

Proteção legal para o software

JULIO CESAR DO PRADO LEITE

Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros; Membro Titular do Quadro de Consultores da Organização Internacional do Trabalho; Membro da Comissão Revisora da Consolidação das Leis do Trabalho (1974/77); Advogado da Confederação Nacional da Indústria (1954/81); Consultor Técnico do Instituto de Pesquisas, Estudos e Assessoria do Congresso Nacional
— IPEAC

1 — Com a microeletrônica tornando-se velozmente uma parte necessária da vida de cada dia, com o progresso acelerado da indústria nacional de microcomputadores, reponta, nitidamente, a necessidade de que seja traçada adequada política de informática segundo os interesses nacionais e dentro dela assegurada proteção legal eficiente ao produto intelectual inerente aos programas de computador.

O programa de computador consiste basicamente no conjunto de complexas instruções elaboradas por um produtor com sua equipe técnica, destinadas a serem processadas em um computador, de modo a atender às necessidades de informação do usuário.

O campo de uso de um computador — sabe-se bem — estende-se continuamente. De simples depósito de dados — para que ainda tem serventia extraordinária — ou sofisticada e velocíssima máquina de calcular, penetrando quase automaticamente as nuvens espessas dos grandes números, hoje os computadores estão amestrados a servirem em todas as partes, em todos os ramos de negócio, desde os bancos, como aferidores imediatos de extratos, verificação de saldos, liberação de pagamentos, transformando, em instantes, um simples guichê de agência em toda uma estrutura de um complexo estabelecimento de crédito, até em disciplinadores do fluxo de trens de metrô, conferindo regularidade e segurança a esse serviço

público. Dos aviões às bibliotecas, em todo o viver humano vão-se inserindo, como águas afluentes de uma corredeira, as máquinas de computação eletrônica.

Os microcomputadores já chegam aos lares, para ordenamento de procedimentos domésticos ou para entretenimento; vão aos escritórios para confeccionar memorandos, contratos, relatórios, e um sem número de tarefas burocráticas, rotineiras e repetitivas. Chegam aos tribunais, colecionam e agregam acórdãos de matéria semelhante, catalogam partes, atualizam instantaneamente para o consultante o andamento de seu processo e assim por diante.

Essas máquinas espantosas, no entanto, são inertes se não contam com o seu alimento essencial: os programas. A inteligência do computador é o programa; já a memória é da máquina. De um programa, porém, com a ajuda da máquina, se podem extrair novos programas.

Como é fácil perceber, os procedimentos criados, ordenados e contidos em um sistema, pela utilidade imediata que apresentam e pelo seu conseqüente valor econômico, são objeto da cobiça de terceiros e de atos de pirataria daqueles que se querem valer do depósito de conhecimento contido naquele bem para obter vantagens ilícitas porque não autorizadas, e a custo zero, em detrimento econômico do seu real proprietário que nele investiu pesadamente e que fica inibido de aliená-lo ou cedê-lo por concorrência desleal.

Por outro lado, os programas devem ser elaborados segundo a máquina que os vai processar. O hardware condiciona o software. Os fabricantes das máquinas, por conseqüência, têm a tendência de colocarem junto ao usuário todo o pacote. Qualquer legislação, porém, que visa disciplinar o software deve preocupar-se primordialmente com sua divulgação e prestígio. Torna-se necessário incentivar os produtores nacionais de software. Os incentivos devem contemplar a atividade globalmente considerada. Não apenas a elaboração de software por fabricantes de equipamentos, mas o software elaborado por casas específicas, ou por produtores independentes. O primeiro incentivo, está claro, é dar proteção legal àquele que detenha a propriedade do bem em causa, para evitar a concorrência desleal e os atos delituosos de pirataria. A outra preocupação básica será estabelecer a confiança no mercado de software conferindo ordenada e eficaz proteção ao usuário do bem em causa.

