

Da natureza jurídica do "software"

ARNOLDO WALD

Professor da Faculdade de Direito da
Universidade do Rio de Janeiro.

I. INTRODUÇÃO

1. Tanto a doutrina como o legislador e os magistrados se têm preocupado, no Brasil e no exterior, com o problema da natureza jurídica e da proteção legal do "software" que tem adquirido dimensão crescente nos últimos anos, ensejando inclusive a elaboração de projetos legislativos recentes em nosso País e na França.

II. DO TEMA

2. A questão suscitada é de enorme relevância, nos dias que correm, devendo merecer criteriosa análise por ser inegável que a autêntica "revolução tecnológica", ocasionada pela crescente utilização dos computadores, tem acarretado problemas jurídicos de difícil solução.

3. A linguagem própria da máquina, que só executa as instruções que lhe são transmitidas se estiverem adequadamente codificadas, em sistemas eletrônicos expressos, sob a forma de dígitos, assim como a lógica dos sistemas de computação expressa em linguagem artificial, pode, à primeira vista, causar um impacto desmedido sobre os profissionais do direito, levando-os, algumas vezes, a uma certa perplexidade. Tal atitude, com efeito, caracteriza-se pela tendência em acreditar que o sistema jurídico não comporta soluções para os novos problemas trazidos pela utilização do computador.

4. Exige-se do jurista, porém, posição de prudência, que se caracteriza pela tentativa de adequar a solução dos novos problemas aos princípios já existentes no sistema jurídico, pelo menos em um primeiro momento, tendo em vista a necessária *continuidade* do direito. Na realidade, diversamente do que pode ocorrer com outras áreas do conhecimento, o direito evolui lenta e gradativamente, o que é próprio aos sistemas normativos, que não podem admitir, em princípio, a existência de lacunas e rupturas à sua consistência interna de logicidade e de organização.

5. Nesse sentido, cabe observar que, conforme notou TULLIO ASCARELLI, o direito em muitos aspectos evolui vagarosamente, adaptando velhos institutos a novas funções. A aparente "inércia jurídica" não é somente o fruto de um misoneísmo, muitas vezes peculiar a certos ambientes jurídicos ao qual se referia GEORGES RIPERT, mas também se prende ao objetivo de *conciliar as novas exigências da vida prática à certeza e segurança da disciplina legal*, ou seja, à "continuidade" do direito.

6. Seguidamente, as necessidades sociais e econômicas emergentes são satisfeitas com os institutos jurídicos tradicionais, os quais oferecem, à nova matéria, um arcabouço legal já conhecido e seguro. Em tais casos, a "inércia jurídica" é de utilidade incontestável pois permite que fenômenos novos sejam convenientemente disciplinados com a utilização de institutos jurídicos já conhecidos, preservando, assim, a continuidade do desenvolvimento histórico do direito e evitando rupturas bruscas no arcabouço legal existente (*Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo, 1969, pp. 91-93).

7. Nesse sentido, ASCARELLI observou que, diante de tais hipóteses,

"as novas necessidades são, então, satisfeitas, mas o são com velhos institutos. Nessa adaptação, a nova exigência é satisfeita através de um velho instituto que traz consigo as suas formas e a sua disciplina, e oferece à nova matéria, ainda em ebulição, um velho arcabouço já conhecido e seguro. As velhas formas e a velha disciplina não são abandonadas de chofre, mas só lenta e gradualmente, de maneira que muitas vezes, por longo tempo, a

nova função vive dentro da velha estrutura, e assim se plasma, enquadrando-se no sistema" (*ob. cit.*, p. 93).

8. A proteção legal do "software", conforme veremos, pode ser adequadamente provida mediante a aplicação de institutos jurídicos já existentes, vinculados ao *direito do autor*, tal como demonstra a experiência de outros países. O recurso ao direito comparado, no presente caso, é de inegável relevância, posto que a matéria, que começa agora a ser aflorada entre nós, tem sido objeto de importantes evoluções legislativa, jurisprudencial e doutrinária, nas últimas décadas, nos Estados Unidos e em vários países da Europa.

9. Para a análise mais detalhada do sistema legal de proteção ao "software", importa mencionarmos, brevemente, qual a relevância econômica da matéria. Cabe inicialmente ponderar que, dada a importância do "software", nos dias que correm, defender a tese de que tal proteção somente poderá ser provida mediante legislação específica, significa, concretamente, não dar solução ao problema. Conforme veremos, a solução pode e deve ser buscada mediante a aplicação de institutos jurídicos existentes e que são perfeitamente adequados à disciplina do amparo aos direitos dos produtores de programas de computação.

10. Na linguagem da informática, há dois termos de singular importância: o "hardware" e o "software", que ainda não foram devidamente traduzidos para nosso idioma, mas que são correntemente utilizados pelos profissionais de computação.

11. Por "hardware" entende-se a constituição e estrutura física do computador e seus acessórios, isto é, o conjunto de partes, peças, componentes, circuitos etc.. O "hardware" é, pois, o conjunto de materiais e peças que formam a máquina.

12. Já o "software" significa o conjunto de programas e procedimentos que permitem o processamento de dados no computador e comandam o seu funcionamento, segundo os objetivos do usuário. O *programa de computador*, tal como legalmente definido no direito norte-americano, constitui um conjunto de afirmações e instruções para serem utilizadas, direta ou indiretamente, em computador, com vistas à obtenção de um certo resultado ("1980 Amendments", 17 U.S.C. 101). O "software" é constituído por um conjunto de instruções, expressando idéias, as quais são veiculadas mediante a gravação num bem tangível, como, por exemplo, um disquete ou uma fita magnética ou uma pastilha semicondutora. Assim, a substância do "software" é intangível, embora a sua expressão e veiculação sejam processadas em bens tangíveis.

13. À primeira vista, poderia parecer simplesmente que o "software" é o programa e o "hardware" é o computador. Na realidade, a noção de

"software" é um pouco mais ampla do que a do simples programa de computador.

14. Com efeito, o International Bureau of the World Intellectual Property Organization divide o "software" em três categorias: 1) o programa de computador; 2) a descrição do programa; 3) e o material de apoio ou suporte para o entendimento ou aplicação do programa. Tais categorias, nos termos do "Model Provisions on the Protection of Computer Software" (WIPO Publication nº 814), são assim descritas:

a) Computer program means a set of instructions capable, when incorporated in a machine readable medium, of causing a machine, having information-processing capabilities, to indicate, perform or achieve a particular function, task or result;

b) Program description means a complete procedural presentation in verbal, schematic or other form, in sufficient detail to determine a set of instructions constituting a corresponding computer program;

c) Supporting material means any material, other than a computer program or a program description, created for aiding the understanding or application of a computer program, for example, problem descriptions and user instructions."

15. Assim, o "software" abrange não só o programa de computador, mas também a sua apresentação verbal ou esquemática, ou por qualquer outra forma, e ainda os materiais descritivos e instruções para os usuários.

