

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**FACULDADE DE DIREITO**

**ANTONIO LUIZ COSTA GOUVÊA**

**O SISTEMA DE TUTELA DO PROGRAMA DE COMPUTADOR COMO  
INSTRUMENTO DE DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA E VETOR À  
INOVAÇÃO**

**CURITIBA**

**2014**

**ANTONIO LUIZ COSTA GOUVEA**

**O SISTEMA DE TUTELA DO PROGRAMA DE COMPUTADOR COMO  
INSTRUMENTO DE DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA E VETOR À  
INOVAÇÃO**

**Monografia de conclusão de curso  
apresentada no Curso de graduação em  
Direito, do Setor de Ciências Jurídicas  
da Universidade Federal do Paraná,  
como requisito parcial à obtenção do  
grau de Bacharel em Direito.**

**Professor Orientador: Dr. Marcos  
Wachowicz**

**CURITIBA**

**2014**

*A meus pais Heitor Luiz e Ana Julia, pois sem o amor e esforço deles, jamais  
Chegaria onde estou.  
A minha irmã Ana Luiza, pela luta.  
A minha irmã Isabel, pelo companheirismo.  
A meu sobrinho Heitor, por alterar o significado da palavra carinho.  
A Gely Arouche Magalhães Costa, in memoriam, avó materna, pelo amor,  
conselhos e ensinamentos de vida.  
A Antonio de Pádua Gouvea, in memoriam, avô paterno, pelo amor,  
ensinamentos de vida e pelo exemplo de homem.*

## AGRADECIMENTOS

À minha família, sem os quais não chegaria a ser nem uma parte do que sou. Pelos seus imensuráveis amor e esforço para que eu me tornasse a pessoa sou atualmente.

Ao Professor Dr. Marcos Wachowicz, pelos conhecimentos compartilhados e pelo compromisso na orientação.

Aos amigos e companheiros de UFPR, Ruy, Carol, Renata, Paula e Nathalia, por me ensinarem o significado de uma grande amizade, mesmo nos momentos de tristeza e desespero.

A Joyce, pelo auxílio e amizade. Jamais esquecerei sua grande ajuda na revisão e confecção deste trabalho.

Aos amigos de Rep. J., Paulo e Vitor, pela amizade companheirismo.

Aos grandes companheiros de SBRS, Lucas Rosati, Lucas Packer, Heitor e Ernesto, pela amizade e parceria.

Aos amigos da terrinha, Regis, Izabela, Andre Barbosa, Paulo Vitor, Paulo Roberto, Douglas e Carlos, por terem sido meus primeiros amigos e companheiros.

A gestão #ocupecahs, pela parceria e solidariedade no biênio em que estivemos a frente do Centro Acadêmico.

Ao Partido Democrático Universitário, por me ensinar o significado da palavra vitória, bem como pelos grandes amigos que ali encontrei.

Ao Bonde do Rocamble, pelos momentos de grande alegria e risos proporcionados.

Ao Dr. Alexandre Gomes Gonçalves e ao Dr. Guilherme de Almeida Ribeiro, exemplos profissionais, pela seriedade e comprometimento.

A todos, que de alguma forma auxiliaram em minha jornada.

*“O sucesso é ir de fracasso em fracasso sem perder o entusiasmo”*

*Sir Winston Churchill*

## RESUMO

O advento da Revolução da Tecnologia da Informação fez com que o Direito encontrasse grandes desafios na tutela dos bens decorrentes desse fenômeno. Era evidente que as regras utilizadas para a proteção de bens corpóreos não seriam satisfatórias na tutela de um dos principais bens que foram criados durante esse fenômeno: o programa de computador. Assim sendo, após diversas reflexões, foram pensadas várias formas de tutela, prevalecendo, no entanto, a preferência na tutela de programas de computador pelo Direito de Autor. A discussão, porém, continuou, tendo em vista que nenhum dos dois sistemas de proteção intelectual fora criado para a tutela do *software*, bem como a proteção oferecida era, ora insatisfatória (Direito de Autor), ora excessiva (Propriedade Industrial). A tutela jurídica escolhida foi a tutela via Direito de Autor, posto que essa conferia uma proteção automática e independente de qualquer tipo de registro. Também escolheu-se esse sistema de proteção porque ele não traria a indisponibilidade da ideia, demonstrando-se um sistema mais adequado na promoção de inovação e defesa da livre concorrência.

**Palavras chave:** Propriedade Intelectual, Direito Concorrencial, Direito Autoral, Direito Industrial, Programa de Computador, Software.

## **ABSTRACT**

The arrival of Technological Revolution, along with the Information Revolution, has put Law through the major challenge to protect the product of those phenomenons. By that time, the law applied for physical property would not be enough to rule one of the main assets created during those technological changes: the software. After several researches about this problem, many hypotheses were considered. The discussion went on, although none of the systems of intellectual protection was created specifically for softwares, as well as the legal protection was sometimes too inflexible (Industrial Property), and sometimes not rigid enough (Copyrights). However, the conclusion was that the best way to approach the law existing to the new theme was using the Copyright. The reason why the existing law used was the Copyright is that the registry is unnecessary and the protection was automatic. Also, this system does not implied the unavailability of the ideas, presenting itself as a system more appropriate towards the promotion of innovation and the defense of free competition.

**Key words:** Intellectual Property, Antitrust Law, Copyright, Patents, Software

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2. HISTÓRICO DA REGULAMENTAÇÃO DO SOFTWARE</b> .....	3
2.1. CONCEITO TÉCNICO DE SOFTWARE, PROGRAMA DE COMPUTADOR E AS LINGUAGENS DE PROGRAMAÇÃO.....	4
2.2. A regulamentação no cenário internacional.....	5
2.3. A regulamentação no Brasil.....	8
2.3.1. A secretaria especial da informática e o início da regulação.....	9
2.3.2. O registro do programa junto à Secretaria Especial de Informática.....	12
<b>3. A TUTELA JURÍDICA SEGUNDO A LEI Nº 9.609/1998</b> .....	14
3.1. O REGIME DE TUTELA INTELECTUAL.....	14
3.2. CONCEITO JURÍDICO DE PROGRAMA DE COMPUTADOR.....	19
3.3. REGISTRO DO PROGRAMA DE COMPUTADOR PERANTE O INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	22
<b>4. A PROPRIEDADE INTELECTUAL E O PROGRAMA DE COMPUTADOR</b> ...24	
4.1. O DIREITO AUTORAL E O PROGRAMA DE COMPUTADOR .....	25
4.1.1. Programa de Computador como Instituto de Direito Autoral <i>sui</i> <i>generis</i> .....	26
4.1.1.1. Os Direitos Morais e o Programa de Computador.....	28
4.1.1.2. Os Direitos Patrimoniais e o Programa de Computador.....	30
4.1.1.3. Os Direitos Conexos e o Programa de Computador.....	31
4.1.2. Requisitos da tutela autoral para o Programa de Computador.....	31
4.1.2.1. Originalidade relativa no Programa de Computador.....	32
4.1.2.2. Caráter utilitário do programa de computador.....	33
4.1.2.3. Expressão da Ideia e Programa de Computador.....	34
4.2. O DIREITO INDUSTRIAL E O PROGRAMA DE COMPUTADOR.....	35
4.2.1. Os requisitos de patenteabilidade.....	37
4.2.1.1. Atividade Inventiva.....	38
4.2.1.2. Novidade e Estado da Técnica.....	40
4.2.1.3. Aplicação Industrial.....	41
4.2.1.4. Suficiência Descritiva.....	43
4.2.2. Patenteabilidade do Programa de Computador.....	47
<b>5. PADRÕES LIVRE E PROPRIETÁRIO</b> .....	48
5.1. SOFTWARE PROPRIETÁRIO.....	48
5.2. SOFTWARE LIVRE.....	49
<b>6. A TUTELA INTELECTUAL DO PROGRAMA DE COMPUTADOR COMO     INSTRUMENTO DE DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA E VETOR À     MAIOR INOVAÇÃO</b> .....	50
6.1. FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA...53	
6.2. OS SISTEMAS DE TUTELA INTELECTUAL DO PROGRAMA DE COMPUTADOR, A LIVRE CONCORRÊNCIA E A INOVAÇÃO TECNOLÓGICA.....	58
<b>7. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	65



<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>67</b>
--	-----------

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura analisar uma questão de clara importância no estudo da propriedade intelectual, tendo em vista o grande valor econômico e tecnológico que os programas de computador tem na atual conjuntura econômica.

O sistema de tutela intelectual do *software* já foi objeto de grandes estudos pela literatura jurídica. Entretanto, muito em função da proteção insatisfatória que o Direito Autoral confere ao programa de computador, a questão ainda não é pacífica entre os principais doutrinadores. No entanto, poucas são as vozes que ainda defendem a tutela pela via Industrial.

À partida, far-se-á um breve histórico do processo de regulamentação do *software*. Serão analisadas primeiras tendências doutrinárias sobre a matéria, bem como as primeiras legislações internas e tratados internacionais que dispuseram sobre os programas de computador. Também será analisado o processo de regulamentação no Brasil e a atuação da Secretaria Especial da Informática, a qual foi fundamental para que a regulação ocorresse.

Em segunda oportunidade, será explorada a Lei nº 9.609/1998. É importante frisar que apenas serão investigadas as questões que guardem relação com a propriedade intelectual, sendo elas o regime de tutela intelectual adotado, a definição e o conceito jurídico de *software*, e, por fim, o registro perante o INPI.

Logo após, serão analisados os sistemas de proteção intelectual existentes. Primeiramente, será feita a decomposição da relação do *software* com o Direito Autoral, bem como o estudo desse bem como um instituto de Direito Autoral *sui generis*, uma vez que, ora guarda semelhança com os bens tutelados por esse ramo da propriedade intelectual, ora difere diametralmente deles. Feito isso, será feita a análise à luz do Direito Industrial, dissecando-se os requisitos de patenteabilidade, bem como a possibilidade de patenteamento do programa de computador.

Em seguida, serão pesquisados os dois padrões existentes de licenciamento, ou seja, o *software*-proprietário e o *software*-livre.

Por fim, analisar-se-á os efeitos que a adoção de um desses sistemas terá na questão do incentivo à inovação tecnológica, bem como qual das duas formas de tutela será mais profícua na defesa do instituto da livre concorrência.

## 2 HISTÓRICO DA REGULAMENTAÇÃO DO PROGRAMA DE COMPUTADOR

A automação do processamento de informações, alavancada pelo advento da Revolução da Tecnologia da Informação, ensejou a necessidade de regulamentação pelo Direito dos novos bens fomentados por tal fenômeno. A imprescindibilidade de regime específico foi primeiramente levantada por Eugen Ulmer, nos anos 1970, quando o jurista alemão vislumbrou a possibilidade da violação de direitos autorais num fluxo de dados de um computador a outro<sup>1</sup>.

Chegou-se ao entendimento de que tal infração se daria tanto na entrada de dados, quanto em sua saída, sendo que nesta é imperiosa a reprodução da obra, naquela, por sua vez, indispensável sua gravação. Destarte, mostrava-se clara a necessidade de regulamentação exclusiva do *software*, distinta da de seu suporte físico, o *hardware*.

É esse processo de desmaterialização que desagrega o *software* (ou programa de computador) de sua base física, trazendo a Informática à luz do âmbito jurídico<sup>2</sup>. A informação, como bem jurídico merecedor de tutela, seria revolucionada com o aparecimento e evolução da Informática. Assim, como bem imaterial que é, o programa de computador demanda regulamento especial, apartado de normas ordinárias que regem bens corpóreos.

A partir disso, emergiu o debate sobre qual o sistema de proteção intelectual seria mais adequado ao *software*, às informações nele contidas, bem como se discutiram conceitos importantíssimos para o Direito Autoral, manifestamente cópia, reprodução, recuperação e importação de dados em um meio tecnológico inteiramente novo.

No entanto, é importante frisar que em momento algum a tutela foi pensada a partir do programa de computador, mas sim concebida como uma forma de combate à pirataria (reprodução não autorizada), não levando em consideração as particularidades do bem informático em questão.

---

<sup>1</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade Intelectual do Software e Revolução da Tecnologia da Informação*. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2007. p. 29.

<sup>2</sup> PAESANI, Liliansa Minardi. *Direito de Informática: Comercialização e Desenvolvimento Internacional do Software*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 9.

## 2.1 CONCEITO TÉCNICO DE SOFTWARE, PROGRAMA DE COMPUTADOR E AS LINGUAGENS DE PROGRAMAÇÃO

A inclusão da documentação técnica na definição de programa de computador suscitou a diferenciação entre o *software* e o programa de computador em si, pois o abarcamento do conceito de programa faz com que haja a absorção do termo programa pelo vocábulo *software*.

A doutrina francesa fazia a distinção conferindo à palavra “*logiciel*” (expressão francesa para *software*) uma acepção mais abrangente, englobando também o material de apoio do programa. Posto isso, entende-se que a noção de *software* inclui a de programa de computador<sup>3</sup>.

A documentação do programa é composta pela descrição deste, que é designada aos programadores, dado seu caráter técnico, compreendendo informações sobre a funcionalidade do programa; e pelo manual de instruções, destinado aos consumidores, contendo elementos sobre o uso<sup>4</sup>.

Por sua vez, o programa de computador em si é composto pelos algoritmos, sendo esses as fórmulas matemáticas que servem de instrução à máquina. Entretanto, o programa não se confunde com os algoritmos, pois esses devem estar expressos em linguagem de programação para que sejam apreendidos pela máquina. Logo, conceitua-se o programa como um conjunto de instruções expresso em linhas de código, as quais são enviadas ao *hardware*, para que esse atinja um determinado fim ou necessidade<sup>5</sup>.

Tais comandos são escritos em linguagem de programação, que podem ser divididas em:

- a) A linguagem-máquina é o Código Binário de Programação, ou seja, as sequências de 0 (zeros) e 1 (uns). Cada número desse Código é

---

<sup>3</sup> SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *A proteção autoral dos Programas de Computador*. Rio de Janeiro: Editorial Lumen Juris, 2008. p. 154.

<sup>4</sup> *Ibidem*. p. 3.

<sup>5</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 73.

chamado de *bit*. Uma série de oito *bits* dá origem a um *byte*. Dessa forma, agrupando-se essas linhas de código, formam-se comandos, funções, sons, imagens, textos, etc<sup>6</sup>.

- b) A linguagem de baixo nível, designada *assembly* (termo inglês que significa montagem), também é voltada para a máquina, empregando instruções do microprocessador do computador. É formada por um grupo de palavras do idioma inglês (*start, end, drop*)<sup>7</sup>.
- c) A linguagem de nível médio (exemplos são as linguagens C+ e C++), por sua vez, é dirigida tanto ao ser humano quanto à máquina.
- d) Já a linguagem de alto nível é apenas direcionada ao ser humano, servindo para a estruturação e edição de programas.

Feitas essas considerações, explicita-se que o presente trabalho apenas se prestará à investigação do programa de computador, deixando as peculiaridades do material de apoio de lado.

## 2.2 A REGULAMENTAÇÃO NO CENÁRIO INTERNACIONAL

No início da década de 1970, mostrou-se primordial regulamentar e proteger os programas de computador, porquanto inexistia diploma legal que versasse a respeito, situação que não poderia se estender, haja vista seu valor econômico, tal qual o ambiente tecnológico no qual estão inseridos.

Em 1970, a OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) criou um grupo de consultores, para que fizessem estudos sobre a proteção jurídica do *software*<sup>8</sup>.

Assim, foram levantadas as seguintes questões: a) qual seria a forma de proteção mais adequada, partindo de uma perspectiva interna, considerando os interesses dos países desenvolvidos (produtores de *software*) e dos países em

---

<sup>6</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 74.

<sup>7</sup> *Ibidem.* p. 75.