II — Não é fácil, porém, ordenar o assunto. Só os Estados Unidos, em todo o mundo, dispõem de controle legal específico para proteger os direitos dos produtores, distribuidores ou usuários do software.

E mesmo assim, valendo-se de instrumentos diversos, um deles, e o mais usual, de âmbito estadual; e os outros dois, tradicionais, de curso nacional.

Tentativas têm sido feitas para dar regulação internacional à matéria. Mas não só os princípios fundamentais dessa proteção são complexos, como

o instrumento internacional que resultaria do acordo não poderia por certo abrigar em seu contexto as disputas ou regras para seu deslinde que envolvem os interesses nacionais também em jogo.

Sob o ponto de vista jurídico, como situar o problema da proteção legal do software?

Os americanos, como sempre, foram práticos. Editaram disposições estaduais protegendo o segredo do negócio; e valeram-se de dois institutos tradicionais: do copyright, que é o direito de primazia do autor e cujo órgão de registro é federal, e, finalmente, do registro de patentes, cujo registro de controle também é federal.

Cada uma dessas opções objetiva um diferente propósito de proteção potencial, ligada a uma específica carência ou falha.

Alguns produtores têm sido, aliás, aconselhados a efetuar um “pacote de proteção”, envolvendo os três institutos referidos, de modo a assegurar plenamente a intangibilidade de suas idéias e de seus produtos.

Seguindo a linha de recentíssimo trabalho de ROBERT GRANHAN, advogado especializado, norte-americano, vamos dar um mergulho na apontada estrutura legal de proteção dos direitos imateriais nos Estados Unidos. Vejamos um por um dos institutos de que se valem os produtores de software americanos:

a) Leis de proteção ao segredo do negócio:

A legislação de proteção ao sigilo do negócio, de âmbito estadual, tem sido a mais popular opção e a mais plena de sucesso para a segurança do software. Dirigem-se à proteção das idéias contidas no programa mais do que à sua manifestação expressa ou linear.

A estrutura da natureza do instituto em causa é simples e objetiva. Qualquer trabalho intelectual que tenha um propósito de lucro, isto é, que se possa constituir em negócio, portando efetivamente uma novidade relativamente ao que o mercado conhece disponível, pode receber proteção, com a condição de que a informação contida no programa não seja de domínio público.

O produtor deve ter sempre em conta que o segredo do negócio pode ser perdido. Uma vez que ele tenha sido disseminado, não se torna mais recuperável sob ponto de vista legal. Pode ser usado por qualquer, sem que, contra ele, se possa argüir má fé.

O instituto do segredo do negócio não se pode confundir com o ancestral sigilo mercantil de nosso Código Comercial. A inspiração é a mesma,

mas o sigilo mercantil — como o sigilo bancário, por exemplo — é mais uma posição de defesa do indivíduo frente ao Estado. O segredo do negócio dirige-se à concorrência comercial primordialmente.

O instituto cobre qualquer fórmula confidencial, patente, invenção ou compilação de informações usadas em um determinado negócio, desde que tal proteção seja essencial para assegurar legítima oportunidade de o produtor obter vantagem sobre os competidores que não conheçam a novidade e não a utilizem por consequência. Assim, um software que contenha novidade ou efetivamente conte com elementos exclusivos, pode ser incluído na definição legal das “Trade Secret Laws”. Mesmo o software que não constitua novidade ou não tenha elementos exclusivos pode ser protegido se ele contém uma combinação de adequados conhecimentos para realizar funções ordinárias que, comprovadamente, assegurem melhor desempenho. Essa vantagem torna-se objeto de proteção porque ela é uma vantagem competitiva.

