

A Proteção Indiscriminada ao “Software” e os Riscos da Invenção

JULIO CESAR DO PRADO LETTE
Advogado

Constituiu-se em Massachussets, nos Estados Unidos, por direta influência de professores de famosa universidade local, uma Liga para Liberdade de Programação que, entre outros objetivos, luta pela alteração da legislação da matéria naquele país, de modo a que não se acolha mais a patente integral e os direitos autorais sobre os produtos de *software*.

A Liga não se opõe ao registro de programas individuais para efeito de direitos autorais e a sua patente, mas rebela-se contra os privilégios que toquem a procedimentos de *software* que sejam naturais matrizes para o desenvolvimento de pesquisas no ramo.

O assunto é interessantíssimo e, por seu lado pragmático, transborda, sem dúvida nenhuma, para o campo jurídico.

Com efeito, toda a tessitura problemática nasce de que o *software* é um ramo de conhecimento técnico que está sempre em desenvolvimento. Esse desenvolvimento continuado e ininterrupto é mesmo uma característica do *software*.

Ora, em qualquer das pesquisas sobre a matéria está-se sempre a partir de um ponto já conseguido. Se a base estiver presa necessariamente a um direito exclusivo de uso que pode ser cedido onerosamente, toda a atividade inovadora fica presa a um custo adicional que poderá inviabili-

zar a divulgação dos novos resultados das pesquisas, exatamente porque apoiados em pontos a que chegaram outros pesquisadores individuados ou companhias já garantidos uns e outros pela proteção de patente ou pelo direito autoral.

Curiosamente, é de se notar que desde a década de 60 sustentava-se nos Estados Unidos em debates abertos que o *Copyright Office* — entidade federal — não deveria registrar o *software*, em razão da matéria. Argüia-se que a fonte do programa (a linguagem natural usada pelo programador quando escreveu o programa) não podia ser susceptível de registro. Cerrado debate 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 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 — possam ser produzidas ou comunicadas com a ajuda de uma máquina, tornaram-se cópias susceptíveis de proteção. À sua vez, não foi tranqüila a proteção de patente do *software* na grande nação do Norte. Os primeiros pedidos, também na década de 60, foram rejeitados. A Suprema Corte, porém, admitiu o registro de patente do *software* e, com isso, tornou sem efeito o que decidira anteriormente o Registro de Patentes.

A Suprema Corte, contrariando o que argüíam os tecnocratas do Executivo, entendeu que o uso de fórmulas matemáticas e algoritmos, por si só, não elidiria a possibilidade da patente. Os técnicos governamentais pensavam exatamente em sentido contrário por não considerarem viável patentear-se fórmulas matemática ou uso de algoritmos.

Em decorrência, têm-se que hoje, nos Estados Unidos, o *software* pode ser protegido pelas leis estaduais que lastreiam a proteção do "segre-

do do negócio”, pelo direito autoral e, ainda, pelo regime do registro de patente.

Passados alguns anos, porém, retorna a matéria a debate. Agora, não sobre a possibilidade de se assegurar garantia e proteção ao direito autoral e de invenção. Não se contesta que tais direitos devem ser protegidos. Arguiu-se por novas observações e pelo decorrer do processo de desenvolvimento cibernético que será imprescindível sejam alcançados novos progressos tecnológicos de desfrute útil a todo campo em causa. Tudo está, como já referido, preso ao risco de que a invenção ou a reinvenção se apoiariam exatamente em dispositivo ou esquema pertencentes a fórmulas já registradas.

Em artigo recente a Revista *Communications of the ACM*, January, 1992, sob o título “Contra as Patentes de *Software*”, comenta as dificuldades em causa. Refere:

“Um sistema com centenas de milhares de componentes pode usar centenas de técnicas que poderão ser patenteadas. Cada patente custará, forçosamente, milhares de dólares. Passar por todos os pontos de perigo poderia facilmente custar cerca de um milhão de dólares. O que significa um custo maior que a elaboração de todo um programa.

Os ônus não param aí. As aplicações de patentes são trabalhadas por advogados. Um programador sem acompanhamento legal especializado, vendo uma patente pode não acreditar que o programa que elaborou esteja ou não a violar o direito de terceiro, do qual dita patente seja derivado.

Mas a Corte Federal pode entender diferentemente . . . Torna-se, pois, necessário fazer ouvir os consultores de patentes, em cada fase de desenvolvimento do programa.

Todavia, isto somente reduz o risco mas não o elimina. Torna-se necessário ter uma previsão de caixa para a eventualidade de uma demanda jurídica.

Ora, tais custos não podem nem ser previstos nem suportados por firmas individuais ou companhias de pequeno porte.”

“A patente de *software*, conclui o artigo, coloca um fim nos empreendedores que se ocupam do mesmo processo.”

Nos Estados Unidos, o registro garante ao inventor dezessete anos de privilégio. Ora, tal espaço de tempo é muito longo para um ramo de conhecimento que ocupa milhares de cabeças pensantes e que evolui em velocidade vertiginosa.