<sup>8</sup> PAESANI, Liliana Minardi. *Op. cit.* p. 49.

desenvolvimento (importadores de *software*); b) quais seriam as medidas internacionais a serem implementadas.

Na Convenção de Concessão de Patentes Europeias, em 1973, mais conhecida como Convenção de Munique, iniciaram-se as alterações, oportunidade em que foram criadas as primeiras consonâncias doutrinárias sobre o assunto, já sendo consagrada a não patenteabilidade de programas de computador<sup>9</sup>.

De 1971 a 1977, a OMPI dedicou-se aos estudos da proteção do programa de computador. O parecer elaborado continha diversas noções interessantes, dentre elas a de programa. Esse seria não só o código utilizado para comandar a máquina, mas também os passos que revelam a criatividade em sua confecção, como os fluxogramas, descrições em linguagem comum, etc.

Em 1977, o comitê reuniu-se em Genebra, objetivando analisar o parecer elaborado e aprovar as disposições-tipo. Nesta publicação, a OMPI admitiu a criação de um direito intelectual *sui generis*, tendo em conta a incapacidade do programa de computador de se adequar aos sistemas de proteção existentes.

As disposições-tipo trouxeram uniformização ante as incertezas prevalentes na época. Muito embora não fosse plenamente satisfatória, foi adotada a proteção autoral.

Nesta perspectiva, os demais países europeus começaram a regulamentar o tema, implantando em suas legislações internas a orientação da Convenção de Munique. Observa-se, pois, Alemanha e França, que, em 1985, legiferaram sobre a matéria, reconhecendo o *software* como um bem tutelado pelo Direito Autoral.

Após, no Direito Comunitário Europeu, foi promulgada a Diretiva 91/250/CEE. Pela primeira vez, uma proteção similar à adjudicada às obras literárias foi conferida ao programa de computador. Tal diretiva foi de extrema importância, uma vez que influenciou as legislações internas de vários países, bem como gera estudos até os dias atuais<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Conforme MANSO, Eduardo Vieira. *A Informática e os Direitos Intelectuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 108. e WACHOWICZ. *Op. cit.* p. 30.

<sup>10</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 31.

No cenário internacional, o programa de computador ganhou destaque com a conclusão da Rodada do Uruguai, no contorno do GATT, quando se editou o acordo TRIPs, no ano de 1994. Em seu art. 10.1, o TRIPs assim dispõe: “*programas de computador, em Código Fonte ou Objeto, serão protegidos como obras literárias segundo a Convenção de Berna*”<sup>11</sup>.

Em processo contínuo, em 1996, foi assinado o WCT (*WIPO Copyright Treaty*), o qual sintetizou as tendências de tutela até então debatidas. No entanto, tal diploma não é aplicável ao Brasil<sup>12</sup>.

No âmbito do Direito Comparado, faz-se necessária a diferenciação entre o sistema do Common Law (*copyright*) e o Direito Continental Europeu (direito autoral).

Em relação ao *software*, a primeira prescrição legal surgiu nos Estados Unidos, em 1964, por meio de uma circular do *U.S. Copyright Office*. Denominada *Copyright for Computer Programs*, esta legislação estabelecia a necessidade de registro do programa de computador. Posteriormente, em 1965, foi editada outra circular, intitulada *Copyright Office*, a qual equiparou o programa de computador ao livro, para fins de proteção, destacando seu caráter original e de publicidade, desde que cognoscível para o homem.

Em 1976, o *Copyright Act* promoveu novas reformas na legislação, contudo não compreendia qualquer disposição específica para o programa de computador, situação que mudou em 1980, com a aprovação do *Computer Software Copyright Act (Public Law 96/51)*. Este ato normativo trouxe, novamente, a obrigatoriedade do registro do programa de computador.

No ponto, patente a diferença entre os dois sistemas. O *Copyright* é baseado na tutela da obra, tendo como objetivo impedir que seja reproduzida indevidamente. Já o Sistema Europeu tem por central o direito do criador. Isto

---

<sup>11</sup> Acordo TRIPs. Versão em Português. Disponível em <<http://www.inpi.gov.br/images/stories/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em 28 de outubro de 2014.

<sup>12</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Tomo III: A Proteção do Software, Do Sigilo dos testes para registro de Comercialização e Topografia de Circuitos Integrados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1856.



posto, fica evidente por que o *Copyright* exige registro, enquanto no Direito de Autor, tal registro é facultativo<sup>13</sup>.

A tutela da obra criada, no Direito Autoral, se dá pelo aproveitamento econômico e pelo direito de uso exclusivos, ficando destinado ao autor, por um lapso temporal determinado, o uso, o gozo e a fruição sobre esse bem intelectual.

Em antagonismo, o ponto de vista anglo-americano é baseado na materialidade de uma criação, tal qual no direito, ainda que exclusivo, de sua reprodução.

À vista disso, percebe-se que no *Copyright* se admite que o direito do autor seja conferido à empresa<sup>14</sup>, o que apenas excepcionalmente também é acolhido no Sistema de Direito do Autor, por meio da cessão, haja vista que, por este viés, aceita-se estritamente que a criação surja do esforço individual, deste modo, reconhecem-se direitos exclusivamente a pessoas naturais.

Outra diferença entre os sistemas de proteção se mostra na acedência da obra coletiva: tal modalidade é acatada nos países de origem latina, diversamente do procedido em países de origem germânica. Não obstante mínimas as dificuldades na seara do direito comparado, a rejeição a obras coletivas acarreta embaraços contratuais, quando se trata de transferência de tecnologia ou de desenvolvimento de sistemas informáticos.

### 2.3 HISTÓRICO DA REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL

No Brasil, a regulamentação dos programas de computador deu-se apenas em função da atuação estatal<sup>15</sup>. Isso explica a opção do legislador brasileiro por uma Lei de Programa de Computador esparsa à Lei de Direitos Autorais. A nascente desse desenvolvimento legislativo se relaciona com a promulgação da Lei

---

<sup>13</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 32

<sup>14</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª ed. ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 5.

<sup>15</sup> SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Op. cit.* p. 106.

nº 7.232/1984, bem como com a criação da Secretaria Especial da Informática. A atuação dessa autarquia e o diploma legal citado analisados no próximo tópico.

Na década de 1970, o governo brasileiro era contra a adoção do regime de proteção autoral, uma vez que esse não favorecia os interesses nacionais. A posição defendida era que deveria ser adotada uma tutela especial, norteando todos os aspectos dessa criação<sup>16</sup>.

Entretanto, por pressão do governo norte americano, em 1986, o Conin (Conselho Nacional de Informática e Automação), em sua resolução nº 004/1986, defendeu o estabelecimento de um “direito de autor modificado”. Dessa forma, promulgou-se a primeira Lei de Programas de Computador (Lei nº 7.646/1987), que dispôs sobre a tutela intelectual dos programas. A escolha feita, como se verá adiante, foi pela tutela autoral<sup>17</sup>.

No mais, a nova Lei de Programas de Computador (Lei nº 9.909/1998) será analisada em capítulo próprio.

### 2.3.1 A Secretaria Especial de Informática e o início da regulação

Os principais aportes para o início da regulamentação dos programas de computador no Brasil datam do final da década de 1970, quando foi criada a Secretaria Especial de Informática (SEI), cuja competência era a análise de pedidos de registro de produtos informáticos, em funcionamento complementar ao Conselho de Segurança Nacional (órgão vinculado ao Presidente da República)<sup>18</sup>.

Impendia ao novo órgão realizar estudos para que fosse implantado um registro de programas no Brasil, e, com isso, reduzissem-se as importações de programas de computador estrangeiros, vez que era imposta uma reserva ao mercado nacional.

---

<sup>16</sup> SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Op. cit.* p. 107.

<sup>17</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 37

<sup>18</sup> Vide MANSO, Eduardo Vieira. *Op. cit.* 163. e WACHOWICZ. *Op. cit.* p. 33.

Assim sendo, em 1982, foram redigidas as primeiras normas para o registro de programas, cogente para o comércio de programas de computador em território nacional.

No ano vindouro, os atos da Secretaria Especial da Informática tornaram-se ainda mais enérgicos, de modo que foi coibida a comercialização de programas de computador provenientes do exterior. Achava-se que o Brasil era capaz de ser autossuficiente nesse mercado.

Ainda em 1983, foi publicado o ato normativo 23/83, que gerou grandes discussões, pois implementou subsídios a empresas nacionais e definiu o próprio conceito de empresa brasileira de informática<sup>19</sup>.

Em julho do ano seguinte, foi realizado o seminário internacional sobre a tutela jurídica de programas de computador, organizado pela Secretaria Especial da Informática, que contou com a presença de representantes da OMPI. Com esteio no conteúdo amealhado em tal evento, criou-se a Comissão Especial para estudos dos usos comerciais na Informática, visando-se obter auxílio para elaboração de diploma legal exclusivo atinente à Informática.

A partir disso, foi editada a Lei nº 7.232/1984, que dispunha sobre a Política Nacional de Informática<sup>20</sup>. Reorganizou-se o Conin (Conselho Nacional de Informática e Automação) e determinou-se o conceito de empresa nacional. Como o objetivo central era proteger o mercado brasileiro, demarcou-se melhor a importância dos programas de computador, amplificando-se o regime de reserva de mercado.

Os programas de computador foram definidos pela Secretaria Especial da Informática como um composto de instruções, agrupados em três categorias: a) os nacionais, desenvolvidos no Brasil por pessoas físicas ou jurídicas nacionais; b) os estrangeiros sem similar nacional, mas com direitos de exploração cedidos a empresas brasileiras; c) os que não se adequavam nas hipóteses anteriores e não poderiam ser registrados no Brasil. Via de regra, os programas que se

---

<sup>19</sup> WACHOWICZ. *Op. cit.* p. 34.

<sup>20</sup> BRASIL. Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984.

enquadravam na categoria “c” não poderiam ser comercializados em território nacional.

No entanto, a questão da propriedade intelectual, que é de extrema importância, não foi discutida de uma maneira clara, posto que não se definiu um sistema de proteção, seja pela via autoral ou pela via industrial.

Todavia, era iminente a necessidade de uma convergência na proteção intelectual dos programas de computador, pois a legislação de direitos autorais então vigente era insatisfatória para combater a pirataria, ou seja, a violação dos direitos intelectuais de programas, bem como a reprodução não autorizada.

Por conseguinte, em 1986, aprovou-se, por meio da Lei nº 7.463/1986, o I Planin (I Plano Nacional de Informática e Automação). Tinha-se por objetivo criar orientações para o desenvolvimento tecnológico-informático do Brasil. Tal plano continha disposições sobre: a) reserva de metade do mercado para empresas brasileiras; b) desenvolvimento de tecnologia nacional; c) expansão das atividades no mercado de informática; d) geração de empregos, e, por fim, em disposição específica sobre o *software*; e) cuidados especiais no estímulo à criação de programas de computador nacionais.

Durante a década de 1980, foram feitos diversos estudos para averiguar a possibilidade de patenteabilidade dos programas. Entretanto, tal hipótese foi descartada, uma vez que faltaria aos programas de computador a originalidade absoluta<sup>21</sup>.

Em dezembro de 1987, depois de muita pressão de algumas agremiações brasileiras do setor da Informática e do governo norte americano, foi editada a primeira lei referente aos programas (Lei nº 7.646/1987). Por meio dessa, foi estabelecida a tutela jurídica dos programas de computador através do Direito Autoral, tendência que já era consolidada no exterior.

A partir de então, os brasileiros tiveram acesso a programas estrangeiros, por intermédio de empresas nacionais e de importadoras. Todavia, tais produtos chegavam ao usuário final com preços elevados – oriundos da reserva de mercado - em comparação aos praticados na origem. O relatório da SEI, em 1988, já

---

<sup>21</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 36.

demonstrava que o mercado interno tinha que se ajustar à qualidade e aos preços praticados no exterior.

No princípio da década de 1990, editou-se o II Planin (II Plano Nacional de Informática e Automação, por meio da Lei nº 8.244/1991). Foram implementadas metas trienais, sendo prioritárias: a) a pesquisa e o desenvolvimento de programas de computador para a automatização de processos produtivos agroindustriais, agrícolas e industriais; b) o processamento avançado de sinais (técnicas de computação gráfica, processamento de imagens etc.); c) programação avançada – inteligência artificial – ; d) engenharia de *software*; e) redes, equipamentos, *software* e protocolos padrão OSI (*Open Systems Interconnection*); f) processadores de alto desempenho (arquiteturas paralelas); g) microeletrônica.

Logo depois, foi extinta a reserva de mercado para a Informática, pelos esforços da Secretaria Especial da Informática na aprovação da Lei nº 8.248/1991. Com isto, foram evidentes os avanços na área da Informática, posto que houve a criação de um ambiente mais competitivo. Aumenta-se a relação de custo/benefício dos produtos, e, conseqüentemente, refreia-se a importação ilegal.

No entanto, o Estado brasileiro não deixou de fomentar a pesquisa e o desenvolvimento no setor informático. Por meio de suas agências reguladoras e empresas estatais, o governo continuou a subsidiar as atividades, valendo-se de incentivos fiscais<sup>22</sup>. Tentava-se criar um ambiente mais competitivo para a indústria nacional.

### 2.3.2 O registro do programa junto à Secretaria Especial de Informática

O primeiro diploma legislativo a tratar dos programas de computador foi a Lei nº 7.232/1984. Tal norma não apenas disciplinou o programa enquanto uma criação intelectual, mas também versou sobre a comercialização de programas brasileiros e estrangeiros no território nacional.

---

<sup>22</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 38

O registro dos programas junto à Secretaria Especial de Informática era imprescindível para que estes fossem comercializados, principalmente frente à Administração Pública. A validade dos negócios jurídicos realizados dependia do prévio cadastro do *software* na referida autarquia e era condição necessária tanto no âmbito cambial (emissão de duplicatas, créditos, pagamentos), quanto na esfera fiscal. Em outras palavras, era condição de validade de todos os negócios jurídicos envolvendo programas de computador<sup>23</sup>.

Apenas seriam registráveis perante a Secretaria Especial de Informática os programas que pudessem ser comercializados no Brasil, conforme exposto anteriormente. Os documentos anexos ao pedido de registro deveriam esclarecer o exame de similaridade, podendo a Secretaria solicitar informações adicionais sobre a lista de funções do programa, sua performance - em termos de memória primária e secundária -, seu tempo de processamento e capacidade de processamento, etc. Por esta razão, o registro de validade teria somente três anos, com sua renovação condicionada à ausência de programa de computador correlato.

O sistema brasileiro admitia dois registros: um para a criação intelectual, destinado à proteção dos direitos autorais, e outro para o comércio do programa. Tais institutos foram regulamentados pela antiga Lei de Programas de Computador.

---

<sup>23</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Op. cit.* p. 1878.

### 3 A TUTELA JURÍDICA SEGUNDO A LEI Nº 9.609/1998

Passa-se agora à análise da atual Lei dos Programas de Computador, promulgada em 19 de fevereiro de 1998. Com as mudanças implementadas por meio da Lei de Informática (Lei nº 8.248/1991), a reserva de mercado chegou ao fim, havendo a permuta dessa política por diretivas industriais mais brandas. Conseqüentemente, a antiga lei (Lei nº 7.646/1987), que tratava do registro perante a Secretaria Especial da Informática e da tutela do programa de computador em si, deixou de ser aplicada<sup>24</sup>.

Um aspecto de fundamental importância para a edição de uma nova Lei dos Programas de Computador foi a assinatura do TRIPs, que alterou a regulamentação da matéria. Outra particularidade foi o fato da Lei brasileira ter se tornado, em apenas quatro anos, uma disposição arcaica. Mostrava-se necessária a discussão e edição de uma nova lei para reger os programas de computador. Porém, como será analisado na continuidade, não houveram reformas muito significativas<sup>25</sup>. É importante frisar que somente serão analisados aqui pontos da legislação referentes à propriedade intelectual, tendo em vista o objetivo deste trabalho.