Como se sabe, milhares de decisões individuais perfazem a lógica, o Código e os algoritmos de cada programa. Pode-se bem argüir que cada programa, por ser tão complexo, contém uma combinação de elementos que o tornam único, suficientemente para merecer ser considerado um segredo comercial. Segundo o que explicitam as “Trade Secret Laws”, no entanto, o requisito essencial para que se obtenha a proteção legal é que o segredo seja detido pelo produtor, seus técnicos ou distribuidores, em segura boa fé. Isto quer dizer que, se o segredo escapar e se tornar disponível — mesmo para um público seletivo — já não pode ser objeto da proteção assegurada pela legislação que visa precaver — *erga omnes* — o segredo do negócio. A maior preocupação, pois, está na volatilização do segredo. Se o software cai no domínio público, as “Trade Secret Laws” não poderão resguardar o pesado dano econômico que a publicação fará recair sobre seu produtor original.

b) Leis de direito autoral (copyright laws):

Embora o “Copyright Office” — entidade federal — tenha registrado programas desde o início da década de 60, sempre pareceu duvidoso, no meio jurídico americano, que o software pudesse ser objeto de registro autoral, em razão da matéria.

Argüia-se que a fonte do programa (a linguagem natural usada pelo programador quando escreveu o programa) não podia ser suscetível de registro. Cerrado debate, porém, travou-se no tocante à forma binária do programa, particularmente quando incorporada no código-objeto, isto é, transformada na linguagem mecânica. Duvidou-se que também pudesse ter proteção pela via do direito autoral.

Em 1980, porém, essas questões desapareceram, como informa GRANHAN, porque o Ato Regulador do Copyright foi modificado por lei federal exatamente para consagrar o entendimento de que o direito autoral seria hábil para cobrir os programas de computador.

A nova disposição legal tornou claro que o original código-fonte, escrito em linguagem natural, refletia a autoria; que o programa, consistente na lógica e no desenho do software é a sua expressão e que todas as formas de software, das quais uma versão do programa possa ser produzida ou comunicada com a ajuda de uma máquina, tornaram-se cópias protegíveis.

Uma nota curiosa ainda pode ser dada, no particular. Uma decisão da Suprema Corte americana, apreciando a comentada emenda na Lei do Copyright, determinou que, além da cópia do programa a ser depositada no "Copyright Office", outra também fosse depositada na Biblioteca do Congresso. Essa exigência, no entanto, pode ser dispensada, porém, a requerimento da parte. A maior vantagem da proteção dos direitos autorais é que a Lei é explícita a respeito e abrange aspectos específicos.

DANA E. MILES, em recente edição do "IEEE Software", comenta o famoso caso Apple v. Franklin, dedido pela Corte de Apelação Federal com competência sobre a Pennsylvania, New Jersey e Delaware (terceiro circuito de Cortes de Apelação). A decisão do referido caso estabeleceu a validade essencial do direito autoral para proteger o software em todas as suas formas. A Corte acentuou com clareza que a expressão "trabalho literário" não está confinada à literatura tal como a de HEMMINGWAY em **Por Quem os Sinos Dobram**. Mas também abrange os números, ou outros símbolos numéricos ou algoritmos. A Corte, em suma, consagrou o entendimento segundo o qual o copyright protege o programa de computador desde sua fonte às suas versões.

c) Proteção de patente:

Somente aquelas invenções que se enquadrem dentro da definição da lei federal americana sobre o assunto estarão aptas a merecer proteção de patente. Para que se obtenha uma patente, a parte deve dirigir-se ao registro respectivo, encaminhando um arrazoado contendo as descrições do bem a ser patentado. O relatório da parte é minuciosamente examinado pela referida repartição. Ele deve conter um demonstrativo cabal, que vá ao detalhe da coisa. Se o registro de patente chegar à conclusão de que a invenção, tal como foi apresentada, é realmente uma novidade, então a patente será obtida.

Os primeiros pedidos de registro de patentes para software foram feitos na década de 60, quando a repartição foi inundada de requerimentos. Logo depois, porém, e tendo em vista dificuldades apontadas pelo próprio

Registro de Patentes, foram determinados estudos pelo Poder Executivo que concluíram que o software não era suscetível de ser patenteado.