Se a invenção recair sobre peça protegida, e de cujo uso não abra mão o seu inventor, toda uma máquina resta paralisada, sendo de notar, aliás, que necessariamente o detentor da invenção não prossegue na elaboração e desenvolvimento de patamares superiores de pesquisa e formulação.

É certo que nada protege os programadores do uso acidental de técnica já patenteada.

O pior perigo está em se verificar depois de se desenvolver um programa por inteiro e sob rota preestabelecida, que ele se apoiou involuntariamente em uma ou várias patentes. Dir-se-ia que se deve fazer previamente uma busca de patentes no campo que se vai operar. Mas isso se torna oneroso em demasia, por tempo e dinheiro — pois a busca em si mesma é muito cara.

O que se pretende, pois, é que a verificação da lealdade se restringe ao objetivo do programa montado e a sua destinação específica por onde se fizesse constatar, de modo iniludível, que não se cogitou de apropriação de qualquer obra de terceiro.

De toda forma, fica muito claro que no campo cibernético é, fora de dúvida, que no referente ao *hardware* o mecanismo da patente não sofre contestação; mas no tocante ao *software* é preciso cuidar no dispor sobre a matéria, de modo a que não se estiole a criação e abra-se a fornalha voraz das grandes corporações para impedir o nascimento e desenvolvimento de novas empresas e mesmo de novas invenções.

Já a Constituição Brasileira determina que a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Essa é a letra expressa do item XXIX do art. 5.^o do Diploma Maior. Por ele se infere, de logo, que a proteção em causa é em si mesmo temporária e essa garantia individual deve ser concertânea com as exigências do desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Ao mesmo tempo, a Carta Magna assegura ao autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

É preciso convir que um sistema de *software* é muito mais fácil de conceber que um sistema de *hardware* com um mesmo número de componentes. O custo entre um e outro difere substancialmente. Qual a diferença? É simples: um sistema *hardware* necessita ser desenhado usando componentes reais de custo variável entre eles. Em contraste, um programa de computador é constituído a partir de objetos matemáticos ideais cujo conhecimento é definido e não modelado por aproximações, por regras abstratas.

Isso não significa, é claro, que não sejam incrivelmente complexos os programas de computação. Tem ele, possivelmente, mais "peças" que as utilizadas na imaginação e confecção de um computador, cada vez com oferta de maior operacionalidade.

O perigo de reter-se o *software* sob reserva de uso mediante patente consiste, como parece claro, em que por interesses comerciais e mercadológicos, pode-se reter um dispositivo que tenha janelas aptas a entrar o vento livre da invenção.

Pode, em conseqüência, uma empresa reter um programa desenhado por outra concorrente se ela vier a se apoiar exatamente no dado conhecido, publicizado e posto sob garantia.

Veja-se, com claridade, que a questão levantada pela Liga não toca ao programa como um todo. Esse deve continuar sendo garantido pelo prazo legal estipulado. Mas não é certo que um módulo por ele usado

seja tamponado, de modo a não poder valer como resposta para outro programa bem distinto e inconfundível.

O pior perigo da proteção indeterminada que contemple todo o programa ou parte dele está em que as grandes empresas estarão bem armadas para impedir o surgimento de novas companhias, que principiarão modestas mas cujo trabalho bem organizado poderia levá-las a rápido desenvolvimento.

Em outras palavras, pode-se ter que é preciso rever a idéia básica de proteção do *software* sob pena de as novas inventivas ou mesmo a livre iniciativa ficarem mutiladas prejudicando o mercado concorrencial e a liberdade de invenção que garante a democracia na concepção e desenvolvimento do *software*.

O problema nos chega, aqui no Brasil, com intensidade.

Foi grande o nosso progresso em todo o campo cibernético. Tanto no *hardware* quanto no *software*. Se o primeiro encontra-se, ainda, muito preso às modificações tecnológicas alienígenas, o *software* está alcançando aqui uma sensível velocidade de liberação.

Essa liberação, que significa invenção e progresso, pode, no entanto, ser sustada subitamente se as forças das grandes corporações cercarem as partes de seus programas genéricos ou específicos de garantias legais contra o pretense uso abusivo.

Forçosamente, as pesquisas que se processem aqui em direção ao novo, necessariamente, não de apoiar-se no que já foi feito nos países pioneiros. Mas essa circunstância não pode e não deve tolher, pelo custo ou mesmo pela proibição, a pesquisa pura que venha a se estratificar em prática nova e susceptível de constituir um avanço sobre o qual se poderá apoiar novos sistemas, com resultados científicos e pragmáticos, ponderáveis e postos à disposição da nossa economia ou mesmo da economia internacional no ramo sob enfoque.

A nossa legislação deve cogitar da hipótese e as autoridades estarem vigilantes para que, segundo o previsto no Texto Constitucional, a proteção às criações e à propriedade das marcas sintonize com o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.