#### 3.1 O REGIME DE TUTELA INTELECTUAL

O regime de proteção intelectual adotado pela Lei, em seu art. 2º, é o de Direito do Autor. Complementa-se, ainda, que o programa é um bem móvel e fungível, assim como é de natureza intelectual ou imaterial<sup>26</sup>. Entretanto, não é a conjuntura de estar protegido pelos Direitos Autorais que faz do programa de computador um bem que mantém identificação com os bens protegidos pela Lei nº 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais)<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Op. cit.* p. 109.

<sup>25</sup> *Idem.*

<sup>26</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 70.

<sup>27</sup> CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Software – Direito e Tecnologia da Informação: legislação, doutrina, práticas comerciais, modelos de contratos*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 30.

Isto porque a Lei de Direitos Autorais tutela criações de espírito. A destinação de tais obras é irrelevante no ordenamento nacional. Contudo, em relação aos programas de computador, a compreensão de sua finalidade é de capital importância, porquanto o programa de computador tem um valor econômico tão grande devido ao seu caráter utilitário, não pela sua valia cultural<sup>28</sup>.

É evidente que, quando o ambiente tecnológico ainda era embrionário, a tarefa de programação ainda era pessoal, exigindo grande lapso temporal, bem assim paciência e dedicação, assemelhando-se a uma atividade artesanal<sup>29</sup>. Entretanto, contemporaneamente, fica claro que essa situação não mais prospera<sup>30</sup>. Devido à complexidade do programa de computador elaborados, é comum a divisão do trabalho em grupos de programadores, bem como a criação de programas que auxiliam na criação de outros programas.

O programa de computador não é, exclusivamente, um produto do espírito, e suas finalidades não são, incontestavelmente, as mesmas intrínsecas às obras tuteladas pela Lei de Direitos Autorais. Isto porque o programa não é algo que tenha valor estético e/ou cultural. Seu valor se determina justamente por seu caráter utilitário, ou seja, a capacidade de fazer a máquina processar dados e informações.

Observa-se isto ao analisar a questão da autoria. É necessário distinguir quem é autor de quem é titular dos direitos do programa: autor é o criador intelectual do programa, titular é quem exerce os direitos de autor como se criador fosse. Enquanto o autor só pode ser pessoa natural, é possível que os direitos dele sejam exercidos por pessoa jurídica<sup>31</sup>. A discussão relativa à propriedade do programa de computador sobrepuja-se à questão da propriedade autoral, visto que, na maioria das vezes, quem exercerá os direitos será o titular, proprietário do programa<sup>32</sup>.

Em relação aos programas de computador, os direitos morais sofrem uma mitigação. Exceção é feita ao direito de paternidade e do direito de oposição às alterações não autorizadas, desde que essas acarretem deformidades, excisão ou

---

<sup>28</sup> SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Op. cit.* p. 16.

<sup>29</sup> CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Op. cit.* p. 30.

<sup>30</sup> SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Op. cit.* p. 16.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>32</sup> CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Op. cit.* p. 31



alguma outra modificação que prejudique a honra ou a reputação do programador<sup>33</sup>. Maior atenção será dada a essa questão no item 4.1.1.1 deste trabalho.

No entanto, apesar de toda discussão doutrinária acerca da aplicabilidade do Direito de Autor aos programas de computador, fica claro que esse sistema de proteção intelectual é profícuo ao mercado e à indústria de desenvolvimento desse segmento. Tais vantagens existem pelo fato de a proteção ser informal e imediata, independentemente de registro. Isso se dá também pela antiguidade dos princípios do Direito de Autor, aos quais estudiosos e magistrados já estão familiarizados<sup>34</sup>.

Entretanto, apesar dessa praticidade, é evidente que o Direito de Autor e o programa de computador estão se afastando gradativamente, à vista do fato que cada vez mais os programas de computador evoluem (como os sistemas de inteligência artificial), e se conserva o entendimento de que devem ser protegidos como obras literárias. Conquanto esta seja uma tentativa mundial, os juristas confessam-se confusos quanto às particularidades desse tipo de tutela.

A grande massa dos estudiosos que tinham algum conhecimento sobre o programa de computador já declarava defeituosa a adoção do regime de direitos autorais<sup>35</sup>. Considerando que programa de computador é algoritmo, fórmula matemática, aceita-se a proteção autoral em um primeiro momento, porém se enfatiza que o conceito fundamental dos programas, o algoritmo, não pode ser protegido pela via autoral<sup>36</sup>.

Outra discussão importante dentro da análise da Lei é a questão do prazo de proteção do programa<sup>37</sup>. O § 2º do art. 2º da Lei dos programas garante a proteção dos direitos relativos ao programa, pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à publicação, ou, na ausência desta, de sua criação. Quando o autor do programa for pessoa jurídica, próximo da totalidade dos casos no Brasil<sup>38</sup>, o prazo começa a fluir a partir do momento em que o programa é colocado em circulação. Quando houver anonimato, aplica-se

---

<sup>33</sup> Vide CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Op. cit.* p. 31 e WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 137.

<sup>34</sup> CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Op. cit.* p. 32.

<sup>35</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Op. cit.* p. 1865.

<sup>36</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.* p. 666.

<sup>37</sup> PAESANI, Liliana Minardi. *Op. cit.* p. 56.

<sup>38</sup> CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Op. cit.* p. 35.

subsidiariamente a Lei de Direitos Autorais, por meio dos artigos 43 e 44, sendo o prazo de proteção de setenta anos.

À partida, é necessária a crítica da expressão “publicação” utilizada pelo texto legal, visto que é incompatível com a natureza do programa, assim como é difícil fixar em qual momento o programa foi criado, pois, para tanto, seria obrigatório o registro, destoando diametralmente da Convenção de Berna e da Lei de Direitos Autorais.

Aspecto que também merece advertência é a extensão do prazo adotada pelo texto legal. É evidente que a vida comercial de um programa de computador não chega a cinquenta anos, sendo, inclusive, bem menor do que isso<sup>39</sup>.

O art. 4º, *caput* e § 1º, trata dos programas desenvolvidos em regime de subordinação, ou seja, mediante vínculo celetista, estatutário ou contratual. Este, em seu *caput*, protege a empresa, ao dizer que a contraprestação do trabalho será apenas o salário. Tal amparo é cogente, haja vista que na criação de um programa estão presentes informações sigilosas, bem como *know-how* de titularidade da empresa.

A discussão que ocorre, no entanto, é sobre a redação do § 2º do art. 4º, que assim dispõe, *in verbis*:

*Pertencerão, com exclusividade, ao empregado, contratado de serviço ou servidor, os direitos concernentes aos programas de computador gerado sem relação com o contrato de trabalho, prestação de serviços ou vínculo estatutário, e sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, da empresa ou da entidade com a qual o empregador mantenha contrato de prestação de serviços ou assemelhados, do contratante de serviços ou órgão público*<sup>40</sup>.

Esta contenda é polêmica porque, na maioria dos casos, é difícil discernir se houve ou não utilização de segredos industriais e *know-how* do empregador pelo programador na criação de determinado programa. Cerqueira sugere a supressão de tal disposição legal, a fim de que a situação fosse discutida caso a caso, pela via contratual<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> *Idem*.

<sup>40</sup> BRASIL. Lei nº 9.609 de 19 de fevereiro de 1998.

<sup>41</sup> CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Op. cit.* p. 38.

Assim sendo, os contratos de trabalho em *software houses* devem especificar quem é o proprietário dos programas desenvolvidos, não podendo o empregado revelar os segredos do empregador. Todavia, é evidente que o conhecimento do programador, resultante de suas experiências profissionais e pessoais, não se confunde com as informações de propriedade da empresa (relativas aos produtos, serviços, estratégias negociais, etc.).

O art. 5º versa sobre derivações do programa e novas versões: toleram-se exclusivamente derivações feitas por pessoa autorizada, e a propriedade sobre essas versões é de quem modificou o programa, podendo haver cláusula contratual que verse de maneira diversa.

Frise-se que apenas são lícitas as modificações feitas por um terceiro autorizado. Afora o exposto, a expressão “derivações” não é compatível com o programa e deve ter uma acepção de “novas versões”, ou qualquer versão obtida a partir do programa precedente.

O art. 6º, por sua vez, traz uma restrição aos direitos autorais do criador do programa, *in verbis*:

*Art. 6º Não constituem ofensa aos direitos do titular de programa de computador:*

*I - a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda;*

*II - a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos;*

*III - a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão;*

*IV - a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu.<sup>42</sup>*

Tal disposição legal é mal elaborada, dando margem à contrafação e a dúvidas. No inciso II, quando se permite que o programa seja citado parcialmente para fins de estudo, abre espaço para revelação de informações sigilosas, o que

---

<sup>42</sup> BRASIL. Lei nº 9.609 de 19 de fevereiro de 1998.

pode lesar de maneira irreversível o criador do programa. Por sua vez, o inciso III, tendo em vista sua redação mal feita, abre caminho à pirataria, pois não há definições do que sejam “caraterísticas funcionais” da aplicação do programa. Desta forma, seria facilíssima a argumentação de que os programas são similares devido a “caraterísticas funcionais de sua aplicação”. Não se poderia provar que o programa “A” é uma cópia de “B” ou vice-versa. Por fim, o inciso I, que trata da cópia de salvaguarda, deveria ter sido incluído junto aos direitos do usuário, visto que é uma garantia desses, não uma exceção aos direitos do autor.

Tais circunstâncias deveriam ser objeto de análise probatória em juízo, mas jamais definidas em lei. Dá-se sítio à engenharia reversa de má-fé<sup>43</sup>.

No mais, deveria haver disposição sobre a execução do programa, uma vez que essa jamais deve ser considerada contrafação, pois não compõe, de forma alguma, uma cópia desautorizada. Entretanto, a Lei não dispôs sobre esta situação.

### 3.2 CONCEITO JURÍDICO DE PROGRAMA DE COMPUTADOR

O programa em si é um conjunto de instruções que fazem a máquina atingir um determinado resultado. É um plano para uma ação<sup>44</sup>. Aqui se encaixa a linguagem de programação, ou seja, a expressão linguística do programa. Neste ponto se encontram os algoritmos, os quais são a essência do programa. Todavia, o programa não se consubstancia com os algoritmos<sup>45</sup>. É necessária a linguagem de programação, sem a qual a máquina jamais efetuará o comando enviado.

A ideia que serve de base ao programa não goza de proteção. Como será dissecado mais adiante, o Direito Autoral protege a expressão de uma ideia, jamais a ideia em si<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Op. cit.* p. 41.

<sup>44</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Programa de Computador e Direito Autoral*. In: Orlando Gomes (org). *A proteção jurídica do Software*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985. p. 82

<sup>45</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 73

<sup>46</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. p. 30.

Feitas tais considerações, passa-se a analisar o conceito jurídico propriamente dito. A citada diretriz 91/250/CEE, comentada por Barbosa, assim conceitua:

*A proteção abrange a expressão, sob qualquer forma, de um programa de computador [...] mesmo os que estão incorporados no equipamento. [...] a função de um programa de computador é comunicar e trabalhar com outros componentes de um sistema de computador e com os utilizadores e que para este efeito, é preciso uma interconexão e uma interação lógica e, quando necessário, física, no sentido de permitir o funcionamento de todos os elementos do suporte lógico e do equipamento com outros suportes lógicos e equipamentos e com os utilizadores, e todas as formas de funcionamento previstas. [...] as partes dos programas permitem que tal interconexão e interação entre os componentes do sistema são geralmente conhecidos como interfaces [...] esta interconexão e interação são geralmente conhecidas como interoperabilidade, definida como a capacidade de trocar informações e de reciprocamente utilizar as informações trocadas. [...] Para efeitos da presente diretiva, a expressão “programa de computador” inclui o material de concepção, [...]. As ideias e princípios subjacentes a qualquer elemento de um programa de computador, incluindo os que estão na base das respectivas interfaces, não são protegidos pelos direitos de autor ao abrigo da presente diretiva.<sup>47</sup>*

Tal excerto demonstra com precisão qual o conceito jurídico de programa de computador. Entendendo-o como um conjunto de instruções expresso em linguagem é que se dará sua proteção pelo Direito de Autor. Também se explicita a necessidade de o programa fazer a conexão entre o usuário e a máquina, de modo que, ao se dar um comando (por meio de teclas ou cliques, por exemplo), o programa processa tal ordem e faz com que ocorra o resultado esperado.

Assim sendo, a maioria da literatura jurídica sobre o conceito de programa o define como sendo um conjunto de instruções, que deve ser exteriorizado em uma forma linguística (a programação), para que, ao receber esse comando, o processador processe tal ordem, de modo que se produza determinado resultado<sup>48</sup>.

Em seu art. 1º, a Lei dos Programas de Computador traz a sua definição. Tal disposição é uma imperfeição, tendo em vista que transforma em estático algo

---

<sup>47</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Op. cit.* p. 1852.

<sup>48</sup> Vide WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 71, BARBOSA, Denis Borges. *Op. cit.* p. 1853, MANSO, Eduardo Vieira. *Op. cit.* p. 73, SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Op. cit.* p. 39, BITTAR, Carlos Alberto. *O enquadramento jurídico do Software e do Hardware no plano dos direitos intelectuais.* Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 19, nº 73, 1982. p. 313. e WALD, Arnoldo. *Da natureza jurídica do Software.* Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 22, nº 87, 1985. p. 408.

que, por sua natureza, é deveras dinâmico<sup>49</sup>. Não obstante, esta é a descrição adotada pela Lei, *in verbis*:

*Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.*<sup>50</sup>

A acepção poderia ter sido mais breve e menos temerária, mencionando as conceituações feitas pela União Europeia, já citada, e Estados Unidos<sup>51</sup>, mais resumidas e acertadas<sup>52</sup>. Desta forma, pode-se afirmar que um programa de computador é um conjunto de comandos que fazem um *hardware* processar certas informações, a fim de que se produza determinado efeito. Ademais, Cerqueira, em sua explanação, preleciona<sup>53</sup> com propriedade a inconveniência de tal significado, quando se refere à linguagem natural e codificada, pois a linguagem sempre será codificada. O autor aponta uma suposta impropriedade quando o texto legal faz a referência ao meio físico, isto porque há diversas maneiras de se transferir programas que prescindem um suporte material, como o *download*, o *bluetooth*, dentre outros. Entretanto, Barbosa diverge, entendendo que a base física é condicionadora da proteção, isto é, se não houver suporte físico não há qualquer tutela para o programa de computador<sup>54</sup>. Nos posicionamos com Barbosa, pois, além de se tratar de uma exigência legal, as formas de transferência de programa apontadas não abstraem o suporte físico. Quando se faz um download, por exemplo, o programa deve estar em algum servidor físico para que seja transferido. Por conseguinte, a inserção do programa em uma base física é condicionadora da proteção.

A centralidade do meio físico é um legado do Direito de Autor, mais precisamente da Convenção de Berna, considerando que esta determinava a tutela da exteriorização de uma ideia em um *corpus mechanicus*, .Há diversos outros

<sup>49</sup> CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Op. cit.* p. 28.

<sup>50</sup> BRASIL. Lei nº 9.609 de 16 de fevereiro de 1998.

<sup>51</sup> "A computer program is a set of statements or instructions to be used directly in a computer in order to bring about a certain result" in SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Op. cit.* p. 137.

<sup>52</sup> CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Op. cit.* p. 28

<sup>53</sup> *Ibidem.* p. 29

<sup>54</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Op. cit.* p. 1893.

elementos que dificultam a aplicação dos direitos autorais ao programa de computador, como os conceitos de cópia e reprodução de uma obra protegida, de uma obra derivada, afora o conceito de autoria. A par disso, é importante frisar que o Direito de Autor, desde seus primórdios, protege obras literárias, artísticas e científicas.