16. A importância fundamental da proteção do "software" reside no fato de ser sua elaboração tarefa altamente criativa, normalmente realizada a custos bastante significativos. Conforme foi observado, a indústria do "software" tornou-se, nos últimos anos, de enorme relevância econômica. Apenas para se dar uma idéia de sua magnitude, cabe observar que, em 1981, a indústria de vendas de programas de computador representou, nos Estados Unidos, um volume de oito bilhões de dólares.

17. Embora a elaboração e desenvolvimento dos programas de computador requeiram meses de esforços e custos calculados em milhares de dólares, a sua cópia é evidentemente fácil e barata. Nesse sentido, cabe ser notado que a prática de "pirataria" em matéria de "software" tem acarretado prejuízos significativos. Assim, observou-se que, nos Estados Unidos, cerca de quarenta a sessenta milhões de dólares foram perdidos pelas empresas que legalmente desenvolveram seus programas devido aos "programas piratas". (SHANNON, Copycatting in the Software Patch, N. Y. Times, 9 de maio de 1982). No mesmo sentido, estimou-se que, para cada cópia de programa de computador legalmente vendida, dez são vendidas

ilegalmente (RICHARDS, Computer software writers struggle to jail pirates, *San Jose Mercury News*, 14 de fevereiro de 1983).

18. Dados os custos envolvidos na elaboração do "software", assim como atendendo à facilidade de ser copiado determinado programa, justifica-se, evidentemente, a proteção legal do "software". É certo, por outro lado, que a caracterização da cópia é tarefa a ser desempenhada por pessoa especializada em computação. Com efeito, deve ser distinguida a *compatibilização da cópia*. Considera-se que dois computadores são compatíveis se os mesmos programas das suas memórias externas puderem ser utilizados em ambos, sem necessidade de maiores alterações. A elaboração de programa compatível com outro pressupõe trabalho de criação. Já a cópia não supõe nenhuma criação, mas simples apropriação de trabalho desenvolvido por outrem.

19. O desenvolvimento de um "software", normalmente, requer a utilização de material humano altamente qualificado, por um longo período de tempo. Esses dois fatores tornam tal empreendimento altamente dispendioso. Assim, é natural que as empresas que investiram no desenvolvimento de um programa estejam interessadas na defesa dos investimentos realizados, cabendo ao sistema jurídico estabelecer mecanismos de proteção adequados, punindo os que, mediante a cópia dos programas, apropriam-se de propriedade alheia, bem como permitindo aos prejudicados a recuperação dos prejuízos sofridos.

III. A PROTEÇÃO DO "SOFTWARE" NO DIREITO COMPARADO

A) *Considerações gerais*

20. Há, portanto, razões econômicas relevantes que exigem o estabelecimento de mecanismos jurídicos de proteção ao "software". Em primeiro lugar, o lançamento constante de produtos novos e a emergência dos "mercados" de informática, com profundas alterações na própria estrutura das empresas, demonstram a necessidade de uma tutela legal do "software". Nesse sentido, referiu-se que:

"L'industrie du Logiciel présente actuellement des signes de rationalisation ou de consolidation imminente. Tout d'abord, la commercialisation de masse d'ensembles logiciels tend à remplacer le logiciel sur mesure. . . De toute évidence, il est plus profitable d'accaparer un produit de la concurrence pouvant être largement commercialisé que d'accaparer un produit sur mesure et il est plus important pour le premier vendeur d'éviter ce genre d'aventure dans le cas d'un produit largement commercialisé.

Certains prédisent que cette tendance conduira à des regroupements dans l'industrie du logiciel. Si ces prévisions sont confirmées par les événements, les têtes de file industrielles s'aperce-

vront sans doute qu'elles ont beaucoup à gagner d'une protection du logiciel" (R. H. STERN, *La Protection Juridique du Logiciel et des Innovations en Rapport avec l'Informatique aux États Unis d'Amérique*. 1982, p. 186).

21. Ademais, conforme antes referido, a indústria de informática defronta-se, diariamente, com problemas de "pirataria" de programas. Vários exemplos podem ser mencionados, particularmente na Europa e Estados Unidos, a propósito dos "programas piratas" e de suas consequências: nos EUA, para cada programa vendido durante o ano de 83, seis cópias foram colocadas ilicitamente no mercado, sendo o prejuízo financeiro das indústrias de informática estimado em nove milhões de dólares, naquele ano; estima-se que 50% (cinquenta por cento) dos produtos da empresa APPLE são copiados; considera-se que cerca de 90% (noventa por cento) dos disquetes em circulação nos Estados Unidos constituem contrafações; em 1963, por violação de "copyright", a empresa *Data Equipment* teve de pagar duzentos e oitenta mil dólares à *Micrope Digital Research*; no mesmo ano, na Alemanha, duas empresas daquele país tiveram de indenizar concorrentes suas em quinhentos mil dólares, por venda sem autorização de programas de computador (YVES PONTIDA, *Réflexions sur une Protection des Logiciels*, Université des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales et de Technologie de Strasbourg, s/d, pp. 16-17).

22. Além de razões econômicas, há também, razões jurídicas relevantes para o estabelecimento de princípios e técnicas de proteção ao "software", porque os programas de computador constituem o fruto de pesquisas e resultam de uma criação intelectual.

23. Nesse sentido, vale referir que o programa de computador caracteriza-se por um duplo aspecto: um aspecto material, na medida em que ele é incorporado em determinados suportes, tais como cartões magnéticos, discos, circuitos integrados, cassetes, etc., e um aspecto imaterial, posto que resulta de um trabalho de criação. Tal distinção, inclusive, tem causado certa perplexidade, na doutrina, quanto à natureza jurídica dos programas de computador, bem como tem levado alguns autores a concluir que, dada a inexistência de proteção legal específica ao "software", poderíamos estar diante de uma lacuna do direito (A. LUCAS, *La protection des programmes*, *Rev. Jur. Comm.*, 1977, p. 478).

24. Na realidade, porém, conforme já declarado pelas autoridades governamentais francesas, estamos diante de um caso de diversidade de textos legais aplicáveis, mas não de lacuna do direito (*Rép. Min. de la recherche et de l'industrie*, *Quest. éc.* 11-7-83, *PIBD*, 1983, 336, I, 93).

25. Com efeito, conforme veremos em seguida, não existe, no caso, uma lacuna do direito, posto que as normas referentes ao direito do autor são plenamente aplicáveis aos programas de computador.

26. No direito comparado, verificamos que a matéria vem sendo objeto de discussão há cerca de duas décadas, particularmente nos Estados Unidos, dado o desenvolvimento acelerado da indústria de computação naquele país. Na maioria dos sistemas legais, conforme veremos em seguida, a proteção aos programas de computador está vinculada às normas de amparo aos direitos do autor.