Em 1981, porém, um produtor requereu à Suprema Corte para que definisse a questão: se o programa poderia, ou não, ser objeto de patente. A Suprema Corte decidiu a favor do pedido e considerou que o programa poderia ser patenteado. O uso de fórmulas matemáticas e de algoritmos por si só — considerou a decisão judicial — não elidiriam essa possibilidade. Esse era o obstáculo que se colocara na matéria. Os tecnocratas do Executivo não encontravam ser exequível patentear o uso de fórmulas matemáticas ou uso de algoritmos. A Suprema Corte, porém, foi taxativa. Subseqüentemente a esta decisão, um substancial número de patentes foi requerido para software e as patentes foram concedidas. É preciso remarcar, porém, que a obtenção de patente é um processo custoso e muito lento. Além do que, é aberto ao público.

Pelo que foi visto, nos Estados Unidos o software pode ser protegido pelas leis estaduais que lastreiam a proteção do "segredo do negócio"; pelo direito autoral e, ainda, pelo regime do registro de patente.

III — Quando os primeiros estudos para proteger legalmente, no Brasil, o produtor de software foram realizados — e continuam a sê-lo —, procurou-se conceituar com precisão o bem em causa, de modo que fossem absorvidas as novas disposições segundo os princípios gerais de direito adotados no País.

Logo se deu conta que o software, pela sua natureza, era um bem imaterial e que a propriedade e direitos conseqüentes sobre tal bem constituíam direitos imateriais ou intelectuais que visam a proteger o caráter patrimonial neles representado e o caráter moral inerente à invenção.

Em nosso quadro jurídico dispomos de dois estatutos típicos pretendendo amparar e regular as relações do direito imaterial, ambos com suporte constitucional específico e leis reguladoras próprias.

Assim, a propriedade industrial, com um código próprio, e o direito autoral, com diploma legal específico regulando seu alcance e seus favores.

A Constituição federal, em seu art. 153, §§ 24 e 25, enfatiza ambos os institutos, fazendo-os figurar entre os direitos e garantias individuais dos cidadãos.

Tão alta hierarquia deriva dos poderes de invenção, de inovação e de criação, que estão entre os mais relevantes atributos humanos.

Os direitos que perfazem a propriedade industrial limitam-se no tempo, porque se apegam ao valor da novidade da criação. O direito autoral pode perenizar-se, indo além de uma geração, porque a criação artística tem o sortilégio de poder valer por tempos imemoriais.

Rezam os §§ 24 e 25 do art. 153 da Constituição federal:

“§ 24 — A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do nome comercial.

§ 25 — Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.”

IV — A proteção legal do software a ser traçada no Brasil não pode ignorar os institutos de direito intelectual consagrados nos incisos constitucionais acima transcritos. Deles se haverão de extrair as normas básicas, não apenas para identificar autor e novidade como também o rumo coercitivo que o legislador vier a adotar para impedir a contrafação, o ato de pirataria, o extravio do segredo com fins de concorrência desleal.

Poder-se-ia pensar em trazer a proteção do software ao campo coberto pela propriedade industrial. Com efeito, a realidade do novo bem mais se acerca do mencionado instituto do que do direito autoral. Com esse, a similitude pode ser localizada no fato de que representa obra de engenho pessoal, posto que armada genericamente por equipe técnica. Destinando-se o software à aplicação em aparelhagens concretas — os computadores —, constitui um bem inerente ao desempenho mecânico ou industrial e não meramente especulativo ou artístico, embora de índole científica.

De qualquer modo, o conceito de invenção deverá estar muito nítido na proteção do software não só para que se alijem as idéias de que o produto é mera decorrência do estado da técnica, mas para que, em verdade, se possa nele reconhecer novidade, cuja detenção, como privilégio, traga ao seu produtor real vantagem econômica.