### 3.3 REGISTRO DO PROGRAMA DE COMPUTADOR PERANTE O INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

O programa de computador é registrável perante o INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial), conforme indicação do Decreto nº 2.556/1998, em disposição complementar à Lei nº 9.609/1998. E, segundo redação do § 3º do art. 2º da Lei dos Programas de Computador, o registro é facultativo. Cerqueira critica a redação do decreto, uma vez que as obras tuteladas pelo Direito de Autor são registradas na Biblioteca Nacional (art. 19 da Lei de Direitos Autorais)<sup>55</sup>. Além disso, o procedimento de registro perante a Biblioteca Nacional é mais desburocratizado e o valor cobrado a título de taxas e emolumentos é menor do que os cobrados pelo INPI.

É possível que o coautor ou um procurador do autor requeira o registro perante o INPI. Vale lembrar que, quando o pedido de registro é feito por uma pessoa jurídica, o INPI exige que seja juntado um termo de cessão, por meio do qual uma pessoa natural cede os direitos do programa. Trata-se de uma burocracia desnecessária. Impende ressaltar que o registro é de abrangência internacional, devido à disposição do art. 2º, § 4º, que positiva o princípio da reciprocidade. Isso quer dizer que os programas registrados e tutelados no Brasil também serão protegidos no exterior, igualmente, os programas alienígenas registrados no estrangeiro serão salvaguardados aqui, ambos independentemente de registro prévio<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Op. cit.* p. 36.

<sup>56</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 43.

Ainda com relação ao registro, é necessário mencionar que a documentação anexa ao pedido é de total responsabilidade do requerente que deseja ver a programa tutelado. Também, cresce paulatinamente o juízo de que devem ser levadas a registro frações do código-fonte. Explica-se: só assim será possível fazer o exame de mérito em uma ação judicial em que se discuta a contrafação.

Ademais, precisa-se que o programa esteja fixado em um suporte físico para que seja procedido ao seu registro. São necessárias a descrição funcional do programa, sua identificação, além de outros dados, para que seja possível a averiguação de originalidade<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> *Ibidem*. p. 144.



## 4 A PROPRIEDADE INTELECTUAL E O PROGRAMA DE COMPUTADOR

A Constituição da República, em seu art. 5º, inciso XXIX, assim estatui:

*A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.*

Quando a Carta Magna faz menção às criações industriais, não se está tratando das descobertas. Aqui, o texto constitucional acabou por incorporar a teoria das criações industriais abstratas, de André Lucas. Tais bens são dotados de uma finalidade econômica, mas não trazem nenhuma modificação ao estado da natureza<sup>58</sup>.

Ao adotar essa denominação, a Constituição inclui entre os bens passíveis de tutela o programa de computador, juntamente com os bens de propriedade industrial. Posto isso, o suporte da Lei nº 9.609/1998 não seriam os dispositivos atinentes ao Direito de Autor, que não têm qualquer compromisso com a ordem econômica, mas sim o dispositivo que ampara as marcas e patentes<sup>59</sup>. Porém, tendo em vista que a cláusula constitucional (criação industrial) é aberta, dar-se-á outra solução à questão, não sendo a tutela dessas criações a proteção patentária<sup>60</sup>.

Na conjuntura constitucional nacional, os direitos intelectuais de cunho primordialmente econômico são objeto de disposição especial, que não se embaralha com a tutela geral do Direito Autoral. A Lei máxima sujeita tais direitos a algumas particularidades, como a funcionalidade, em correspondência com a sua importância econômica, estratégica e social<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> LUCAS, Andre APUD BARBOSA, Denis Borges. *A Proteção do Software*. Disponível em <<http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html#software>>. Acesso em 24/10/2014. Tela 3.

<sup>59</sup> BARBOSA, Denis Borges. *A Proteção do Software*. Disponível em <<http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html#software>>. Acesso em 24/10/2014. Tela 4.

<sup>60</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Inventos Industriais: A Patente de Software no Brasil* – I. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Nº 88, mar/jun de 2007. p.22.

<sup>61</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Inventos Industriais: A Patente de Software no Brasil*. p. 22.

Mesmo ao positivar o direito de propriedade como uma garantia fundamental (art. 5º, inciso XXII) a Constituição impõe restrições ao titular desses direitos, como a função social. Em relação à propriedade intelectual do programa de computador, a Magna Carta aceita a restrição à concorrência, não aceita que os direitos dessa restrição sejam absolutos. A ponderação de interesses, em relação ao programa de computador, parece ser distinta dos sistemas de tutela intelectual tradicionais. Há a necessidade da promoção do desenvolvimento de programas, de inovar, de fomentar a pesquisa, de promoção da informática, de incentivar o surgimento de novos agentes econômicos, dentre outras<sup>62</sup>.

Dado o exposto, neste ponto serão analisados os dois sistemas de proteção intelectual: o Direito de Autor e Direito Industrial. Procurar-se-á a comparação entre os dois sistemas e as suas relações com o programa de computador.

#### 4.1 O DIREITO AUTURAL O E PROGRAMA DE COMPUTADOR

Conforme demonstrado no capítulo precedente, em momento algum o sistema de tutela intelectual adotado pela via autoral foi unânime entre os estudiosos da matéria.

Foi necessária a conceituação do programa como uma obra intelectual, para que fosse possível a análise da proteção autoral. As particularidades desse tipo de criação pareciam afastar a possibilidade da salvaguarda pelos direitos autorais<sup>63</sup>, visto que o programa não se enquadra tranquilamente na noção de obra<sup>64</sup>.

A tutela autoral concedida resulta, principalmente, de dois fatores: em uma primeira oportunidade, pela tentativa de se atribuir máxima proteção ao programa de computador, em um cenário tecnológico completamente novo; em um segundo

---

<sup>62</sup> BARBOSA, Denis Borges. *A proteção do Software*. Tela 8.

<sup>63</sup> SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Op. cit.* p. 17

<sup>64</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. p. 665.

momento, pelas próprias particularidades inerentes ao bem intelectual que é o programa de computador<sup>65</sup>.

Destarte, concebeu-se a tutela pela via autoral, devido ao alto nível de internacionalização, e, uma vez que o Direito de Autor concede uma proteção universal e independente de registro, essa se mostrou interessante ao mercado de programas de computador<sup>66</sup>.

Analisando a relação dos programas de computador com o Direito Autoral, entende-se o programa como um instituto de Direito Autoral *sui generis*, por não se harmonizar com a noção clássica de obra. Também serão explorados os requisitos da proteção autoral para os programas, enfatizando a distância que os programas guardam em relação ao sistema de Direito de Autor.

#### 4.1.1 Programa de computador como instituto de direito autoral *sui generis*

O Direito Autoral tutela as obras artísticas, científicas e literárias. Tem-se por base a Convenção de Berna, que serve de fundamento para a Lei de Direitos Autorais. Posto isso, seria o programa de computador uma obra autoral?

A análise terá início considerando a disposição do acordo TRIPs, que em seu art. 10.1, dispõe: “*programas de computador, em Código Fonte ou Objeto, serão protegidos como obras literárias segundo a Convenção de Berna*”<sup>67</sup>. Assim, deve-se definir o programa como obra intelectual, mais precisamente uma obra literária.

Um programa de computador é composto por dois tipos de código: o código-fonte e o código-objeto. O primeiro é escrito em linguagem de programação, constituindo uma forma de sintaxe especial e uma nomenclatura simbólica complexa, que é compreendida por um técnico no assunto. Em relação a este, inexistem dúvidas de que seria uma obra literária tutelada pelo Direito de Autor.

---

<sup>65</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 133.

<sup>66</sup> *Ibidem.* p. 134.

<sup>67</sup> Acordo TRIPs, versão em português. Disponível em <<http://www.inpi.gov.br/images/stories/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em 19 de outubro de 2014.

Porém, o código-fonte não se presta à realização dos objetivos pretendidos pelo usuário, razão pela qual deve estar expresso em código-objeto. Este é legível pelo processador, mas não pelo homem, visto que expresso em linguagem de máquina. Seria, portanto, o código-objeto tutelável pelo Direito de Autor?<sup>68</sup>

Ressalta-se que a tutela autoral não se limita ao código-fonte e ao código-objeto. O Direito de Autor protege uma forma de expressão, não a funcionalidade de uma obra. Desta sorte, o amparo autoral não se limita aos elementos literais do programa, ou seja, código-fonte e código-objeto<sup>69</sup>, protegem-se as obras que tenham uma originalidade relativa, ou seja, esforço criativo do autor. A expressão do programa de computador é dotada de funcionalidade.

Entende-se o programa de computador como uma expressão linguística, pois se trata de uma notação em linguagem de programação<sup>70</sup>. É, por conseguinte, obra tutelada pelo Direito de Autor, enquanto forma de expressão linguística. A forma de exteriorização da linguagem de programação é o objeto da proteção autoral. Independente da forma de leitura, seja mecânica ou não, o programa de computador é literário<sup>71</sup>. Sua destinação final, isto é, seu caráter utilitário, não interfere na proteção autoral<sup>72</sup>.

Entretanto, a tutela autoral nunca foi pacífica. A justificativa da salvaguarda pelo Direito de Autor fixa-se no enquadramento do programa como uma obra intelectual criativa. No momento da programação, seriam passíveis de identificação escolhas feitas pelo criador. Poli afirma que não haveria ato criativo nesse processo, mas sim mero ato mecânico<sup>73</sup>. O programa, como expressão do algoritmo, não gozaria de tutela. É evidente que tal premissa não é verdadeira.

Como já aludido, o programa não se confunde com os algoritmos que o constituem, não sendo a programação mera combinação de fórmulas matemáticas, mas sim um modo de expressão. Isto posto, há criatividade na programação, para que se encontrem soluções para determinadas necessidades.

---

<sup>68</sup> SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Op. cit.* p. 11.

<sup>69</sup> *Ibidem.* p. 13.

<sup>70</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Programa de Computador e Direito Autoral.* p. 82.

<sup>71</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual, Tomo III.* p. 1854.

<sup>72</sup> SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Op. cit.* p. 12.

<sup>73</sup> POLI, Leonardo Macedo. *Direitos de Autor e Software.* Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. p. 30.

Feita essa explanação, passa-se à análise dos direitos que decorrem da tutela pela via autoral.

#### 4.1.1.1 Os Direitos Morais e o Programa de Computador

Os direitos morais e essa forma de denominá-los têm sua origem nos doutrinadores franceses, por meio da teoria dualista, em que de um lado se agrupavam os direitos de emprego econômico da obra, e de outro se enquadravam na relação criativa do autor com sua obra<sup>74</sup>.

Na verdade, tratam-se de direitos pessoais do autor em relação à sua criação. A expressão “direitos morais” foi trazida ao direito brasileiro sem qualquer preocupação com a correta tradução do instituto. São os direitos pessoais, que se contrapõem aos direitos patrimoniais. Não são direitos de personalidade, apesar de guardam alguma semelhança com aqueles, sua diferença está pautada na esfera de tutela, bem como no seu regime.<sup>75</sup>

Consoante disposição da Lei dos Programas de Computador, em seu art. 2º, § 1º, não são todos os direitos morais (art. 24 da Lei de Direitos Autorais<sup>76</sup>) que

---

<sup>74</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 135

<sup>75</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Programa de Computador e Direito Autoral.* p. 130.

<sup>76</sup> Lei nº 9.610/1998: Art. 24 da Lei de Direitos Autorais. *São direitos morais do autor:*

*I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;*

*II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;*

*III - o de conservar a obra inédita;*

*IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;*

*V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;*

*VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;*

*VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual,*

se aplicam ao programa de computador<sup>77</sup>. São admitidas apenas duas modalidades destes direitos morais: o direito de paternidade, positivado no inciso I do art. 24 da Lei de Direitos Autorais; e o direito de se opor a alterações não autorizadas, desde que essas causem deformação, mutilação ou outra modificação no programa de computador, prejudicando a honra e a reputação do criador, constante no inciso IV da Lei acima citada.

O direito de paternidade pressupõe um duplo aspecto. Pode ser entendido em uma perspectiva positiva, ou seja, quando se requer a menção do nome do autor junto à sua obra; e, ainda, em um aspecto negativo, guardando identificação com as violações cometidas. O exercício do direito de paternidade pode ser limitado contratualmente. No entanto, trata-se de direito irrenunciável, inalienável e imprescritível<sup>78</sup>. Dessa forma, transfere-se aos herdeiros apenas em função da morte<sup>79</sup>.

Por sua vez, há o direito à integridade da obra. Como o que se pretende proteger com esse direito é a honra e reputação do autor, é de fundamental importância que esse motive sua recusa em relação à modificação. Sem a devida motivação, não se pode afirmar com certeza se houve lesão à pessoa do criador. Isto posto, tenta-se evitar o ajuizamento de ações que visem o pagamento indevido de royalties. Sem a devida motivação, ficaria prejudicado o mérito desse tipo de ação.<sup>80</sup> Também é direito inalienável, irrenunciável e imprescritível.

Tal assunto merece melhor estudo, haja vista que tanto o direito de paternidade, quanto o direito de integridade da obra permanecerão após do

---

*preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.*

*§ 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.*

*§ 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.*

*§ 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.*

<sup>77</sup> CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Op. cit.* p. 34

<sup>78</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral.* p. 141/142.

<sup>79</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 137.

<sup>80</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral.* p. 143.

transcurso de prazo de proteção, ou seja, cinquenta anos depós a morte do criador, ou, sendo a titular pessoa jurídica, cinquenta anos a partir da publicação.

Assim sendo, a defesa de tais direitos, quando os programas já estiverem em domínio público, cabe ao Estado, conforme disposição do art. 24, § 2º, da Lei de Direitos Autorais.

#### 4.1.1.2 Os Direitos Patrimoniais e o Programa de Computador

Os direitos patrimoniais são aqueles que se referem ao uso, gozo e disposição da obra. Consubstanciam-se no livre arbítrio do autor de permissão ou não da divulgação da obra, regular as condições de uso, conforme art. 28 da Lei de Direitos Autorais. Esses direitos são garantidos durante toda a vida do autor, mais setenta anos, que são contados a partir do dia 1º de janeiro do ano que se sucedeu à morte. A alienação desses direitos só é dotada de validade quando expressa, tão-somente há cessão definitiva quando houver cláusula contratual, se ausente, o prazo de transferência é de cinco anos<sup>81</sup>.

A cessão, em partes ou total da obra, é um acordo oneroso, sendo possível a averbação desse contrato à margem do registro da obra. Em tal instrumento devem estar expressas quais obras estão sendo transferidas, assim como condições de exercício dos direitos, nos aspectos temporal e espacial, e o preço, conforme redação do art. 50 da Lei de Direitos Autorais. Dado o exposto, a interpretação desse contrato sempre será restritiva, levando em consideração apenas o que foi negociado<sup>82</sup>.

No que tange ao programa de computador, os direitos patrimoniais se aludem a: o comércio de *software*, a licença de uso do programa e os direitos de transferência de tecnologia (art. 9º da Lei dos Programas de Computador). A exploração econômica de tais direitos é apontada pelo titular dos direitos patrimoniais<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 139/140.

<sup>82</sup> *Ibidem.* p. 140.

<sup>83</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 141.

#### 4.1.1.3 Os Direitos Conexos e o Programa de Computador

A partir da Revolução Francesa, os autores passaram a ter uma posição hegemônica, que lhes deu o direito exclusivo de explorar suas obras intelectualmente. Os atores foram os que primeiro tiveram prejuízo com essa situação, pois perderam o direito ao papel numa obra dramática, por exemplo<sup>84</sup>.