27. Cabe mencionar, inicialmente, algumas evoluções importantes no plano do direito internacional. A problemática da proteção ao "software" foi objeto de estudos na Organização Mundial de Propriedade Intelectual — OMPI (World Intellectual Property Organization) em 1978, a qual sugeriu, como diretriz para os países interessados, uma lei típica específica, prevendo a existência de depósito dos programas de computador, das descrições dos programas e da sua documentação auxiliar.

28. Conforme referido na doutrina, a sistematização elaborada pela OMPI *segue os mesmos princípios do direito de autor*, amenizando apenas o prazo de duração do privilégio e impondo o registro prévio, a exemplo da orientação anglo-americana, e em contraposição à facultatividade do registro, que entre nós prevalece (CARLOS ALBERTO BITTAR, Enquadramento jurídico do "hardware" e do "software" no plano dos direitos intelectuais, *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, a. 19 n. 73 jan./mar. 1982, p. 315).

29. No plano do direito internacional, o Tratado da "União de Paris" (Convenção Internacional para Proteção da Propriedade Industrial de Paris), que cuida das patentes, não estabelece especificamente proteção aos programas de computador. Por outro lado, a "União de Berna", que cuida do direito de autor, em seu art. 11.º, estabelece que a Convenção aplica-se a "... todas as produções no campo literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou forma de sua expressão". Concluiu-se, assim, que, embora a Convenção de Berna, por si só, não proteja diretamente os programas de computador, fornece o quadro para a sua proteção pelos diferentes sistemas jurídicos nacionais (LUIZ OLAVO BAPTISTA. A proteção dos programas de computador em direito comparado e internacional, *Revista de Direito Mercantil*, n. 50, p. 37).

30. Tal orientação foi confirmada, recentemente pela World Intellectual Property Organization (WIPO), em reunião de seu "Committee of Experts on the Legal Protection of Computer Software", realizada em Genebra, em junho de 1983. No relatório da referida Comissão, tendo em vista a situação existente nos diferentes países representados, ficou evidenciado que os programas de computador encontram amparo adequado, nas diferentes legislações nacionais, fundamentado nos direitos do autor, daí decorrendo, inclusive, a conclusão de não ser necessário um tratado internacional específico sobre "software".

31. Na mesma linha, o Relatório da WIPO, acima mencionado, considerou desnecessário o estabelecimento de um sistema internacional de depósito de programas de computador, concluindo que:

“68. It was generally stated that, if a copyright approach for the protection of software was adopted, an international system of deposit or registration of computer software should not be provided for, *in view of the fact that most copyright laws granted an automatic protection to works without formalities*. A system of deposit was also questioned on the ground that it would involve classification problems and publication costs and would be without practical value.”

32. Verifica-se, portanto, que a tendência, no plano do direito internacional, é no sentido de vincular a proteção dos programas de computador aos princípios do direito de autor, ainda que considerando a implementação de tal diretriz como sendo da competência do direito interno de cada país.

33. Da análise do direito de alguns países europeus, assim como da legislação norte-americana, conforme veremos em seguida, verifica-se igualmente nítida tendência no sentido de considerar como direito de autor aquele decorrente do desenvolvimento de programa de computador.

B) *Do direito francês*

34. Na França, conforme referido pela doutrina, o conceito de obra intelectual é extensivo, daí decorrendo que a expressão literária de um trabalho científico ou técnico merece a proteção do direito de autor, considerando-se que os programas de computador e respectivos formulários e instruções devem ser incluídos em tal proteção (ROBERT PLAISANT, *Le Droit des Auteurs et des Artistes Exécutants*. Paris, Delmas, 1970, p. 12 e seguintes).

35. O art. 2º da lei francesa de 11 de março de 1957, que disciplina a propriedade literária e artística, assim dispõe:

“Les dispositions de la présente loi protègent les droits des auteurs sur toutes les oeuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.”

36. No art. 3º da lei de “copyright” francesa, são enumerados determinados exemplos de obras do espírito suscetíveis de proteção, considerando a doutrina que, por se tratar de elenco exemplificativo, podem nela ser incluídos os programas de computador. Com efeito, a lei francesa visa proteger não somente as obras com valor estético, mas também as obras com valor científico, enquadrando-se o “software” nesta última categoria

(P. COLOMBET, *Propriété Littéraire et Artistique*, Paris, Dalloz, 1980, pp. 39 e seguintes).

37. A jurisprudência dos tribunais franceses vem, ademais, manifestando inequivocamente a orientação no sentido de considerar matéria de direito do autor a proteção ao "software". Nesse sentido, considera-se que os programas não são passíveis da proteção concedida às patentes (lei de 2 de janeiro de 1968, modificada pela lei de 13 de julho de 1978), mas sim daquela conferida pela lei de 11 de março de 1957, que trata do direito de autor.

38. Assim, no caso "Soc. Apple Computer Inc. c.S.A.R.L. Segimex e S.A.R.L.C. Data", julgado em 22-9-83, pelo Tribunal de Grande Instance de Paris, decidiu-se que não há diferença entre o programa de computador e as "obras de espírito", tuteladas pela lei de 11 de março de 1957.

39. A referida decisão tem a seguinte ementa:

"TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE PARIS
21 septembre 1983

1º à 4º — PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE E ARTISTIQUE, Ordinateur, Programme, Protection, Bénéfice, Étendue. Programmes produits. Programmes d'exploitation. Auteurs. Salariés. Société américaine. Loi applicable. — 5º MARQUES, Imitation. Emblème, Couleurs, Faute.

Si les programmes d'ordinateur ne sont pas immédiatement perceptibles par les sens de tout un chacun, ils sont néanmoins accessibles et intelligibles grâce à leur transcription sur divers supports matériels et si leur lecture n'est pas à la portée de tous et requiert une technicité certaine, cette seule particularité n'est pas de nature à les exclure de la catégorie des œuvres de l'esprit, pas plus que n'en sont exclues les compositions musicales (1);

L'apport personnel du créateur de programme d'ordinateur est déterminant dans le résultat obtenu, comme peut l'être celui du compositeur de musique et l'évidence commande de conférer le caractère d'œuvre de l'esprit au programme d'ordinateur (2);

Il n'y a pas de différence de nature entre les programmes-produits et les programmes d'exploitation et la protection accordée aux premiers par la loi du 11 mars 1957 doit être reconnue aux seconds (3);

Les créateurs des logiciels, de nationalité américaine, étant les salariés de la société américaine demanderesse, au regard

de la loi américaine qui, comme la loi du contrat, régit les conditions d'acquisition de la qualité d'auteur, cette société est fondée, en application de la Convention de Genève, à invoquer en France cette qualité qui est la sienne aux États-Unis (4).

L'imitation tant de la forme emblématique d'une marque que de la séquence des couleurs qui la décorent est fautive et justifie une demande de réparation (5)."

