre o programa de computador.

Importante evidenciar ainda que é atribuição e obrigação do empregador, por força de lei, o fornecimento de todos os instrumentos de trabalho ao seu funcionário. Assim, no caso do desenvolvimento de um *software*, deverão ser de propriedade do empregador todos os equipamentos (*hardwares*), bem como todos os *softwares* que se fizerem necessários para o desenvolvimento do sistema. Quer-se com isso dizer que se todos os *softwares* chamados básicos utilizados pelo empregado na criação do novo *software* forem de propriedade deste e não do empregador, o sistema desenvolvido poderá ser discutido judicialmente sobre a titularidade em co-autoria.

O desenvolvimento de programas de computador, não raras vezes, é realizado em instituições de ensino superior, muita destas com programas voltados à elaboração de projetos de pesquisa, de criação e desenvolvimento de *softwares* por alunos e professores.

Surgem questões como: O vínculo celetista ou estatutário do professor será suficiente para se afirmar que o *software* resultante é de propriedade intelectual da instituição? Os alunos que atuaram ativamente em todo o desenvolvimento poderão ser

¹⁷“Mesmo havendo determinação expressa em lei sobre quem é o dono do programa desenvolvido, as empresas, em seus contratos de trabalho com pessoal técnico e nos contratos em geral, de desenvolvimento de sistemas, devem fazer constar cláusulas específicas sobre o assunto.” CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. **Software. Lei, Comércio, Contratos e Serviços de Informática**. São Paulo : ADCOAS, 2000, p. 34.

considerados co-autores do *software*? Se na contratação do professor está claro o seu envolvimento com a produção da pesquisa promovida pela instituição, pertencerá a esta o programa?

Os acadêmicos não possuem vínculo empregatício ou estatutário, sua relação com a instituição é de outra ordem, razão pela qual é necessária a existência de um contrato em que fique estipulado se o *software* a ser produzido será de propriedade exclusiva da instituição; caso contrário, vislumbra-se a situação de obra de co-autoria.

Considerações Finais

A construção jurídica empreendida no âmbito internacional, capitaneada pela OMC, pela própria amplitude e abrangência dos direitos intelectuais que engloba o acordo TRIPs, não percebe as especificidades intrínsecas do *software*, que o diferencia dos demais bens intelectuais protegidos pelo Direito Autoral ou Industrial. De tal sorte, vislumbra-o como parte isolada da Revolução Tecnológica, definindo-o sem considerar o todo em que está envolvido.

É preciso analisar a proteção tecnológica da informática de maneira sistêmica e integrada entre os demais bens informáticos; a saber, a proteção patenteária do *hardware* e do *firmware* é vintenária.

Em primeiro lugar, considerando que todo avanço tecnológico é fruto de investimentos que devem ser recuperados com a proteção intelectual da inovação, e que, no setor informático, o tempo entre o lançamento da inovação e sua obsolescência é inferior a dois anos, a proteção ampliada agora para cinquenta anos é inócua na prática para a maioria absoluta dos *softwares* existentes no mercado.

Em segundo lugar, deve-se considerar que os avanços tecnológicos na área de informática conjugam pesquisa e desenvolvimento tanto de *hardwares* como de *softwares*, isto é, *softwares* cada vez mais elaborados requerem *hardwares* cada vez mais potentes, com capacidade para processá-los. A tecnologia de *hardware*, portanto, cairia em domínio público trinta anos antes daquela prevista para o *software*.

Em terceiro lugar, considerando o *firmware* como um bem híbrido, parte *software*, parte *hardware*, os investimentos dispendidos para sua inovação tecnológica não podem ser dissociados; não há como justificar a existência da disparidade de proteção industrial e autoral se a tecnologia tem a mesma origem e funcionalidade.

Em quarto lugar, toda inovação tecnológica é fruto de investimentos que devem ser recuperados com a proteção do bem intelectual. A projeção de retorno dos investimentos de inovações de *hardwares* sendo de vinte anos faz com que o custo do produto seja projetado para um retorno até esse limite. De igual modo, a proteção do *software* que, de vinte e cinco, passou para cinquenta anos, implicaria que aqueles custos de investimentos inicialmente previstos para vinte e cinco anos, já retornaram, o que justificaria o *plus* de mais vinte e cinco anos, a não ser a manutenção ou criação de monopólio.

A falta desta percepção sistêmica do *software* como elemento indissociável da Revolução Tecnológica acarreta também a existência de imprecisões no seu tratamento ao tentar amoldar programa aos clássicos institutos de Direito Autoral, no caso de publicação de uma obra.

É preciso ter claro que o *software* não é publicado. Daí, diante desta imprecisão de técnica legislativa, podem-se vislumbrar as dificuldades para a comprovação do termo inicial de contagem do prazo prescricional.

Contudo, pode-se considerar o termo inicial a partir da divulgação do *software* operada por sua comercialização, o que pode ser comprovado por meio de nota fiscal ou contrato de desenvolvimento do *software*.

Por outro lado, a comprovação de sua criação para termo inicial, sem que haja a comercialização, dependerá de comprovação, sendo então importante o registro do *software* junto ao INPI para aferir a data de sua criação.

Referências

- ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo : Editora Brasil, 2002.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2.^a Ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 4.^a Ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária. 2003.
- CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. **Software. Lei, Comércio, Contratos e Serviços de Informática**. São Paulo : ADCOAS, 2000.
- CHAVES, Antonio in RT 433/11.
- GIOANNANTONIO, Ettore. **Manuale di Diritto dell'informatica**. 3.^a Ed. vol. 1. Milão : CEDAM, 2001.
- LIPSZYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos**. Buenos Aires : UNESCO, 1993.
- PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. **Direito Autoral do Artista Plástico**. São Paulo : Editora Oliveira Mendes, 1998.
- SAHM, Regina. **O Direito Moral de Autor e o Fundamento do Direito à Intimidade**. In BITTAR, Eduardo C.B. CHINELATO, Silmara Juny. **Estudos de Direito de Autor, Direito da Personalidade, Direito do Consumidor e Danos Morais**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2002.
- SANCHES, Hércules Tecino. **Legislação Autoral**. São Paulo : LTr, 1999.
- SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. **Direito Autoral**. Brasília : Editora Brasília Jurídica, 1998.
- WACHOWICZ, Marcos. **O Regime Jurídico do Software no Brasil**. Revista Jurídica, ano XVI, n.º 14, Faculdade de Direito Curitiba, 2001.