A questão começou a suscitar polêmica quando houve a possibilidade de reprodução ou comunicação de uma interpretação/atuação. Seria injusto que o ator fosse apenas remunerado pela exibição pública da obra, nada recebendo pela exposição da gravação de sua atuação. Posteriormente juntaram-se aos atores os produtores de fonogramas, que, como utilizam um método complexo para a gravação e edição de sons, não poderiam estar sujeitos à reprodução indevida de seu trabalho. Ainda há a questão das empresas de radiodifusão, pois as transmissões são disseminadas sem discriminação, sem a observação devida dos direitos envolvidos<sup>85</sup>.

Os direitos conexos são afins aos direitos de autor. São decorrentes da evolução tecnológica, configurando-se com a assimilação mediata da prestação por meios técnicos. Há a conexão juridicamente relevante, pois o direito do intérprete decorre diretamente, através de um meio técnico, do direito do criador da obra<sup>86</sup>.

Dessa forma, esses são os direitos comparáveis aos direitos do autor da obra. Entretanto, possuem as classes afins, como intérpretes, produtores, artistas, dentre outros. Como são direitos de conteúdo não autoral análogos aos de autor, não possuem familiaridade com a proteção jurídica do programa de computador, tendo em vista seu aspecto *sui generis*<sup>87</sup>.

#### 4.1.2 Requisitos da tutela autoral para o Programa de Computador

---

<sup>84</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. 1997.p. 463.

<sup>85</sup> *Ibidem*. p. 464.

<sup>86</sup> *Ibidem*. p. 468.

<sup>87</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 142.



O enquadramento autoral do programa de computador é o de obra literária. Para que seja conferida a tutela jurídica do Direito de Autor ao programa de computador, é necessário o preenchimento de alguns requisitos. São eles a originalidade relativa, a função utilitária e que haja a expressão da ideia.

#### 4.1.2.1 Originalidade relativa no Programa de Computador

Segundo Denis Borges Barbosa, a originalidade relativa pode ter quatro significados: o de novidade, o de imputação subjetiva, o de contributo mínimo e o de distinguibilidade.

Deve-se entender a originalidade como uma especialidade do próprio autor, sendo uma novidade subjetiva. Em termos de Direito de Autor, a expressão originalidade se mostra como um sinônimo de novidade.

Por sua vez, há o significado da imputação subjetiva, isto é, originalidade relativa. Tal originalidade pode existir tanto na expressão da obra, quanto em sua disposição e ordenação internas. Apenas com uma investigação profunda do processo de criação é que se pode afirmar com certeza se há contrafação de direitos autorais. Posto isso, entende-se que essa originalidade é o engenho do autor, sem qualquer ponderação do estado da arte ou o uso de registro prévio<sup>88</sup>.

Em relação à aceção de contributo mínimo, deve existir um mínimo de contribuição pessoal, ou seja, algo que faça da obra alguma coisa que contenha uma característica de seu autor, não sendo o trabalho um fato que resulte meramente de tempo e esforço empreendidos<sup>89</sup>. O programa de computador não é mero desenvolvimento lógico dos algoritmos que o compõe. A concepção do *software* deriva do intelecto do programador. Quando inexistir um contributo criativo, não será protegida a obra. Evita-se a obviedade<sup>90</sup>. A forma de expressão do programa deve ser dotada de originalidade. Por conseguinte, apenas o

---

<sup>88</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual, Tomo III*. p. 1907

<sup>89</sup> *Idem*.

<sup>90</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Programa de Computador e Direito Autoral*. p. 81/82.

programa que for decorrente de engenho criativo do autor pode ser protegido, barrando-se a banalidade<sup>91</sup>.

Por derradeiro, a última acepção da originalidade é a distinguibilidade. O *software* deve ser original, a fim de que se possa distingui-lo de outro similar<sup>92</sup>.

Como precisamente aponta Barbosa:

*Exatamente a organização do conjunto de instruções, a sucessão de rotinas e sub-rotinas, a sabedoria e arte da ordem, o destino e a sucessão temporal dos comandos, é o que caracteriza a originalidade no uso de uma linguagem de computação dentro de determinados limites de hardware. É o que dá valor comparativo a um programa em face de outro. São elementos formais, mas não literais de um programa.*<sup>93</sup>

Não é necessário que o programa seja absolutamente novo, mas apenas que não seja uma cópia servil de outro programa de computador. Conforme Barbosa, preferimos conferir a expressão originalidade como uma contribuição do criador à sociedade, sendo o conceito de originalidade mais amplo, em conformidade com o exposto anteriormente<sup>94</sup>.

#### 4.1.2.3 Caráter utilitário do programa de computador

Conforme explicitado no tópico atinente ao conceito e definição jurídica de programa de computador, este é um conjunto de instruções, expresso em linguagem de programação, de modo que a máquina, ao receber esse agrupamento de comandos, execute o processamento de dados e propicie a resolução de um problema, através de um resultado esperado.

Para que o programa seja albergado pela tutela autoral, ele deve efetuar um resultado esperado, a fim de que se solucione um problema ou se supra uma necessidade. Conforme Barbosa:

---

<sup>91</sup> PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 489/490.

<sup>92</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual, Tomo III*. p. 1908.

<sup>93</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Inventos Industriais: A patente de software no Brasil – II*. Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual. Nº 90, set/out, 2007. p. 11.

<sup>94</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual. Tomo III*. p. 1905.

*Assim, é suscetível de proteção o programa de computador que se volte à própria operacionalidade das máquinas, como o bios ou outras parcelas do sistema operacional, mas também tenha fins externos ao hardware.*<sup>95</sup>

Mesmo que expresso em modo de texto, por meio da utilização de linguagem de programação, o programa existe para que a máquina funcione, conforme determinado pela legislação. O trabalho de maior importância na programação manifesta-se no desenvolvimento e implantação de funcionalidades<sup>96</sup>.

A função utilitária é, portanto, o elemento fundamental do *software*, pois, se o programa não se prestar a uma utilidade específica, resta ausente a tutela via Direito de Autor<sup>97</sup>.

Frisa-se, que o *software* não necessita de um caráter estético para que seja tutelado<sup>98</sup>. Encara-se o *software* como um meio para que se atinja determinado resultado<sup>99</sup>. Deste modo, é apto a receber a tutela o programa que faça o aparelho desempenhar determinada funcionalidade, seja essa técnica ou não<sup>100</sup>. É de fundamental importância o caráter funcional. Sem a presença desse, ausente a proteção.

#### 4.1.2.4 Expressão da ideia e Programa de Computador

Partindo de um tema específico, o criador tem uma ideia. Deve-se percorrer o caminho da imaginação e do presságio. Sobre esses o autor vai trabalhar de modo que a ideia tome uma forma. Isso nem sempre dará certo, podendo a ideia que deu origem a esse processo criativo não se concretizar, ou até a forma ganhar um valor maior que a ideia<sup>101</sup>.

---

<sup>95</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual, Tomo III*. p. 1899.

<sup>96</sup> SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Op. cit.* p. 160/161.

<sup>97</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 143.

<sup>98</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. p. 57.

<sup>99</sup> SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Op. cit.* p. 159.

<sup>100</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual, Tomo III*. p. 1899.

<sup>101</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. p. 30.

O caput do art. 7º da Lei de Direitos Autorais estabelece que são obras intelectuais as criações de espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro. Estabelecendo tal conceito de obra intelectual, mostra-se inevitável que essa seja exteriorizada para que seja concedida a proteção. Incluindo a Lei o programa de computador no rol das obras intelectuais (art. 7º, inciso XII), fica evidente que esse deve ser externado em meio físico. Assim sendo, criação não pode permanecer no foro íntimo do programador, devendo se concretizar, por meio de linguagem de programação, em qualquer suporte físico.<sup>102</sup>

Por meio da codificação dos algoritmos em linguagem de programação, criam-se as utilidades do programa. Isto posto, pode-se entender a linguagem de programação como forma de exteriorização do programa, implementando, assim, suas funcionalidades<sup>103</sup>.

Os doutrinadores ainda admitem a diferenciação entre a criação (*corpus mysticum*) e a base física onde se encontra (*corpus mechanicum*). O desenvolvimento de um programa de computador apenas goza de tutela quando houver suficiência descritiva que o individualize pelo conhecimento informático.

Como já aludido, o Direito de Autor não protege as ideias, mas sim a expressão delas, por meio da linguagem de programação. Destarte, assim se criam os comandos que fazem a máquina processar os dados e desempenhar dada função. Logo, fundamental que a ideia do programa esteja expressa para que haja a tutela desse programa pelos direitos autorais<sup>104</sup>.

## 4.2 O DIREITO INDUSTRIAL E O PROGRAMA DE COMPUTADOR

A Propriedade Industrial é norteadada pela Lei nº 9.279/1996. Tal diploma legislativo tem por base a Convenção de Paris, e seus fundamentos de comércio internacional são estatuídos pelo TRIPs. Por meio dessa Lei são tutelados os

---

<sup>102</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. p. 30.

<sup>103</sup> SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Op. cit.* p. 172.

<sup>104</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 144.

subsequentes bens imateriais: invenções, modelos de utilidade, desenhos industriais, marcas, indicações geográficas, expressões ou sinais de propaganda e a repressão à concorrência desleal<sup>105</sup>.

Neste sistema de tutela é maior o papel estatal, por meio do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). A autarquia deve realizar procedimento administrativo de caráter especial<sup>106</sup>, verificando a presença de todos os requisitos de patenteabilidade. É um procedimento de cooperação mútua entre a autarquia e o requerente. Feita a averiguação, é concedida ou indeferida a patente.

A atribuição da patente gera um monopólio jurídico temporário, ou seja, apenas o detentor poderá usufruir da tecnologia e sua utilização econômica no território brasileiro. Transcorrido o prazo de proteção (seja de vinte anos para as patentes de invenção, e quinze para os modelos de utilidade), a tecnologia tutelada passa a ser de domínio público<sup>107</sup>.

Para que haja a concessão da patente, é necessário que sejam atendidas as condições impostas pela Lei de Propriedade Industrial, em seu art. 8º. São elas: a novidade, a aplicação industrial e a atividade inventiva. Porém, em seu art. 18<sup>108</sup>, a Lei estabelece restrições, por interesse estatal ou da sociedade. Por isto,

---

<sup>105</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 100.

<sup>106</sup> BARBOSA, Denis Borges; MAIOR, Rodrigo Souto; RAMOS, Carolina Tinoco. *O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual: Atividade Inventiva, Originalidade, Distinguibilidade e margem mínima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 28.

<sup>107</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 101.

<sup>108</sup> Lei nº 9.279/1996: “Art. 18. Não são patenteáveis:

*I - o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas;*

*II - as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e*

*III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.*

*Parágrafo único. Para os fins desta Lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.”*

existiriam quatro requisitos para a patenteabilidade: a novidade, a industriabilidade, a originalidade absoluta (atividade inventiva) e a licitude<sup>109</sup>. Deve-se também acrescentar a suficiência descritiva, para efetiva averiguação do requisito da novidade<sup>110</sup>.

Na hipótese de preenchimento dessas exigências do texto legal, podem ser patenteados novos produtos, novos processos, aplicação nova de processos conhecidos e mudanças de formas, proporções, dimensões ou de materiais se disto resultar no seu conjunto um efeito técnico diferente ou novo. A legislação também exclui, de forma categórica, do patenteamento: as descobertas, teorias científicas; as fórmulas matemáticas; as concepções puramente abstratas, os esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização; os programas de computador em si, apresentação de informações, as regras de jogo, e as técnicas cirúrgicas, métodos de terapia e diagnóstico de seres vivos<sup>111</sup>.

Assim sendo, conforme o conteúdo do texto legal, o sistema de patentes brasileiro não aceita a concessão de patentes para programas de computador<sup>112</sup>.

A grande diferença entre a tutela do Direito de Autor e do Direito Industrial é que, enquanto o primeiro tem seu ponto de vista intimamente ligado ao criador, o segundo tem um interesse predominante da sociedade<sup>113</sup>.

No Direito de Autor, a ideia tem um fluxo livre, pois apenas sua expressão será carecedora de tutela. Desta forma, outros agentes poderão utilizar tal ideia para obtenção de outros resultados. Todavia, o investimento em pesquisa e desenvolvimento tende a buscar a tutela por meio das patentes, haja vista que apenas o detentor delas poderá utilizá-la. Se outros turbarem este direito exclusivo, haverá oposição do titular, para que haja o percebimento de *royalties*.

---

<sup>109</sup> NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. Vol. 1. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>110</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 101.

<sup>111</sup> BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996.

<sup>112</sup> SOARES, José Carlos Tinoco. *Lei de Patentes, Marcas e Direitos Conexos*: Lei nº 9.279, 14.05.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 34.

<sup>113</sup> DESBOIS, Henri APUD WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 101.

#### 4.2.1 Requisitos de Patenteabilidade

Feitas essas considerações, desenvolver-se-á a análise das exigências para a concessão de uma patente, além do patenteamento dos programas de computador, posto que tal questão gera grandes polêmicas.

##### 4.2.1.1 Atividade inventiva

Parte da doutrina sugere que tal condição de patenteamento estabelece o cerne constitucional do sistema de patentes. Inicialmente, a atividade inventiva nasce como um ponto eminentemente constitucional. A positivação desse requisito na lei ordinária pressupõe a ponderação de interesses, algo extremamente complexo, sob a perspectiva de que a inovação se relaciona com necessidades humanas fundamentais. Isto implica que se faça tal consideração de modo objetivo, evitando-se a discricionariedade e subjetividade. Também há a necessidade de que a atribuição ou não da atividade inventiva se dê dentro do princípio do devido processo legal. A apreciação deve feita de modo motivado, mas sem subjetividade do examinador<sup>114</sup>.

Tais pressupostos demonstram a exigência da concepção de uma estrutura legal contrabalançada e hábil. Cria-se o monopólio jurídico temporário, de maneira que haja investimento em pesquisa e desenvolvimento (interesse público). Lado outro, concede-se o direito exclusivo de exploração da invenção (interesse privado). Assim, justifica-se constitucionalmente a existência de sistemas de proteção intelectual. Entretanto, passa a vigorar uma questão de razoabilidade. Para que se justifique a movimentação da máquina estatal para a tutela desses bens, é necessário um pequeno acréscimo ao conhecimento comum<sup>115</sup>. É o que se chama de contributo mínimo, definido por Barbosa:

*O segundo critério é o da atividade inventiva. Este vai ainda mais fundo na questão de equilíbrio de interesses para que seja concedida uma patente. É preciso que não só haja novidade, mas também que a eficácia*

---

<sup>114</sup> BARBOSA, Denis Borges; MAIOR, Rodrigo Souto; RAMOS, Carolina Tinoco. *Op. cit.* p. 7/9.

<sup>115</sup> *Ibidem.* p. 9/10.

*e a importância econômica dessa nova técnica seja discernível, de forma que se promova não apenas mínimos aumentos incrementais na tecnologia, e sim algo que seja tão grandioso que justifique a criação de um monopólio instrumental.*

[...]

*Para justificar esse monopólio instrumental é preciso que haja um incentivo que, como nota em particular a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, é também um requisito constitucional, não só uma questão técnica<sup>116</sup>.*

Trata-se de uma cláusula finalística, visto que, além de recompensar os investimentos realizados em pesquisa e desenvolvimento, busca-se o incremento tecnológico e científico de uma dada sociedade<sup>117</sup>. Destarte, tal condição de patenteabilidade destina-se a garantir que a novidade tenha relevância, a fim de que se justifique a concessão do direito de exclusivo<sup>118</sup>.