40. A decisão, cuja ementa foi acima transcrita, consolidou a tendência da jurisprudência, na França, no sentido de adotar uma interpretação extensiva dos direitos do autor. Assim, após um período em que a tendência dominante, na doutrina e na jurisprudência, manifestava-se pela adoção de uma proteção particular e privativa, consolidou-se a orientação jurisprudencial no sentido de estender os princípios do direito do autor aos novos fenômenos de manifestação cultural ou científica, entre os quais aqueles relacionados ao desenvolvimento de programas de computador.

41. Nesse sentido, nos casos "Atari" (Trib. corr. Paris, 8-12-82) e "Williams Electronics c. Presotto" (Trib. corr. Paris, 9-3-82), referentes aos jogos de vídeo, manifestou-se a aceitação da interpretação extensiva dos direitos de autor. Mais tarde, no caso "Pachot", trazido ao tribunal de comércio e, depois, à Corte de Apelação de Paris, admitiu-se expressamente que um programa de computador constitui uma "obra de espírito", no sentido consagrado pela lei de 11 de março de 1957 (CHRISTIAN LE STANC, Note, *Recueil Dalloz Sirey - Jurisprudence*, 1984, p. 80).

42. No caso "Pachot", o tribunal considerou que a elaboração de um programa constitui uma "obra de espírito" original na sua composição e na sua expressão, comparando-o a uma composição musical, de tal sorte que a contribuição do criador do programa deve ser considerada determinante para a obtenção dos resultados desejados.

43. O tribunal enfatizou, no referido caso "Pachot", que o programa do computador constitui efetivamente uma obra do espírito original, merecendo, portanto, o título do direito de autor. Nesse sentido, estabeleceu que:

*"Considérant que l'élaboration d'un programme d'application d'ordinateur est une œuvre de l'esprit originale dans sa composition et son expression allant au-delà d'une simple logique automatique et contraignante, qu'il ne s'agit pas d'un mécanisme intellectuel nécessaire, qu'en effet les analystes programmeurs ont à choisir comme les traducteurs d'ouvrages entre divers modes de présentation et d'expression, que leur choix porte ainsi la marque de leur personnalité" (Aff Pachot c. Babolat Maillot Witt. *Dossiers Brevets*, 1982, VI 1).*

44. Na mesma linha, o Ministro da Justiça de França declarou que a ausência de um valor estético nos programas de computador não os exclui da proteção do "copyright" enfatizando que:

"L'absence de caractère "esthétique" n'exclut pas, en effet, que les logiciels informatiques bénéficient de la protection de cette législation (loi du 11 mars 1957) en tant qu'œuvres de l'esprit exprimées dans une forme les rendant accessibles à autrui et gardant les empreintes des personnalités de leurs auteurs par le caractère originale de leurs compositions" (Rép. Min. de la Justice, Quest. éc. 11 juillet 1983, apud YVES PONTIDA, ob. cit. p. 75).

45. No caso "Apple Computer Inc c.S.A.R.L. Segimex et S.A.R.L. C. Data", o tribunal estabeleceu alguns princípios fundamentais, que poderiam ser assim resumidos: *a*) se os programas de computador não são facilmente perceptíveis ao senso comum, como ocorre com as obras plásticas ou literárias, por outro lado, eles são acessíveis e inteligíveis graças à sua transcrição em suportes materiais, tais como as telas e as fitas magnéticas; *b*) se a sua leitura não é acessível a todos e requer determinados conhecimentos técnicos, tal particularidade não pode excluir os programas de computador da categoria de "obras do espírito", da mesma forma que não são excluídas, por exemplo, as composições musicais, as quais são expressas em uma linguagem codificada e complexa, cuja compreensão pressupõe igualmente uma formação especializada; *c*) que os programas de computador tornam-se inteligíveis pela utilização de um instrumento, o computador, da mesma forma que a voz humana ou o instrumento musical revelam o conteúdo das partituras musicais; *d*) por conseguinte, a contribuição pessoal do criador de programas é determinante para a obtenção dos resultados desejados, como ocorre com o compositor de uma música; *e*) a experiência demonstra que programas com as mesmas funções, uma vez postos em prática por operadores diferentes, apresentam numerosas variações. Em suma, toda a argumentação expendida pelo tribunal evolui no sentido de acentuar o caráter *criativo* do desenvolvimento de "software", assim como a importância da contribuição pessoal do seu criador, nada justificando, portanto, a sua exclusão do conceito de direito de autor.

46. Dada a evolução jurisprudencial na França, em matéria de proteção ao "software", considerava-se, naquele país, dispensável uma legislação específica. Nesse sentido, comentou-se, referentemente às eventuais imperfeições e limitações da aplicação do direito do autor aos programas de computação, que:

"Ocorre, todavia, que, recentemente, ao reformular a legislação sobre o direito do autor e direitos conexos, para tratar da proteção do audiovisual, o Parlamento francês decidiu incluir na

lei de 1957 um título a respeito do "software". O projeto explicita que os programas de computador são considerados direitos de autor. Sobre a matéria já houve pronunciamento favorável da Assembléia e do Senado, tendo o projeto voltado à Câmara para apreciar as emendas do Senado que foram objeto de manifestação da Comissão de Constituição e Justiça em 15-5-1985."

C) *Do direito inglês*

47. Na Inglaterra, observa-se um desenvolvimento similar ao que ocorre presentemente na França. Tendo em vista as reformas no vigente "Copyright Act", de 1956, um comitê especial, o "Committee to Consider the Law of Copyright and Designs" foi formado e preparou um relatório intitulado "Whitford Report", apresentado ao Parlamento em 1977 e amplamente discutido.

48. O relatório não recomendou a adoção de legislação especial para a proteção aos programas de computador, considerando que a expressão "trabalhos literários", contida no "Copyright Act", de 1956, é suficientemente ampla para abranger o "software".

49. Da mesma forma, o estudo apresentado pelo governo inglês, em 1981, conhecido como "Green Paper", sugeriu explicitamente que os programas de computador deveriam ser considerados como direito de autor. Nesse sentido, foi referido no "Green Paper" que:

"It may be questioned whether copyright is the right vehicle for the protection of programs. However, as Whitford remarked, it is probable that programs are already protected under the 1956 Act and the Government accepts that there is much to be said for dealing with programs under copyright law, since the essential need is for protection against copying. To remove any uncertainty that may exist it is proposed to make explicit in new legislation that computer programs attract protection under the same conditions as literary works. In these circumstances considerations such as term and ownership, and, indeed, the basic question of whether a program possesses sufficient originality to attract copyright protection, will apply to programs in the same way as to other copyright works" (*Reform of the Law Relating to Copyright, Designs and Performer's Protection*, HMSO, 1981, pp. 33 e seguintes).

Em 22-2-1985, a Câmara dos Comuns estendeu ao "software" a proteção dos direitos do autor (Copyright Act).

D) *Do direito alemão*

50. Na Alemanha, a "Associação de Propriedade Industrial e Direito do Autor", após analisar detalhadamente o "Model Provisions", elaborado

pelo "International Bureau of the World Intellectual Property Organization" (WIPO), já mencionado, concluiu que, ao invés de ser promulgada uma lei especial de proteção aos programas de computador, caberia, no caso, a aplicação da lei de direito do autor.