Com o raciocínio acima, em que se procurou demonstrar a contigüidade dos campos da propriedade industrial e do direito autoral, para se definir a situação do software — invento de significado industrial e ao mesmo tempo obra científica de valor econômico — procurou-se remarcar que o bem em causa é do mesmo gênero das duas espécies cogitadas. O software é, assim, um bem intelectual, imaterial.

As suas características, no entanto, e o modo de sua utilização comercial fazem com que a sua propriedade deva conhecer uma proteção legal específica.

A propriedade do software assiste ao seu produtor, vale dizer, aquele que custeou a sua criação e administrou os recursos humanos e materiais necessários para que se concretizasse.

O produtor pode-se confundir com a figura do criador do software, mas não necessariamente. É ele o gerente e o gerador do software.

Com efeito, compete ao produtor reunir o grupo técnico conveniente e ditar os objetivos para a elaboração, o desenvolvimento e a criação dos programas que fazem o software, assim como alocar os recursos e meios tecnológicos necessários ao desempenho do projeto.

É o produtor do software, na verdade, um empresário. Todavia, a ele pertence a propriedade do bem imaterial produzido e que constitui o software. E como a ele assiste a propriedade do bem é a esse direito que se procura dar garantia legal.

Desloca-se assim a preocupação jurídica ínsita ao registro de patente ou invenção e ao direito autoral. Enquanto os referidos direitos imateriais estão genericamente ou originalmente ligados aos seus criadores, no software a propriedade assiste a quem o fez produzir, mas não necessariamente a quem o produziu.

Pode-se dar isoladamente a "confusão". Mas, regra geral, os criadores do software, as inteligências concentradas em produzi-lo, não se confundem com o produtor. Esse tem os portadores do poder criativo, sob vínculo de subordinação hierárquica, em relação de emprego ou em alocação de serviços.

Como se depreende, a lei que visa a proteger a propriedade do software contempla empresários que a detêm, evitando que no negócio específico a que se dedicaram ocorra concorrência desleal por outros interesses comerciais e industriais.

Como a lei se dirige à proteção da propriedade do software, é de ver-se que os interesses econômicos postos em jogo são muito relevantes, tendo em conta o mecanismo acima descrito.

A efervescência que há hoje entre nós acerca da matéria advém não apenas da proteção da propriedade do bem em causa, mas da necessidade de criar-se condições favoráveis ao surgimento de novos produtores nacionais. A carência de produtores nacionais derivava basicamente do fato de que não se tinha no País a produção de computadores.

O campo do hardware era ocupado pelas grandes produtoras internacionais, que, por processo natural, forneciam também o software, vale dizer, o alimento para as máquinas.

Mas agora, como frisamos inicialmente, o crescimento do parque fabril nacional de microcomputadores abriu oportunidade para que aqui se desenvolvesse também a produção dos programas. Da mesma maneira como

se protegeu e se está a proteger a indústria nascente nacional de computadores, é certo que o legislador procure reservar espaço para os produtores nacionais de software impedindo práticas de intercâmbio internacional desfavoráveis.

V — Deve o legislador nacional, porém, ao cuidar de proteger a propriedade do software, dispensar também adequada proteção ao usuário do sistema, a fim de que não lhe falte o ajustamento do programa às suas finalidades, o fluxo conveniente de informações e a assistência técnica e material convencionada. Grandes somas estão investidas no software. Não só na produção e distribuição, mas também em relação ao usuário que vai aplicar na sua empresa ou no objetivo concertado o programa. Terá ele que arcar com os custos não só cobrados pelo produtor mas de adaptação de seu meio operacional ao programa em si.

VI — Como sempre acontece no Brasil, as leis e normas reguladoras dos novos institutos jurídicos, tal como se deu, por exemplo, com a correção monetária, aplicação sofisticada do princípio *rebus sic stantibus*, as leis e normas regulamentares antecedem à formação da doutrina e o debate prévio das formas inovadoras do direito.