O sistema de patentes brasileiro, segundo essa cláusula finalística, tem seis elementos de configuração<sup>119</sup>:

- a) Quem quer ver a patente concedida deve demonstrar qual aporte a nova tecnologia traz à técnica, de maneira proporcional à proteção garantida por lei;
- b) Suficiência descritiva, isto é, deve-se instruir o pedido de patente de modo que um técnico no assunto possa executar a tecnologia;
- c) Direito de uso exclusivo, mas temporário. Durante o prazo de proteção, apenas o titular poderá utilizar a tecnologia;
- d) O uso da tecnologia deve manter conformidade com as finalidades sociais, sem abuso de direito ou desvio da finalidade;
- e) Os direitos de utilização exclusiva devem ser exauridos, de modo que o titular possa recuperar os investimentos expendidos na inovação, através da venda de produtos ou serviços que utilizem a tecnologia;

---

<sup>116</sup> BARBOSA, Denis Borges apud BARBOSA, Denis Borges; MAIOR, Rodrigo Souto; RAMOS, Carolina Tinoco. *Op. cit.* p. 10.

<sup>117</sup> BARBOSA, Denis Borges; MAIOR, Rodrigo Souto; RAMOS, Carolina Tinoco. *Op. cit.* p. 16.

<sup>118</sup> *Ibidem.* p. 20.

<sup>119</sup> *Ibidem.* p. 21.



- f) Obediência aos limites e ressalvas ao direito de utilização exclusiva. Exemplos são as que impedem o uso desse direito de exclusividade para barrar o processo de inovação, bem como o interesse público e utilização não comercial pública.

Procura-se a conciliação de interesses contrastantes, de uma maneira eficiente, não podendo a invenção decorrer de maneira óbvia do estado da técnica.

#### 4.2.1.2 Novidade e estado da técnica

A Lei de Propriedade Industrial, em seu art. 11, *caput*, estabelece que só são dotados de novidade a invenção e o modelo de utilidade que não estiverem situados no estado da técnica<sup>120</sup>.

No sistema brasileiro de patentes, a novidade que a lei faz menção é a absoluta, ou seja, a tecnologia que se quer ver patenteada não é e nem foi de conhecimento e utilização anterior, em lugar algum<sup>121</sup>. Apenas será patenteável o que for realmente novo.

O estado da técnica é compreendido em caráter universal. Isto está em perfeita consonância com a novidade absoluta, tendo em vista que pode ser localizada uma infinidade de documentos, que evidenciem a novidade de uma invenção. Há um sem-número de provas que podem ser utilizadas na demonstração de que não houve uso da tecnologia pelo próprio requerente ou por terceiros. Pode haver o uso de folhetos, ilustrações, publicações, etc. Deve-se provar a novidade, por meio de uma data expressa, ou de documentos que asseverem a novidade<sup>122</sup>.

Além disso, considera-se estado da técnica o conteúdo do pedido depositado no Brasil ou no exterior, porquanto resta integralmente descrito, ilustrado e reivindicado por outrem. Resta evidente, que tal tecnologia já é de

---

<sup>120</sup> BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996.

<sup>121</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual. Tomo II: Patentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1158.

<sup>122</sup> SOARES, José Carlos Tinoco. *Op. cit.* p. 36.

conhecimento anterior, não satisfazendo o requisito da novidade absoluta. No entanto, se o teor do depósito não for publicado, isto é, não houver divulgação a terceiros, ou, ainda, se o requerente desistir do pedido, esse não fará parte do estado da técnica, posto que não houve conhecimento pelo público do teor, à exceção do próprio requerente<sup>123</sup>.

Também adiciona a Lei de Propriedade Industrial, no § 3º do art. 11, que será aplicado ao pedido internacional de patente depositado em conformidade com tratado do qual o Brasil é signatário. Tinoco Soares critica tal disposição, pois inexistente pedido internacional de patente. Em nenhuma conjectura haverá a possibilidade de uma solicitação abarcar todos os países. Da mesma forma, ainda que o Brasil seja signatário do tratado/convenção, o depósito de pedido no exterior, caso já esteja publicado, servirá de expediente probatório a demonstrar a novidade de outra requisição de patente<sup>124</sup>.

Em seu art. 12, a Lei de Propriedade Industrial dispõe sobre algumas exceções ao estado da técnica. Não são incluídas neste parágrafo a divulgação de invenção ou modelo de utilidade, quando ocorrida durante os doze meses anteriores à data do depósito ou a da preferência do pedido de patente, desde que essa revelação seja feita pelo próprio inventor; pelo INPI, através de publicação oficial do pedido de patente depositado sem o consentimento do inventor, baseado em informações deste obtidas ou em decorrência dos atos por ele realizados; por terceiros, tendo por suporte informações obtidas direta ou indiretamente do inventor ou por consequência de atos por ele realizados. O INPI ainda tem a prerrogativa de reivindicar do inventor declaração relativa à divulgação, acompanhada ou não de provas nas condições estabelecidas pelo regulamento.<sup>125</sup>

#### 4.2.1.3 Aplicação industrial

---

<sup>123</sup> SOARES, José Carlos Tinoco. *Op. cit.* p. 36/37.

<sup>124</sup> *Ibidem.* p. 37.

<sup>125</sup> BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996.

Em seu art. 15, a Lei de Propriedade Industrial estatui que serão passíveis de aplicação industrial as invenções e modelos de utilidade quando houver a possibilidade de serem usados ou produzidos em qualquer tipo de indústria<sup>126</sup>.

Caso apenas se encontrem as coisas como estão na natureza, tem-se uma descoberta. Todavia, deve haver pesquisa e desenvolvimento, de modo a transformar as descobertas visando uma finalidade estipulada. Assim, converte-se a descoberta em invenção. Se for obtido fruto novo, até então nunca alcançado, e que for passível de produção em massa, tem-se essa invenção como suporte a outras muitas<sup>127</sup>.

A intenção da legislação é impedir que sejam concedidas patentes que não podem ser postas em linha de produção, tendo em vista que a progressão do estado da técnica ainda não possibilita que essas invenções sejam efetivadas, ou as que não trazem quaisquer benefícios para a sociedade, sendo inventos completamente inúteis. Consequentemente, dois tipos de invenções não preenchem o requisito da aplicação industrial: as muito adiantadas e as dispensáveis<sup>128</sup>.

Nada impede, no entanto, a concessão de uma patente que não seja viável economicamente. O estado da técnica nada tem a factibilidade econômica de uma determinada patente<sup>129</sup>.

#### 4.2.1.4 Suficiência Descritiva

Em seu art. 24, a Lei de Propriedade Industrial é categórica ao exigir que o relatório do pedido de patente deve demonstrar de forma clara e eficiente o objeto de modo que um especialista no assunto possa produzi-lo. Outra requisição da Lei é no sentido de que as reivindicações devem indicar características peculiares da

---

<sup>126</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Empresarial. Volume 1: Direito de Empresa*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book. Location 182.

<sup>127</sup> SOARES, José Carlos Tinoco. *Op. cit.* p. 41.

<sup>128</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.* Location 182.

<sup>129</sup> *Ibidem*. Location 184.

solicitação de patente, bem como descrever, de maneira precisa, a matéria objeto da pretensão (art. 25)<sup>130</sup>.

É manifesta a necessidade de se delinear suficientemente o objeto, uma vez que, ausente essa descrição, afronta-se a cláusula finalística imposta pelo texto constitucional (art. 5º, inciso XXIX). Não ocorrendo a descrição de modo adequado, há o prejuízo à concorrência, sendo prejudicados, assim, a sociedade e os consumidores<sup>131</sup>.

O sistema de patentes foi configurado para que atendesse a um equilíbrio de interesses: o Estado concede o monopólio jurídico temporário de exploração ao detentor da patente, tendo esse o dever de descrever de modo cuidadoso o objeto, a fim de que um técnico no assunto possa executar a invenção. Tem-se o incentivo à capacitação tecnológica. Inexistindo a suficiência descritiva, inconstitucional é a patente<sup>132</sup>.

O requisito da suficiência descritiva é fundamental para que haja qualidade em uma patente, bem como para que o equilíbrio do sistema de patentes seja respeitado. Sem um detalhamento do objeto e das reivindicações da patente, impossibilita-se sua perfeita execução, e a patente não pode ser concedida. Se o for, será nula de pleno direito<sup>133</sup>.

#### 4.2.2. Patenteabilidade de Programas de Computador

Investigar a patenteabilidade do programa de computador nunca foi uma questão simples e pacífica. Aqui é necessária uma exploração do sistema constitucional de patentes. Tal sistema é pensado a partir do princípio da especificidade das proteções. Barbosa assim conceitua tal princípio:

*Cada direito de propriedade intelectual terá a proteção adequada a seu desenho constitucional e ao equilíbrio ponderados dos interesses*

---

<sup>130</sup> BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996.

<sup>131</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *A revisão de Lei de Patentes em prol da competitividade nacional*. Brasília: Edições Câmara, 2013. p. 73.

<sup>132</sup> *Idem*.

<sup>133</sup> *Idem*.

*aplicados, respeitando a regra de que só pode se apropriar o que não está no domínio comum.*<sup>134</sup>

Desta forma, os direitos de propriedade intelectual devem atender a interesses que lhe são próprios, respeitado o domínio comum. A questão da patenteabilidade do programa de computador se dá por meio da análise do invento, que é a base constitucional do sistema de patentes. O invento é uma solução técnica para um problema técnico<sup>135</sup>.

Esse tipo de proteção intelectual só pode ser conferido quando houver uma modificação no estado da natureza, ou seja, ações humanas de intervenção que se destinem a resolver um problema concreto. A Magna Carta só aceita a concessão de patentes à uma atividade que transforme a natureza. Excluem-se as descobertas, por serem meras revelações do que já é existente, não podendo o Estado conferir uma patente às descobertas<sup>136</sup>.

Assim sendo, o invento não pode ser abstrato e não técnico, como as criações meramente estéticas e as elementares apresentações de informações. Devem-se apresentar as modificações na natureza, que resultem num efeito técnico<sup>137</sup>.

A cláusula finalística de nosso texto constitucional não se refere exclusivamente a inventos industriais, havendo a utilização da terminologia criações industriais. Esta última abarca os programas de computador. Como se trata de uma cláusula aberta, a Constituição admite outros tipos de proteção (diversos das patentes) a tais criações, as quais terão uma equação de interesses distinta das patentes, sob pena de inconstitucionalidade<sup>138</sup>.

O art. 10, inciso V, da Lei de Propriedade Industrial, exclui terminantemente do objeto das patentes o programa de computador em si. Isso se dá pelo fato de um programa de computador ser uma solução útil, porém não concreta. Ficam afastadas das patentes as criações industriais abstratas (art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal). O invento pressupõe a resolução de um problema técnico

---

<sup>134</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Inventos Industriais: A Patente de Software no Brasil* – I. p. 18.

<sup>135</sup> *Idem*.

<sup>136</sup> *Ibidem*. p. 19.

<sup>137</sup> *Ibidem*. p. 21.

<sup>138</sup> *Ibidem*. p. 22.

por um método concreto. Por consequência, os bens intelectuais abstratos estão excluídos da patente<sup>139</sup>.

A solução dos problemas é técnica quando pressupõe uma alteração na natureza. Ela também não pode se dar exclusivamente por processos mentais do ser humano, pois assim se perderia a aplicação industrial. Ainda é necessário especificar qual problema técnico seria resolvido (suficiência descritiva)<sup>140</sup>.

As criações abstratas, mesmo que de relevante interesse econômico, não são consideradas inventos. Como já afirmado, os programas de computador fazem parte desse tipo de criação. Posto isso, estão excluídos da tutela pela via patentária. Entretanto, tal questão gera inúmeras discussões na ciência jurídica. Isso porque o Direito de Autor não cumpre bem a cláusula finalística da Constituição Federal<sup>141</sup>.

As patentes tutelam uma ideia útil de efeito concreto. O programa de computador tem um objeto distinto, sendo esse a expressão de uma solução técnica. O valor econômico dos programas de computador decorre principalmente da realização dessa solução técnica como um conjunto de instruções a um *hardware*, não pela solução técnica em si. A valia se determina pela forma de expressão<sup>142</sup>.

Na definição dada pela Lei de Programas de Computador, como um conjunto de instruções, o programa de computador em si jamais será objeto de patente, pois o programa é expressão e não solução técnica<sup>143</sup>.

Porém, algo que preencha os requisitos de patenteabilidade anteriormente analisados não pode ser considerado não patenteável apenas por utilizar um programa de computador. Isto porque se busca o patenteamento de uma tecnologia, não do programa de computador em si. Atendendo essa tecnologia aos critérios de patenteabilidade e sendo um invento (art. 10 da Lei de Propriedade Industrial), não há óbice à concessão da patente. No entanto, a inclusão de um

---

<sup>139</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Inventos Industriais: A Patente de Software no Brasil – I*. p. 23/24.

<sup>140</sup> *Ibidem*. p. 26.

<sup>141</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Inventos Industriais: A patente de Software no Brasil – II*. p. 10.

<sup>142</sup> *Ibidem*. p. 14.

<sup>143</sup> *Idem*.

programa de computador não impede que terceiros o utilizem de maneira isolada<sup>144</sup>.

O programa, para superar a proibição feita pela expressão “em si mesmo” e ser passível de patente, deve inferir um tipo de atividade inventiva que seja apurada num campo técnico. Existe uma solução útil, pelo fato de haver programa de computador. Para que seja técnica, essa solução deve estar expressa num meio técnico, não no campo abstrato das ideias. Assim preenche-se parcialmente o requisito da industriabilidade, isto é, objeto técnico. No entanto, é necessário que o efeito dessa solução seja técnico<sup>145</sup>.

Existem diferentes formas de se interpretar a vedação imposta pelo art. 10, inciso V, da Lei de Propriedade Industrial.

Uma destas possíveis compreensões seria a de que a patente é impossível enquanto os aspectos originais e inovadores estiverem no algoritmo, não existindo, portanto, qualquer caráter técnico, pois não haveria modificação no estado da natureza<sup>146</sup>.

Outra interpretação é a de que, mesmo existindo um programa de computador na solicitação de patente que promova uma modificação externa de natureza física, não se obsta a concessão da patente. Existindo esse efeito externo ao sistema, intacta fica a restrição imposta pela expressão “em si”<sup>147</sup>.

Por derradeiro, haverá tutela industrial quando a invenção que se quer ver salvaguardada prover uma solução técnica para um problema técnico, conquanto esses sejam internos ao sistema *hardware*-programa de computador. Não existe nenhuma vedação que o efeito técnico seja interno ao sistema. Posto isso, Barbosa entende que é possível tal patente<sup>148</sup>.

No entanto, inexistentes tais hipóteses, o que acontece na maioria dos casos, será conferida apenas a tutela de Direito de Autor. Entretanto, existem vozes

---

<sup>144</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Inventos Industriais: A patente de Software no Brasil – II*. p. 15/16.

<sup>145</sup> *Ibidem*. p. 22/23.

<sup>146</sup> *Ibidem*. p. 25.

<sup>147</sup> *Ibidem*. p. 25/26.

<sup>148</sup> *Ibidem*. p. 26.

dissonantes, afirmando que, mesmo fora das possibilidades descritas por Barbosa, o programa de computador seria patenteável.

Poli afirma que o programa seria um mero processo ou esquema para ação, e por essa razão, deveria ser introduzido no âmbito do Direito Industrial<sup>149</sup>. No entanto, tal assertiva não é verdadeira. O processo ou esquema para ação só terá concedida uma patente de invenção quando preencher os requisitos de patenteabilidade. Faltando-lhe um requisito que seja, não pode ser concedida a patente.

O próprio autor acima citado diz faltar ao programa de computador a atividade inventiva<sup>150</sup>. Outro aspecto importante é a novidade. Para o sistema de patentes a novidade é absoluta, conforme já demonstrado. Programas de computador dificilmente absolutamente originais<sup>151</sup> e, segundo o princípio da especificidade da proteção, devem guardar identificação com a tutela intelectual definida constitucionalmente. Conforme já aludido, a tutela constitucional é a das criações industriais abstratas, não carecedoras de patente. Posto isso, acreditamos se manter a não patenteabilidade, a não ser nas hipóteses levantadas por Barbosa.