51. A jurisprudência, após algumas decisões conflitantes, tem seguido, ultimamente, a mesma orientação. Deve ser mencionada, a propósito, uma decisão da Sétima Câmara da Corte Distrital de Munique, de 21-12-82, que tem merecido especial atenção da doutrina. O caso envolvia uma grande "software house" norte-americana, que acionou uma empresa competidora alemã, baseada na alegação de que esta última havia infringido o seu direito de autor do programa intitulado "VISICALC". A Corte, considerando procedente a ação, concluiu que os programas de computador devem ser considerados como trabalhos literários e representações de natureza científica ou técnica, merecendo, portanto, a proteção do direito de autor. Ao discutir o requisito da "criação intelectual pessoal", necessário à caracterização do programa como direito do autor, o tribunal referiu que, na elaboração do programa, há elementos que caracterizam a *criatividade pessoal*, tais como o trabalho de pesquisa, levantamento, seleção e organização (EUGEN ULMER e GERT KOLLE. *Copyright Protection of Computer Programs*, IIC, vol. 14, n. 2, 1983, pp. 167 e seguintes).

E) Do direito dos países escandinavos

52. Nos países nórdicos, observou-se, igualmente, que não se espera, nos próximos anos, modificações de vulto nas legislações nacionais, visando a adoção de normas específicas de proteção aos programas de computador. Nesse sentido, a doutrina considera como mais provável uma evolução jurisprudencial no sentido de considerar os programas como inseridos no sistema de proteção conferido aos direitos de autor (JORGEN BULL, *Legal Protection of Computer Programs*, in *A Decade of Computers and Law*, ed. por JON BING e KNUT S. SELMER, Oslo, Universitetsforlaget, 1980, p. 429).

F) Do direito japonês e de algumas outras legislações

53. No Japão não existe nenhum preceito na legislação de "copyright" referente à proteção de programas de computador. Um caso recente, porém, permitiu a aplicação dos princípios que regem o direito de autor ao "software". No caso, uma empresa havia alugado um mecanismo de "video-game" de outra, copiado o programa de computador respectivo e então produzido um vídeo similar para vender ao público. A empresa prejudicada, alegando que tal procedimento feria o seu "copyright", acionou a outra pelos prejuízos causados. Em sua decisão, o tribunal reconheceu que um programa de computador deve ser considerado como um trabalho protegido pelo "copyright", condenando a ré a pagar uma

indenização à autora pela utilização indevida de seu programa (IIC, vol. 14, n. 2, 1983, seção "News and Information", pp. 304 e 305).

54. Da mesma forma, na Dinamarca, Itália, Finlândia, Austria, Hungria e Índia, considera-se que o programa de computador é passível de proteção pela legislação referente aos direitos do autor (Relatórios do "Committee of Experts on the Legal Protection of Computer Software", cit. e *Rapport* da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Francesa dos Deputados de 15-5-85).

G) Do direito norte-americano

55. Nos Estados Unidos, a questão vem sendo objeto de intensa discussão, nos últimos vinte anos, manifestando-se claramente a jurisprudência no sentido de considerar os programas de computador como amparados pelo sistema de "copyright".

56. No sistema legal norte-americano, o "copyright" de determinado trabalho assegura ao seu titular o direito exclusivo de sua reprodução e distribuição, de elaborar outros trabalhos derivados, bem como de apresentá-lo (quando for o caso) e dispor do mesmo.

57. De acordo com o "Copyright Act", de 19-10-76, há dois requisitos básicos para que um trabalho determinado possa ser considerado como sujeito à proteção do direito autoral: 1) deve ser um trabalho original; e 2) constar de um meio de expressão tangível. Nesse sentido, o § 102(a) da lei estabelece que:

"Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device."

58. Embora a Seção 102(a), acima transcrita, não mencione expressamente os programas de computador como trabalhos de autor, a jurisprudência considera que a própria história legislativa sugere que os programas sejam considerados como "trabalhos literários" (conforme a decisão do "Apple-Franklin Case", in *BNA's Patent, Trademark & Copyright Journal*, vol. 28, pp. 433 e seguintes).

59. Efetivamente, conforme se verifica pela leitura dos debates no Congresso norte-americano, os programas de computador estão incluídos na categoria de "trabalhos literários", posto que significam a expressão de idéias originais de seus autores (House of Representatives Report 94-1476 of the 94th Congress, Second Session, p. 54).

60. Na realidade, a definição de “trabalhos literários” da lei é suficientemente ampla para abranger os programas de computador. Com efeito, a redação do § 101 da lei de 1976 é a seguinte:

“Literary works”, are works, other than audiovisual works, expressed in words, numbers, or other verbal or numerical symbols or indicia, regardless of the nature of the material objects, such as books, periodicals, manuscripts, phonorecords, films, tapes, disks, or cards, in which they are embodied.”

61. Criada pelo Congresso norte-americano, a “Commission on New Technological Uses” (CONTU), voltada para o estudo dos programas de computador como “copyright”, em seu relatório final, recomendou que a lei de 1976 fosse emendada, tornando explícito que os programas de computador, na medida em que importam em criação original de autor, gozam da proteção do “copyright”. No relatório da CONTU, foram propostas duas medidas concretas, ambas adotadas nas Emendas de 1980 à Lei de Copyright: *a*) que fosse adotada uma norma limitando os direitos de exclusividade em programas de computador, para assegurar que os possuidores legítimos de cópias de programas possam utilizar ou adaptar tais cópias para o seu uso; *b*) que fosse adotada uma definição de programa de computador e introduzida na redação do § 101 da lei de 1976.

62. Assim, as Emendas de 1980 definiram o programa de computador da seguinte forma:

“A computer program is a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result.”

63. Ainda que as Emendas de 1980 não tenham expressamente considerado os programas como passíveis de “copyright”, a jurisprudência tem reconhecido que a redação de seus dispositivos permite que se chegue a tal conclusão.

64. Nesse sentido, no caso “Apple Franklin”, antes mencionado, a Corte referiu que:

“The language of the provision, however, by carving out an exception to the normal prescription against copying, clearly indicates that programs are copyrightable and are otherwise afforded copyright protection” (*BNA's Patent, Trademark & Copyright Journal*, cit., p. 437).

65. Da mesma forma, na decisão do caso “William Electronics, Inc. v. Artic International, Inc.”, a Corte concluiu que:

“The copyrightability of computer programs is firmly established after the 1980 amendments to the Copyright Act” (685 F 2 d at 875).