Porque a informática apresenta inegável ligação com os problemas afetos à segurança nacional, o Conselho de Segurança Nacional, com fulcro em sua competência constitucional (art. 89 da Constituição federal) chamou a si o trato do problema em sentido global, fazendo nascer como **órgão suplementar** integrante de sua estrutura a Secretaria Especial de Informática, que vem disciplinando a área em causa, em missão de vanguarda jurídica, mas em ações eficazes ligadas à segurança nacional. A Secretaria Especial de Informática, no entanto, está a sentir que sua competência não cobre aspectos legais de todo o campo da informática. No próprio órgão, à sua vez, já prospera a idéia, que tem fulcro no art. 163 da Constituição federal, de que mais cedo ou mais tarde deve ser ele redesenhado por lei federal, embora a iniciativa para propô-la esteja enfeixada em mãos do Executivo.

De qualquer modo, abriu a SEI o debate sobre a conveniência, que tem como certa, de que se regulamentem os direitos de propriedade sobre o software.

A tendência é que a proteção da propriedade do referido bem imaterial seja conferida a partir do registro do software em que se demonstre, segundo caracteres técnicos a definir, a novidade do programa e a potencialidade de sua utilização econômica.

O registro conferirá ao produtor de software, por dez anos, os direitos de dispor, usar ou autorizar o uso do programa que faça elaborar, inclusive o de extrair programas derivados e reproduzir ou autorizar a reprodução

do produto por qualquer meio tecnológico disponível, inclusive determinar sua fixação em suporte físico de qualquer natureza.

O registro constituirá condição essencial ao exercício dos direitos acima definidos, e a validade do privilégio não deverá ultrapassar o prazo de 10 anos, findos os quais, cairão em domínio público.

O usuário, à sua vez, seja ele o grande tomador de serviços, seja o mero comprador de cassete não reprocessável, deverá necessariamente ser protegido como mais acima fizemos ver.

Deverá o usuário de programa, que o tenha adquirido sob encomenda para fim determinado, exigir dos produtores e distribuidores o ajustamento do programa às suas finalidades, o fluxo de informações necessárias ao desenvolvimento do projeto, assim como a assistência técnica e material convencionada.

VII — Finalizando: é necessário não perder de vista o fato de que a proteção à propriedade do software tem, entre nós, o propósito de estimular o empresário nacional a fim de evitar a dependência do produto importado, mesmo que para derivá-los aqui. Se alcançamos um notável marco de desenvolvimento na indústria de microcomputadores, torna-se necessário estimular a criação de programas por casas nacionais. Assim evitaremos a dependência tecnológica mais aberta, a evasão desnecessária de divisas, ao tempo em que abriremos campo novo para a nossa comunidade técnica, a nossa inteligência aplicada, que poderão desenvolver projetos que digam de perto a objetivos nacionais específicos.

BIBLIOGRAFIA

- 1 — Aiming Toward Establishment of Legal Protection for Computer Software — Information Industry Committee (Interim Report) — Toquio, Japão, December 1983.
- 2 — DUNSHEE DE ABRANCHES, Carlos Alberto — “A Aplicação da Cibernética ao Direito e à Administração da Justiça”, IV Conferência Nacional da OAB.
- 3 — GAMA CERQUEIRA, João da — **Tratado da Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro, Forense, 1946.
- 4 — GRANHAM, Robert L. — “Communications of the ACM”, May 1984.
- 5 — MILES, Dana E., IRELL & MANELA — “Copyrighting Computer Software after Apple V. Franklin” — Institute of Electrical and Electronics Engineers, 1984.
- 6 — PAES, Paulo Roberto Tavares — **Propriedade Industrial**. São Paulo, Saraiva, 1982.
- 7 — WIPO — World Intellectual Property Organization Committee of Experts and the Legal Protection of Computer Software — Report, June, 1983.