---

<sup>149</sup> POLI, Leonardo Macedo. *Op. cit.* p. 31.

<sup>150</sup> *Ibidem.* p. 36.

<sup>151</sup> SEI – SECRETARIA ESPECIAL DA INFORMÁTICA. *Relatório da Comissão Especial de Automação de Escritórios*. Rio de Janeiro, 1986, p. 74.



## 5 PADRÕES LIVRE E PROPRIETÁRIO

Desde o surgimento do mercado de informática, existem diferentes modalidades de distribuição de programas de computador. Inicialmente, tal disponibilização era feita por meio físico, isto é, por disquetes, *CD-Rom*, dentre outros. Com o advento da internet, vieram à tona outros meios de distribuição, sendo o mais recorrente o *download*<sup>152</sup>.

Aqui apenas serão analisados os dois padrões de fornecimento mais importantes, sejam eles o *software*-proprietário e o *software*-livre.

### 5.1 SOFTWARE PROPRIETÁRIO

O padrão proprietário se consubstancia na utilização condicionada a um termo de cessão de direitos de uso. Compra-se uma unidade de memória, onde está inserido o programa de computador. É basilar que haja a autorização do titular dos direitos patrimoniais, sendo obrigatória a existência de um contrato<sup>153</sup>.

Dois são os tipos de comercialização de programas de computador pelo padrão proprietário: o programa encomendado e o programa de prateleira. Em relação à primeira modalidade, firma-se vínculo pessoal entre as duas partes, pois o programa é concebido e esquematizado segundo as principais necessidades do cessionário. O contrato de cessão tem suas cláusulas estipuladas de mútuo acordo entre as partes<sup>154</sup>.

Na segunda modalidade, a criação do programa e suas particularidades são determinadas pela necessidade de uma específica categoria de usuário. Há uma produção em massa desses programas, que serão mantidos em estoques e colocados à disposição de eventuais interessados. Também é necessária a formalização da cessão de uso.

---

<sup>152</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 84.

<sup>153</sup> *Idem.*

<sup>154</sup> *Ibidem.* p. 85

O autor do programa de prateleira, ou quem for o titular dos direitos patrimoniais do programa, cede ou faz uma licença do uso do programa a um distribuidor, que, por sua vez, cede ao vendedor de varejo, ou ao usuário final, o direito de uso restrito, mediante algumas condições. A contratação com o usuário final será na modalidade de adesão. Não há a comercialização do código fonte do programa.

As cláusulas mais comuns nesse tipo de distribuição são as de utilização em apenas um terminal, vedadas as cópias (a não ser a de salvaguarda); a possibilidade de ruptura unilateral do contrato pelo consumidor, dentre outras<sup>155</sup>.

## 5.2 SOFTWARE LIVRE

O *software* livre ou *open source* se caracteriza pela liberação do código fonte a seus usuários. Aqui existem as liberdades essenciais, ou seja: de acesso ao código fonte do programa, de execução para qualquer finalidade, de adaptação às necessidades do usuário e de redistribuição de cópias ou versões modificadas para terceiros<sup>156</sup>.

A licença utilizada para a distribuição desse tipo de programa é a GPL – *General Public License*, modalidade que estabelece as liberdades para que o usuário desenvolva modificações, inovações, bem como a liberdade de cópia, distribuição, estudo e aperfeiçoamento, não existindo limitação à comercialização<sup>157</sup>.

A expressão “livre” nada tem a ver com preço, mas sim com a liberdade<sup>158</sup>. Isto porque o intercâmbio de conhecimentos e pensamentos é fundamental no

---

<sup>155</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 85.

<sup>156</sup> PIMENTEL, Luiz Otávio; SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. *Conceito Jurídico de Software, Padrão Proprietário e Livre: Políticas Públicas*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/conceito-jur%C3%ADdico-de-software-padr%C3%A3o-propriet%C3%A1rio-e-livre-pol%C3%ADticas-p%C3%BAblicas>>. Acesso em 27 de outubro de 2014. p. 311.

<sup>157</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 90.

<sup>158</sup> Visão Geral do Sistema GNU. Disponível em <<https://www.gnu.org/gnu/gnu-history.pt-br.html>>. Acesso em 27 de outubro de 2014.

campo científico. Desta sorte, *software* livre não quer dizer programa não comercial. Um *software* livre pode se voltar para a comercialização<sup>159</sup>.

Nessa modalidade de distribuição, resta evidente o contraponto em relação ao padrão proprietário de licenciamento. Enquanto este traz consigo a ideia do *copyright*, isto é, restrições e limitações ao usuário do programa no uso, cessão, compartilhamento ou cópia<sup>160</sup>, no *software* livre é evidente a noção de *copyleft*. Nessa licença o autor declara compartilhar seus direitos, sem, no entanto, abrir mão da sua propriedade.

Assim, o criador autoriza a distribuição, modificação e distribuição do programa por outras pessoas, respeitada o tipo da licença. Não há, pois, disposição de bens, pois não há renúncia aos direitos autorais, bem como o criador mantém sua titularidade<sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.* p. 91.

<sup>160</sup> *Idem.*

<sup>161</sup> PIMENTEL, Luiz Otávio; SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. *Op. cit.* p. 313.

## 6 A TUTELA INTELECTUAL DO PROGRAMA DE COMPUTADOR COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA E VETOR À MAIOR INOVAÇÃO

Como já demonstrado no decorrer deste trabalho, o programa de computador insere-se no campo das criações industriais abstratas. O art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso XIX, assim dispõe:

*A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico do País.*<sup>162</sup>

Essa cláusula da Lei Máxima assegura a proteção das criações industriais abstratas, porém as condiciona ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico do País, devendo a tutela estar submetida à função social<sup>163</sup>. Com relação específica aos programas de computador, essa proteção será diversa da salvaguarda patentária<sup>164</sup>.

Considerando o exposto, far-se-á a comparação entre o Direito Industrial e o Direito de Autor no que tange ao programa de computador, levando em consideração as questões da livre concorrência e do incentivo à inovação tecnológica, fundamentais para o atendimento da cláusula finalística do art. 5º, inciso XIX, da Carta política.

A livre concorrência é positivada como princípio estruturante de nossa ordem econômica, conforme o art. 170 da Constituição, inciso IV<sup>165</sup>. Conforme configurado no texto constitucional, a livre concorrência pressupõe um livre jogo das forças de mercado, supondo uma desigualdade por meio de uma igualdade jurídico-formal. No entanto, essa igualdade é prontamente rejeitada, sendo a disparidade inarredável num sistema de livre iniciativa (art. 170, caput, da

---

<sup>162</sup> BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>163</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 278.

<sup>164</sup> BARBOSA, Denis Borges. *A proteção do software*. Tela 6/7.

<sup>165</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 205.

Constituição). Gera-se, por sua vez, a livre concorrência<sup>166</sup>, um processo comportamental competitivo, sendo esse elemento comportamental que a define<sup>167</sup>.

Existem dois tipos de ângulos para o estudo de direito concorrencial. Um é fundado num enfoque mais privado, nas palavras de Barbosa:

*A doutrina da concorrência privada é objeto comum de capítulo do direito das empresas no que toca às noções de fundo de comércio, ou de empresa, de aviamento e estabelecimento empresarial; é igualmente o escopo de um amplo capítulo de Propriedade Intelectual, que de forma alguma se resume ao seu segmento tradicionalmente designado como "concorrência desleal; cobre ainda certas técnicas jurídicas de interdição legal ou negocial de concorrência que vão do direito das obrigações ao campo do Direito do Trabalho."<sup>168</sup>*

Trata-se de modalidade de concorrência privada, ou seja, mais fundada em aspectos empresariais e de concorrência desleal. Outro tipo de abordagem utilizada é a de Direito Público, isto é, as atividades de regulação do Estado e a sua relação com o Direito da Concorrência. É necessária a fixação de até onde essa atividade regulatória é capaz de impor a não aplicabilidade das regras concorrenciais, bem como o estabelecimento do ponto em que os princípios de concorrência podem ser critério para controle da ação estatal ou da conduta dos agentes privados autorizada pelo poder estatal<sup>169</sup>.

Tendo essa distinção, a análise que vai se proceder neste trabalho é a de enfoque público, essencial para atendimento da cláusula finalística da Constituição Federal.

A Propriedade Intelectual é um dos tipos de ação concorrencial, tendo em vista que se concedem monopólios de exploração, a fim de que se atinjam determinados resultados. Essa limitação da livre concorrência deve atender a parâmetros determinados constitucionalmente, para que seja efetivo o equilíbrio de interesses<sup>170</sup>.

---

<sup>166</sup> REALE JÚNIOR, Miguel APUD GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.* p. 206.

<sup>167</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio APUD GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.* p. 207/208.

<sup>168</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual. Tomo I: Uma introdução a Propriedade Intelectual, Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual, A doutrina da concorrência, A Propriedade Intelectual como um direito de Cunho Internacional, Propriedade Intelectual e Tutela da Concorrência*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 453

<sup>169</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 21.

<sup>170</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto *Op. cit.* p. 449.

Entretanto, não basta asseverar a natureza constitucional das regras de defesa da livre concorrência e sua restrição para compreender suas acepções e definir a esfera de seus efeitos. As normas concorrenciais influenciam claramente o comportamento econômico dos agentes. Tendo isso como uma premissa<sup>171</sup>, é imperiosa a investigação dos fundamentos econômicos de defesa da concorrência e da definição de monopólio, para posteriormente analisar qual o sistema de tutela intelectual do programa de computador será mais profícuo em aspectos concorrenciais.

## 6.1 FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Esse é um dos aspectos mais polêmicos quando a teoria econômica trata do direito antitruste. As discussões entre a Escola de Chicago e a Escola de Freiburg foram importantíssimas para que se chegasse à definição dos objetivos do Direito Concorrencial.

Para teoria neoclássica da Escola de Chicago, o principal objetivo de um sistema antitruste seria a maximização da eficiência, que se sobreporia a qualquer objetivo do direito concorrential. Poderiam existir monopólios e restrições à concorrência, desde que esse fosse o fundamento: a busca por eficiência<sup>172</sup>. Para os neoclássicos, a eficiência se funda numa produção a menor custo. Em consequência, dispendendo menos com a produção, os agentes econômicos venderiam seus produtos a um preço menor. Trata-se de um artifício teórico, uma vez que a redução de custos implicaria preços mais baixos, e, por sua vez, o consumidor seria beneficiado<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.* p. 22.

<sup>172</sup> A eficiência econômica teve sua conceituação iniciada por Vilfredo Pareto, no momento em que o economista afirmou que a eficiência se sucede quando o benefício de uma determinada pessoa, grupo social, dentre outros; implica em uma piora na situação de outro sujeito, grupo social, etc, cria-se o equilíbrio, ou uma situação de eficiência econômica. Se tal circunstância não ocorrer, está-se frente a ineficiência, e é necessário um acerto econômico ou legal para que se torne a conjuntura em eficiente. Conforme BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. *Princípio da Eficiência*. In: Marcia Carla Pereira Ribeiro e Vinícius Klein (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 31.

<sup>173</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.* p. 23.

A orientação do Direito Concorrencial passaria a ser o bem-estar dos consumidores. Uma distribuição igual dos benefícios com os consumidores seria presumida, pois preços mais baixos seriam mais interessantes aos consumidores.

Os neoclássicos se utilizaram da teoria marginalista para identificação do bem-estar do consumidor, cuja principal contribuição fora a demonstração de que o preço de um determinado produto não equivalia ao custo de produção, mas sim pelo preço que o consumidor marginal, ou seja, o consumidor final, dava a esse produto. Isso se denomina de utilidade marginal. Conforme Salomão Filho:

*Os fatores de produção necessários à fabricação de determinado produto teriam seu preço determinado pela sua utilidade marginal, que é exatamente sua participação na produção do bem final. Portanto, também, os preços dos fatores de produção eram determinados pelo valor dos bens a cuja produção se destinam, e não pelo seus custos.<sup>174</sup>*

A partir do momento em que certa política legislativa teria como escopo o bem-estar do consumidor, a mesma seria dotada de eficiência e poderia, portanto, ser oposta a qualquer outro objetivo de um sistema antitruste. A existência e o uso de outros propósitos seriam paradoxais, inclusive<sup>175</sup>.

O exemplo utilizado pelos neoclássicos é o das concentrações. A defesa do ambiente competitivo poderia levar à ilegalidade de uma concentração que gerasse produtividade e eficiência, havendo a possibilidade de benefício aos consumidores. A via contrária seria igualmente verdadeira. Uma preocupação exclusiva com o proveito dos consumidores teria por resultado a aprovação de concentração que levaria à dominação de mercados, prejudicial aos concorrentes<sup>176</sup>.

Segundo a Escola de Chicago, tendo em vista esse conflito aparente, o bem-estar do consumidor e a defesa da concorrência não poderiam coexistir. Empregando a teoria da maximização de riquezas<sup>177</sup>, os neoclássicos entendem

---

<sup>174</sup> *Ibidem.* p. 24. Nota 7.

<sup>175</sup> *Idem.*

<sup>176</sup> *Ibidem.* p. 24/25.

<sup>177</sup> Aqui é necessária a conceituação do princípio da maximização de riquezas, ou Ótimo de Pareto. O equilíbrio ocorre no momento em que a decisão de um agente não promove melhoria em seu estado sem causar prejuízo a outros (Conforme DOMINGUES, Victor Hugo. *Ótimo de Pareto*. In: Marcia Carla Pereira Ribeiro e Vinícius Klein (Coord.). Op. cit. p. 40/41). Para a Escola de Chicago, um grupo de indivíduos em cada relação jurídica tem sua importância enquanto maximizadores de riqueza global, não como um cerne de interesses em si. Posto isso, a crítica que se faz é que essa teoria desconsidera a distribuição de riqueza, versando apenas sobre a produção. Conforme SALOMÃO FILHO, Calixto, *Op. cit.* p. 31. Nota 20.

que o sistema antitruste apenas deve se pautar pelo bem-estar do consumidor, promovendo a eficiência.

O contraponto à Escola de Chicago surgiu com a Escola de Freiburg, ou escola Ordo-Liberal. O surgimento da Escola de Freiburg está intimamente ligado com o fracasso das políticas econômicas da Alemanha pós I Guerra Mundial e com a ascendência do nazismo<sup>178</sup>.

Segundo os estudiosos ordo-liberais, a defesa da competição é basilar ao funcionamento de uma economia de mercado. Para a Escola de Freiburg, a ordem privada deveria se estribar em dois fatores: a autocondenação e o autocontrole. O primeiro aspecto está baseado na segurança das transações privadas, para a qual o direito de propriedade e o direito das obrigações são de capital importância. Já o segundo está ligado à ideia de acesso ao mercado, isto é, poder substituir com quem contratará, bem como pela possibilidade substituição do objeto da contratação. Para a teoria ordo-liberal é essa característica, ou seja, a possibilidade de efetiva competição, que deve ser tutelada pelo Direito Concorrencial<sup>179</sup>.

As duas principais críticas feitas pela Escola de Freiburg aos neoclássicos decorrem de dois fatores. A primeira é o fato de as conceituações de bem-estar do consumidor raramente ocorrerem na prática. A segunda faz menção à própria concorrência, pois, para os ordo-liberais, é impossível a imputação de qualquer interesse primário a um sistema antitruste, não sendo o Direito Concorrencial um arranjo com efeitos previsíveis e, do mesmo modo, não se podem selecionar as consequências apetentes para que sejam norteadoras da lei.

Os pressupostos da teoria neoclássica, na visão da Salomão Filho, possuem um valor analítico, mas não preceptivo, não sendo possível utilizá-los como fator de predisposição das condutas<sup>180</sup>.

Para a Escola de Freiburg, o benefício de haver um sistema concorrencial está basicamente na transmissão de informações e na liberdade de escolha. Isto posto, o sistema de mercado deixa para os agentes a opção de escolha entre as

---

<sup>178</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.* p. 25

<sup>179</sup> *Ibidem.* p. 26.