66. Conforme já reterido, os dois critérios básicos estabelecidos no "Copyright Act" para que um trabalho seja considerado "copyright" são: originalidade e fixação em um meio de expressão tangível. Referentemente ao segundo requisito, a lei (Section 102 a) estabelece que o trabalho é "fixo" quando está incorporado em uma cópia de natureza suficientemente permanente que permita a sua reprodução, por um período de tempo não transitório. Nos casos "Williams", acima mencionado, e "Tandy Corp. v. Personal Micro-Computers, Inc." (524 F. Supp 171, 173 – ND. Cal. 1981), as Cortes consideraram que o "código objeto", que significa a tradução de um programa de alto nível para a linguagem da máquina, depositado em mecanismo de memória do computador, *do qual ele pode ser reproduzido*, satisfaz o requisito da "fixação", estabelecido na Seção 102(a) da lei de 1976 (*Harvard Law Review*, vol. 96, 1983, pp. 1727-28).

67. Referentemente ao critério da *originalidade*, considera-se que a expressão "original", contida igualmente na Section 102(a) da lei, significa apenas que um trabalho, para ser passível de "copyright", não pode ser substancialmente copiado de outro, devendo, portanto, apresentar um "modicum of intellectual labor". Assim, programas desenvolvidos independentemente e escritos diretamente em forma de "código objeto" são suficientemente "originais" para satisfazer o respectivo requisito legal (*Harvard Law Review*, cit. p. 1.728).

68. Cabe ser notado que um direito assegurado com exclusividade ao autor consiste na preparação de subprodutos, ou trabalhos derivados da obra original, tais como sua reprodução, condensação, resumo, em qualquer forma de expressão. Assim, no direito norte-americano, considera-se que a proteção ao "copyright" abrange não só o programa original, mas também traduções ou adaptações em outras linguagens.

69. Ademais, considera-se que a cópia não significa apenas a repetição, englobando também casos de adaptações ou imitação de conteúdos. Nesse sentido, a jurisprudência dos tribunais norte-americanos tem fixado tal entendimento, como se verifica no caso "Addison Wesley Publishing Co. v. Brown", no qual a Corte considerou que:

"Copying is not confined to a literary repetition, but includes various modes in which the matter of any publication may be adopted, imitated, or transferred with more or less colorable alteration... we do not think it avoids infringements of the copyright to take the substance off the idea, and produce it through a different medium and picturing it in shape and details in sufficient imitation to make it a true copy of the character though of by the appellant's employee" ("Addison Wesley Publishing Co. v. Brown", 233 F. Supp.).

70. Assim, considera-se objeto do "copyright" todos os tipos de "software" (sistemas operativos e suas aplicações), em qualquer das lingua-

gens (de alto nível, "assembler" ou linguagem de máquina), em qualquer dos códigos e em qualquer das formas de expressão (escritos, impressos, em disquete ou em "ROM", que significa a área da memória interna da máquina, onde estão gravadas as instruções básicas do computador). A obra consiste no código-fonte original, do qual o programa de computador é a expressão. Ademais, todas as formas de "software" pelas quais uma versão do programa original possa ser obtida, reproduzida ou comunicada com auxílio do computador são consideradas "cópias" e sujeitas igualmente à proteção do "copyright" (Protecting Computer Software, in *Arizona State Law Journal*. 1983, p. 663).

71. Ademais, menciona a doutrina que os manuais e documentação que acompanham um pacote de "software" são igualmente amparados pelo "copyright". Quando há vários manuais ou documentos de instrução, cada um deles é suscetível de proteção independente com base na legislação de direito autoral (SAIDMAN, STERNE & KESSLER. *The Law of Computer Software in the United States*, 1983, p. 5).

72. Portanto, é pacífico no direito norte-americano que nos programas de computador é assegurada a proteção do "copyright". Cabe notar, a propósito, que, nos termos da seção 302(a) do "Copyright Act", *o direito do autor existe a partir da criação do trabalho*, seja ele revelado ao público ou não. O depósito do trabalho no "Copyright Office", normalmente para uso da Biblioteca do Congresso, não é uma condição para assegurar a proteção do direito do autor, posto que o respectivo registro tem função declaratória de direito existente a partir da criação do trabalho (Section 407(a) do "Copyright Act").

II) Considerações finais de direito comparado

73. Conforme a análise até aqui desenvolvida, verificamos que o "software" tem merecido a proteção, como direito do autor, nos diversos sistemas jurídicos, seja pela via legislativa, seja pela construção jurisprudencial. Cabe referir, ademais, que considera-se, no direito comparado, que o direito do autor não é infringido apenas nos casos de cópia do programa, visto que o "copyright" estende-se também às adaptações, tais como traduções e condensações. Nesse sentido, a doutrina refere que:

"A copyright is infringed of course not only in those cases where the program has been copied as it stands. Copyright in a program extends to adaptations such as translations, abridgments and other derivative uses where the protected program can be recognized in its essential features. Accordingly Sec. 5 of the WIPO Model Provisions reads as follows: "The proprietor shall have the right to prevent any person from... (IV) using the computer program to produce the same or a substantially

similar computer program or a program description of the computer or of a substantially similar computer program", and "(V) using the program description to produce a corresponding computer program" (EUGEN ULMER e GERT KOLLE, artigo citado, p. 182).

74. Da lição do direito comparado, podemos então concluir que os programas de computador, suas adaptações, condensações, bem como outros subprodutos, constituem matéria de "copyright", devendo tal orientação, conforme veremos em seguida, ser consagrada no direito brasileiro.

IV. O "SOFTWARE" NO DIREITO BRASILEIRO

75. A questão da proteção ao "software", no Brasil, ainda não tem sido objeto de muita atenção. Com efeito, por enquanto, não temos notícia de nenhum caso julgado pelos tribunais. Na doutrina, verificamos que o assunto começa a despertar interesse nos últimos anos (cf. os artigos de CARLOS ALBERTO BITTAR e LUIZ OLAVO BAPTISTA, antes citados e JOSÉ CARLOS TINOCO SOARES, Proteção dos Programas de Computadores, in *Revista de Direito Mercantil*, nº 17, pp. 39 e seguintes).

76. CARLOS ALBERTO BITTAR, a propósito, manifesta a sua orientação no sentido de considerar o "software" como direito do autor, nos seguintes termos:

"Analisando a espécie, concluímos, no entanto, seja quanto ao aspecto doutrinário, seja quanto ao aspecto prático, que se deve reconhecer a integração dessas criações ao campo dos direitos intelectuais, na proteção de bens ligados à própria personalidade humana e para a fruição, pelos titulares, dos proventos decorrentes de sua utilização, no sentido da própria expansão do setor e a conseqüente contribuição para o desenvolvimento geral do País" (artigo citado, p. 325).

77. Na mesma linha de pensamentos, CLÁUDIO AMARAL conclui que, se o "hardware", quando se trata de aparato novo, original e útil, deve ser amparado pelo direito da propriedade industrial, o "software" deve ser defendido pelo direito do autor, quando expressamente descrito ou explicitado sob forma literária (Proteção Jurídica de Programas de Computadores, in *Telecom*, 1979, nº 32, pp. 6-8).

78. Idêntico é o pensamento de HENRIQUE GANDELMAN, para quem:

"Desde logo abandonamos a idéia de considerar o "software" como patente, preferindo qualificá-lo como direito autoral, já

que segredo ou propriedade industrial estariam mais de acordo com o "hardware". Aliás, este é o entendimento que vem sendo aceito pelos países industrializados e com "know-how" avançado na matéria" (*Guia Básico de Direitos Autorais*, Porto Alegre, Globo, 1982, p. 17).

79. Assim, verificamos que igualmente, em nosso País, a doutrina inclina-se no sentido de considerar a proteção do "software" como matéria de direito autoral. Trata-se, com efeito, de opinião dominante entre os estudiosos do assunto, podendo ser referido que a posição de JOSÉ CARLOS TINOCO SOARES, que afirma não haver possibilidade de inserção do "software" no âmbito do direito autoral, dada a sua natureza de obra técnica (artigo citado, pp. 41 e 42), é inequivocamente minoritária.

80. Com efeito, o direito brasileiro, em matéria de direito autoral, adotou um conceito amplo do que sejam as *obras intelectuais*, que constituem o objeto do direito do autor.

81. Há dois requisitos fundamentais para que se possa caracterizar determinado trabalho como "obra intelectual", passível, por conseqüência, da proteção do direito autoral: 1) a "criação do espírito"; 2) a exteriorização (Lei nº 5.988/73, art. 6º).

82. Considera-se, inicialmente, que a obra deve ser necessariamente humana. Assim, por definição, uma forma natural não constitui obra literária ou artística. Ademais, "criações do espírito" são basicamente *idéias criativas*, nas quais esteja manifestada a *originalidade* de seu autor. Não basta, porém, a existência de uma "idéia criativa" para a caracterização da obra intelectual. Tal idéia deve, necessariamente, ser exteriorizada ou manifestada. Se permanecer no foro íntimo do seu criador, não configura uma obra intelectual, no sentido técnico-jurídico da expressão. Portanto, na feliz síntese de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO:

"A obra é a exteriorização da criação do espírito" (*Direito Autoral*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 12).

83. Havendo, portanto, uma obra intelectual, qualquer que seja a sua expressão, desde que manifeste ela a criação do espírito, ou seja, a originalidade, caberá ao seu autor invocar a proteção conferida pelo sistema jurídico ao seu direito.

84. Os requisitos da lei brasileira (Lei nº 5.988, de 14-12-73, art. 6º) são, portanto, bastante abrangentes, conferindo um caráter amplo ao objeto do direito autoral. Nesse sentido, EDUARDO VIEIRA MANSO observou que:

"O objeto do direito autoral, assim, é a própria obra intelectual, manifestação inteligente de seu criador, qualquer que seja

sua forma de expressão, seu valor artístico, literário ou científico e sua destinação, contanto que tal obra se revista de *originalidade* (quanto à sua forma interna, com referência ao seu "corpus mysticum"), merecendo proteção, pois, tanto o soneto de Guilherme de Almeida, o romance de Jorge Amado, como uma ficha para atendimento do recém-nascido, ou o folheto da Loteria Esportiva" (*Direito Autoral*, São Paulo, José Bushatsky, 1980, p. 10).

85. O art. 6º da Lei nº 5.988/73, inserido no Capítulo I do Título II, que trata das "obras intelectuais protegidas", dispõe, em seu inciso I, que:

"Art. 6º — São obras intelectuais as criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas, tais como:

I — os livros, brochuras, folhetos, cartas-missivas e outros escritos

II —

86. Ora, o "software" é tipicamente uma "obra do espírito", na medida em que requer criatividade do seu autor. Com efeito, a elaboração de programa de computador é altamente criativa e pessoal, não havendo mesmo a possibilidade de que técnicos especializados em computação, trabalhando separadamente e sem qualquer contato, possam elaborar um programa idêntico.

87. Ademais, ainda que a substância do "software" seja um intangível, enquanto atividade criativa, por definição é ele exteriorizado em um bem tangível, em um disquete, em uma pastilha semicondutora ou mesmo em uma fita magnética.

88. Assim, o "software" tipicamente constitui obra do espírito exteriorizada, estando pois incluído na categoria dos "outros escritos" (art. 6º, I, da Lei nº 5.988/73) e merecendo, portanto, a proteção do direito autoral.

89. Nesse sentido, HENRIQUE GANDELMAN afirma igualmente que:

"Assim sendo, parece-nos que a Lei nº 5.988/73 é abrangente, fornecendo as diretrizes para a proteção jurídica do "software" brasileiro. Inicialmente, porém, é preciso que haja o consenso e entendimento do "software" como um "escrito", isto é, sua aceitação generalizada como um direito autoral. Para este fim, diz o art. 6º da Lei nº 5.988: "São obras intelectuais (protegidas) as criações do espírito, de qualquer maneira exteriorizadas, tais como: I — os livros, brochuras, folhetos, cartas-missivas

e outros *escritos*.” Pergunta-se: seria o programa de computador um “escrito”? É evidente que a resposta é positiva” (*Guia Básico de Direitos Autorais*, cit., p. 17).

90. “Escrito”, na sua acepção substantiva e mais ampla, significa:

“Tudo o que está expresso por sinais gráficos, em papel ou outro veículo apropriado” (AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, Rio, Nova Fronteira, p. 557).

91. O programa de computador, conforme já analisado, é *necessariamente* expresso em sinais gráficos, sob a forma de dois algarismos — o 1 e o 0 —, que constituem os “dígitos”. É indiscutível, portanto, que constitui um “escrito”, estando, assim, tutelado o direito de seu criador pelo sistema estabelecido na Lei nº 5.988/73.

92. É importante ressaltar que, no direito brasileiro, o registro ou depósito da obra intelectual tem caráter meramente *declaratório*, constituindo, apenas, prova de anterioridade e de eventual primazia. Isto porque, nos termos do art. 17 da Lei nº 5.988/73, o registro é considerado *facultativo*; assim, a obra *poderá ser registrada pelo autor, para segurança de seus direitos*. Da própria redação do art. 17, verificamos, claramente, que os direitos do autor preexistem ao registro. Com efeito, os direitos do autor nascem no momento em que a obra é, por qualquer forma, exteriorizada.

93. O art. 20 estabelece uma presunção de autoria decorrente do registro. Dispõe a referida norma que:

“Art. 20 — Salvo prova em contrário, é autor aquele em cujo nome foi registrada a obra intelectual, ou conste do pedido de licenciamento para a obra de engenharia ou arquitetura.”

94. Tal não significa, porém, que os trabalhos não registrados deixem de conferir, aos seus criadores, o direito autoral. Não há, na doutrina, qualquer dúvida quanto ao efeito meramente *declaratório* do registro da obra (BRUNO JORGE HAMMES, *Elementos Básicos do Direito de Autor Brasileiro — Um exame especial da questão da isenção de formalidades*, 1976, p. 147, apud JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, cit., p. 96).

95. Cabe notar, a propósito, que a Convenção de Berna, da qual o Brasil é signatário, em seu art. 5º estabelece que a pessoa que primeiro publica determinada obra, sem que haja notícia de “copyright” do mesmo trabalho em qualquer país signatário, é titular do direito de autor em todos os países membros da Convenção. Assim, não se exige, no plano internacional, qualquer formalidade de registro da obra para o nascimento do direito do autor.

96. Conforme referido pela doutrina, no caso de "software", o problema fundamental reside em saber quando um programa é efetivamente uma criação, posto que a originalidade constitui um pré-requisito indispensável do "copyright". Tal verificação de originalidade, porém, não compete ao registro, dado o seu caráter meramente declaratório, mas sim aos analistas especializados, no caso de qualquer disputa atributiva de autoria de determinado programa (HENRIQUE GANDELMAN, ob. cit., p. 17).

97. Nos termos da Constituição federal, é assegurado aos autores, na forma definida na legislação específica, o direito exclusivo de utilizarem as respectivas obras. Nesse sentido, o § 25 do art. 153 da Constituição federal dispõe que:

"§ 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."

98. No caso dos "software", é possível que se trate de obra coletiva, cabendo a sua autoria à empresa que a produziu e em seu nome a comercializa. Nesse sentido, o art. 15 da Lei nº 5.988/73 expressamente dispõe que:

"Quando se tratar de obra realizada por diferentes pessoas, mas organizada por empresa singular ou coletiva e em seu nome utilizada, a esta caberá a sua autoria."

99. Conforme refere a doutrina, a legislação brasileira, da mesma forma que ocorre no direito comparado, reconhece e tutela, expressamente, os direitos da pessoa jurídica à autoria. Assim, o Código Civil atribui ao Estado as obras encomendadas e publicadas às custas dos cofres públicos (art. 661, inciso II), da mesma forma que a Lei nº 5.988/73 confere à pessoa jurídica a condição de autora de obra coletiva por ela organizada e comercializada (CARLOS ALBERTO BRITAR, *Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda*, São Paulo, RT, 1977, p. 79).

100. A cópia de determinado programa de computação constitui violação ao direito de autor, constitucionalmente assegurado ao seu titular, acarretando conseqüências de considerável gravidade nos campos do direito penal e do direito civil.

101. Há, inicialmente, as sanções de ordem penal, sendo tipificada, no art. 184 do Código Penal, a figura da violação do direito de autor, que constitui crime punido com detenção (de três meses a um ano) ou multa.

102. Nos termos do art. 127 da Lei nº 5.988, o titular dos direitos de autor pode requerer à autoridade policial competente a interdição da representação, execução, transmissão ou retransmissão de obra intelectual,

bem como a apreensão, para a garantia de seus direitos, da receita bruta faturada pelo infrator com a exploração da obra do autor.

103. Cabem, ainda, sanções de natureza civil. Inicialmente, o autor, cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer outra forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da utilização da obra. Assim, o autor de programa de computador que venha a ser copiado pode requerer a medida de suspensão da utilização do referido programa, nos termos do art. 123 da Lei nº 5.988/73, que assim dispõe:

“Art. 123 – O autor, cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá, tanto que o saiba, requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos com a suspensão da divulgação da utilização da obra, sem prejuízo do direito à indenização de perdas e danos.”

104. Ademais, o autor, nos termos do art. 223, *in fine*, tem o direito a receber, daquele que se utilize do seu “software”, indenização por perdas e danos, abrangendo os danos emergentes e os lucros cessantes. Estes últimos, *in casu*, devem ser calculados tomando como base todas as vendas do “software” copiado pelo infrator.

105. A questão do tratamento legal da informática, conforme amplamente noticiado, foi objeto de importantes discussões, entre nós, particularmente nos últimos anos, que resultaram na recente edição de disciplinas normativa e regulamentar específicas.

106. Nesse sentido, foi promulgada a Lei nº 7.232, de 29-10-84, que dispõe sobre a Política Nacional de Informática e os seguintes Decretos: nº 90.754, de 27-12-84, que dispõe sobre a organização e funcionamento do Conselho Nacional de Informática e Automação; nº 90.755, de 27-12-84, que dispõe sobre a Secretaria Especial de Informática; e nº 90.756, de 27-12-84, que aprova o Estatuto da Fundação Centro Tecnológico para Informática.

107. A legislação editada, porém, embora disciplinando aspectos importantes da política governamental para o setor de informática, não tratou especificamente de definir a natureza jurídica do “software”, nem de estabelecer os contornos legais para a sua proteção.

108. A única referência ao assunto pode ser encontrada no art. 43 da Lei nº 7.232/84, que assim dispõe:

“Art. 43 – Matérias referentes a programas de computador e documentação técnica associada (“software”) e aos direitos relativos à privacidade, como direitos de personalidade, por sua

abrangência, serão objeto de leis específicas, a serem aprovadas pelo Congresso Nacional.”

109. Assim, enquanto não for elaborada lei específica referente ao “software”, é inequívoco que a sua proteção é tutelada pela legislação referente ao direito do autor. Admitir, no caso, uma lacuna do direito, até a promulgação de lei específica, constituiria, evidentemente, uma legitimação de procedimentos de “pirataria”, inteiramente incompatíveis com a função do direito de prover a adequada segurança às relações comerciais, particularmente àquelas verificadas em setor de fundamental importância econômica, como é o da informática.

110. Mesmo que a lei nova venha a instituir algum tipo de registro para o “software”, evidentemente não poderá ter ela o condão de eventualmente prejudicar situações jurídicas já criadas e consolidadas no regime jurídico vigente, pelo qual, conforme demonstramos, a empresa produtora de “software” é tida como autora, para todos os efeitos legais.

V. CONCLUSÕES

111. Em face da análise desenvolvida, podemos concluir que:

a) diante da importância crescente da informática, bem como diante dos abusos que, presentemente, ocorrem na utilização indevida de “software” por parte de pessoas ou empresas que não são seus legítimos titulares, verifica-se uma tendência inequívoca, nos diversos sistemas jurídicos nacionais, bem como no plano do direito internacional, no sentido de proteger o direito dos proprietários dos programas de computação de ações de “pirataria”;

b) no direito internacional, bem como no direito comparado, é pacífico o entendimento de que o “software” atribui, ao seu titular, o “copyright” devido, sendo, portanto, utilizados os princípios do direito do autor na defesa dos interesses dos proprietários de programas de computador e seus produtos derivados;

c) entre nós, dada a conceituação ampla da obra intelectual, para efeitos do direito autoral, é o “software” igualmente enquadrado na disciplina do “copyright”;

d) tratando a proteção ao “software” de matéria submetida ao direito autoral, é manifesto que não há necessidade de registro do programa para que sejam tutelados os direitos de seu autor;

e) e a cópia de determinado “software”, como infração ao direito do autor, constitucionalmente tutelado, acarreta, para o infrator, consequências na esfera penal, bem como a obrigação de indenizar o autor, pelos danos emergentes e lucros cessantes.