<sup>180</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.* p. 27.



alternativas existentes, por meio de um comportamento racional. A concepção é de descoberta, conforme definida por Hayek<sup>181</sup>. Nas palavras de Salomão Filho:

*Ora, fundamental para a existência de um processo de livre escolha e de descoberta das melhores opções do mercado não é apenas a existência de um preço não alterado por condições artificiais de oferta e demanda, que, portanto, represente a utilidade marginal do produto (como querem os neoclássicos), mas, também, que exista efetiva pluralidade real ou potencial de escolha entre produtos, com base em preço, qualidade, preferências regionais, etc. A possibilidade de escolha assume, portanto, um valor em si mesmo. Nota-se, no entanto, que como para o ordo-liberal a possibilidade de escolha estende-se a todos os agentes do mercado, consumidores e produtores, a existência de concorrência não é obrigatória. Basta que seja potencial. Daí porque o conceito fundamental para a teoria ordo-liberal na análise das posições de poder de mercado é a verificação da criação ou não de barreiras à entrada de outros competidores no mercado. Segundo eles, esse tipo de barreira é um dos maiores males de qualquer sistema concorrencial, pois limita a liberdade de escolha tanto de consumidores quanto de produtores.<sup>182</sup>*

Feita a comparação entre as duas escolas, passa-se à exploração do paradoxo aparente entre bem-estar do consumidor e defesa da concorrência.

Como se depreende do já exposto, para os ordo-liberais, a defesa da concorrência não é vista apenas pelo ângulo do concorrente, mas também pelo ângulo dos consumidores. Essa constatação é importante, porque faz uma contestação à crítica que fazem os neoclássicos em relação a inclusão da defesa da concorrência em um sistema antitruste. Para a Escola de Chicago, a defesa exclusiva da concorrência tem como intrínseco o prejuízo ao consumidor, pois impede a formação de economias de escala que o favorecem, uma vez que, na medida em que se reduzem custos, o preço dos produtos seria menor. Haveria, portanto, eficiência<sup>183</sup>.

Entretanto, se uma das bases do bem-estar dos consumidores é a liberdade de escolha entre várias opções diferentes, não é possível considerar que a regra tenha apenas um objetivo. O que pretendem os neoclássicos é a aplicação, com certeza matemática, dos conceitos econômicos ao direito, sem levar em conta considerações de cunho valorativo ou distributivo. O método utilizado para explicação das relações causais utilizado pelos neoclássicos deveria ser usado

<sup>181</sup> HAYEK APUD SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.* p. 28.

<sup>182</sup> M. STREIT APUD SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.* p. 28.

<sup>183</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.* p. 28/29.

para determiná-las, pois a aceitação das hipóteses implicaria a anuência com as conclusões<sup>184</sup>.

A Escola de Chicago tem um postulado basilar. Quando há transações privadas nas quais o benefício dos envolvidos é maior do que as perdas dos lesados, todas as normas jurídicas (e suas interoperações) que fossem empecilhos ao ajuste de tais acordos deveriam ser eliminadas. Esta supressão se daria em nome da eficiência, tendo em vista que uma sociedade atinge o equilíbrio no momento em que o benefício dos envolvidos é igual ao ônus dos lesados<sup>185</sup>. Em hipótese, a eliminação dos entraves, sejam contratuais ou legais, não traria custo social algum, sendo, portanto “economicamente neutro e juridicamente incontestável”<sup>186</sup>.

A problemática advinda dessa assertiva é clara, pois em nenhum momento é discutida como se dará a distribuição dessa riqueza, isto é, o cuidado com interesses alheios à transação. Apenas há preocupação com a maximização da riqueza global. Todavia, é evidente que a norma tem essa função protetiva, senão simplesmente não existiria. É inviável a proteção dos interesses de um grupo exclusivamente através da maximização da riqueza global<sup>187</sup>.

A redução da liberdade de escolha do consumidor (não pelo preço, mas pela qualidade do produto) e a cessão de poder de mercado a um agente, que posteriormente poderá fazer uso desse poder para incremento seus preços, a fim de impulsionar os ganhos decorrentes da redução de custos, são perdas para o consumidor e não podem ser desprezadas. É necessária a convicção de que a eficiência será partilhada com o consumidor e não apenas apossada pelo monopolista<sup>188</sup>.

Isto posto, essencial a existência de concorrência, concreta ou ao menos possível. Contudo, não apenas do ponto de vista dos consumidores, muito menos levando em consideração somente os interesses dos concorrentes. O Direito Antitruste tutela os interesses de todos inseridos no mercado, não sendo

---

<sup>184</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.* p. 29/30.

<sup>185</sup> Ótimo de Pareto, conforme explanado na nota de nº 177.

<sup>186</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.* p. 31.

<sup>187</sup> *Ibidem.* p. 31/32.

<sup>188</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.* p. 33

fundamentalmente neutro em relação a eles. Necessária se faz a inclusão dos direitos subjetivos, tanto de competidores, quando de consumidores. Como se tratam de interesses em conflito, mister a aplicação da norma concorrencial<sup>189</sup>.

A Constituição Federal adota a multiplicidade de interesses, ao estatuir como princípios a livre concorrência e a defesa do consumidor (art. 170, incisos IV e V)<sup>190</sup>.

A expressão “livre concorrência” faz menção à ideia ordo-liberal, posto que relacionada com a igualdade mínima de condições competitivas, isto é, de circunstâncias de acesso e permanência no mercado. Já a colocação da defesa dos consumidores os insere como titulares imediatos de regras concorrenciais, não existindo paradoxo algum com a defesa da concorrência<sup>191</sup>.

O sistema antitruste, entendido como salvaguarda da existência da concorrência, não pode ser misturado com a proteção de um concorrente específico ou de uma estrutura peculiar de mercado, posto que o que se tutela é a possibilidade de concorrência.

Dado o exposto, a lei antitruste protege qualquer concorrente ou agente de mercado, bem como os interesses dos consumidores. Tutela-se a concorrência enquanto instrumento para que se possa alcançar diferentes objetivos<sup>192</sup>.

## 6.2 OS SISTEMAS DE TUTELA INTELECTUAL DO PROGRAMA DE COMPUTADOR, A LIVRE CONCORRÊNCIA E A INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

Conforme já afirmado, a ordem econômica brasileira tem por fundamento a livre iniciativa, norteadas pela livre concorrência e pela proteção a pequenas e médias empresas. Disso se extrai a seguinte conclusão: a relação competitiva entre

---

<sup>189</sup> *Idem*.

<sup>190</sup> BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>191</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.* p. 36/37.

<sup>192</sup> FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 178.

os agentes será a mais adequada a propiciar a proteção dos consumidores, bem como o pleno emprego<sup>193</sup>.

A proteção da liberdade de iniciativa em momento algum obsta a atuação estatal para induzir políticas públicas, assim como o desenvolvimento de mercados que tenham uma valia estratégica. Conforme Grau:

*Assim é que, em seu art. 216, a CF88 inclui no patrimônio cultural brasileiro a criação tecnológica e artística. Obviamente, não quer a norma, aqui, “estatizar” toda criação tecnológica ou artística, material ou imaterial, referindo-se, antes, ao conhecimento e aos elementos que apontem uma determinada identidade cultural. No § 3º desse dispositivo estabelece que a Lei não só incentivará a produção desses bens e valores culturais como proporcionará o conhecimento dessa produção. Por sua vez, no Capítulo IV, referente à Ciência e Tecnologia, a Constituição prevê, tendo em vista a promoção da capacitação tecnológica (art. 218, caput), uma atuação positiva do Estado com relação ao mercado de tecnologia, que considera patrimônio nacional, e no qual o Estado deve incentivar o desenvolvimento cultural, o bem estar e a autonomia tecnológica do país (art. 219). Ela, assim, incumbe o Estado de criar, por meio de legislação específica, os mecanismos para que se desenvolva a autonomia tecnológica do país, dando-se uma conotação especial ao mercado de tecnologia, como patrimônio nacional, o que exige uma atuação positiva no sentido de sua preservação e promoção.<sup>194</sup>*

A atuação positiva não se confunde com a intervenção direta, posto que o setor tem que ser organizado pelos agentes privados, tendo o Estado uma atuação apenas suplementar, conforme art. 2º, inciso II, da Lei nº 7.232/1984. O mesmo art. 2º, em seu inciso VI, prevê que as orientações nesse setor serão de cunho político, a fim de que haja direcionamento do esforço no setor para o desenvolvimento econômico e social<sup>195</sup>.

Tal preocupação é a mesma da cláusula finalística do art. 5º, inciso XXIX. O Estado deve indicar e instigar comportamentos, para que o desenvolvimento e autonomia nacional do conhecimento informático sejam alcançados. O cuidado com a autossuficiência do País nesse segmento está espelhado no art. 2º, inciso IV da Lei nº 7.232/1984, quando esse estatui: “proibição à criação de situações monopolísticas, de direito ou de fato”<sup>196</sup>. Nas palavras de Grau:

<sup>193</sup> BRASIL. Constituição. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

<sup>194</sup> GRAU, Eros Roberto. *Por um Brasil Inovador: Estudo da FGV e da USP contra a concessão de patentes de programa de computador*. Disponível em <<http://observatorioidainternet.br/wp-content/uploads/2012/05/Estudo-Patentes-de-Software-USP-FGV.pdf>>. Acesso em 02 de novembro de 2014. p. 10.

<sup>195</sup> GRAU, Eros Roberto. *Por um Brasil Inovador*. p. 10.

<sup>196</sup> BRASIL. Lei nº 7.232 de 29 de outubro de 1984.

*“Proibir a criação de situações de monopolísticas não é o mesmo que reprimir monopólios, nem mesmo proibir a concentração de empresas (ambas formas negativas de atuação). Essa forma de atuação repressiva e preventiva da dominação de mercado, exercício abusivo de posição dominante e elevação arbitrária de lucros, já tem lugar na legislação geral de defesa da concorrência para qualquer mercado. O bem protegido nesse dispositivo não é a concorrência no mercado de software. A proibição tem a ver, antes, com a centralização do conhecimento e reflete a preocupação do legislador com a importância estratégica do setor e a consciência de que o poder e a liberdade na sociedade de informação dependem do controle das novas tecnologias.”<sup>197</sup>*

A intenção desse dispositivo legal é impedir a concentração de conhecimento em grandes agentes econômicos. Isso decorre principalmente da natureza do mercado dos programas de computador, fundado na alta tecnologia e na inovação. Tendo isso em vista, o programa arrojado, quando ganha notoriedade, sofre o chamado efeito de rede, ou seja, a comunicação entre os usuários do programa faz com que mais pessoas o utilizem. Dessa forma, mais consumidores tem razões para utilizá-lo<sup>198</sup>.

Isso faz com que os programas inovadores consumem sua predominância no mercado. Logo, com o equilíbrio natural desses mercados, a empresa líder tende a predominar em quase a totalidade do mercado. Posto isso, a análise das concentrações em um mercado de programas de computador pode sobreavaliar a presença de poder de mercado<sup>199</sup>.

Duas são as razões para isso. O mercado já é naturalmente desequilibrado. Não há como atribuir às práticas anticompetitivas esse desequilíbrio, uma vez que esse é o equilíbrio correspondente desse mercado. Em outro vértice, os preços de monopólio têm seu controle feito pelo perigo de incitar os concorrentes a inovarem. Qualquer inovação pode mudar os rumos do mercado<sup>200</sup>. Além disso, o preço de monopólio, se praticado, pode fazer com que os consumidores migrem para um programa substituto, existindo o risco de perder vendas para outros desenvolvedores<sup>201</sup>.

A concorrência num mercado de programas de computador é diferenciada da de outros mercados. Afirma Grau:

---

<sup>197</sup> GRAU, Eros Roberto. *Por um Brasil Inovador*. p. 11.

<sup>198</sup> *Idem*.

<sup>199</sup> ECONOMIDES APUD GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.* p. 12.

<sup>200</sup> *Idem*. p. 12.

<sup>201</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.* p. 97

*“Na verdade, a avaliação tradicional pautada pelo modelo antitruste é inadequada para o mercado de software (...). Não haveria, portanto, razão imediata para uma proibição pela Lei 7.232 pura e simples para situações de monopólio em nome somente da concorrência.”<sup>202</sup>*

Contudo, práticas monopolistas podem ser muito prejudiciais quando o monopolista utiliza o controle do programa e a sua exploração como um conhecimento próprio, para a salvaguarda de sua hegemonia. Conforme Salomão Filho:

*“Na medida e na proporção que cresce o faturamento, cresce o valor para o monopolista de sua posição. Mais disposto estará ele, então, a utilizar parte ou até a totalidade desse faturamento adicional na manutenção de sua posição monopolista.”<sup>203</sup>*

É prática resistente à dinâmica de competição do mercado, tornando-se um risco para o segmento (além dos prejuízos aos concorrentes), haja vista que a convergência de saber informático, submetendo os demais agentes ao detentor desse conhecimento. O monopolista controla, dessa forma, o curso da inovação tecnológica<sup>204</sup>.

Nessa perspectiva, a conjunção dos efeitos de rede, da posição dominante e da tutela intelectual dos programas de computador pode contribuir de modo maléfico para a solidificação de posições dominantes. As medidas concorrenciais são ineficazes ante a um sistema de tutela intelectual que crie reserva de mercado e concentração de conhecimento informático. A política no mercado de informática deve ter seu cerne no debate sobre o alcance da propriedade intelectual, quando essa fizer entraves à produção de novas soluções ou tornar inatingível o saber informático. Assevera Grau:

*“A abrangência da proteção jurídica do software pode barrar ou mesmo desencorajar o esforço de produtores de inovação de forma que a posição de monopólio se perpetue independentemente do efetivo benefício que a empresa dominante proporcione aos consumidores”<sup>205</sup>*

É evidente que as grandes multinacionais norte-americanas tendem à amplificação da proteção, por meio das patentes. Os programas de computador são concepções puramente abstratas, não sendo, portanto, tuteláveis por meio de patentes<sup>206</sup>.

<sup>202</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.* p. 12.

<sup>203</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.* p. 145.

<sup>204</sup> BOYLE APUD GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.* p. 13.

<sup>205</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.* p. 13.

<sup>206</sup> BRASIL, Câmara dos Deputados. *A revisão da Lei de patentes.* p. 210.

A proteção autoral protege a expressão do programa, deixando livres outras formas de expressão da ideia contidas no programa. Situação diversa do sistema de patentes, onde se protege a ideia de caráter tecnológico (uma solução nova de um problema técnico)<sup>207</sup>.

No regime de proteção patentária, cria-se uma clara reserva de mercado, criando barreiras à produção intelectual de outros modos de programação que poderiam ter efeito semelhante<sup>208</sup>.

Constata-se, de maneira clara, que qualquer política que instigue a patente de programas de computador é contrária ao texto constitucional. O art. 5º, inciso XXIX, da Constituição, estabelece que a proteção das criações industriais abstratas se dará no equilíbrio de interesses com o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, bem como com o interesse social.

Acertada a disposição da Lei nº 7.232/1984, ao procurar o impedimento à manutenção de posições dominantes, evitando-se a criação de monopólios. Como as posições dominantes, em sua maioria, são de transnacionais norte-americanas, fica claro que a concessão de patentes em nada favoreceria as empresas de desenvolvimento brasileiras. A ampliação do patenteamento para os programas de computador, por meio de argumentos em regras concorrenciais, não se justifica<sup>209</sup>.

Questão ainda mais crítica é a dos *softwares* livres. Esse tipo de desenvolvimento de programa é uma manifesta redução às barreiras de entrada no mercado, tornando-o mais competitivo. Como diz Grau:

*“Uma vez que a plataforma de software padrão no mercado seja construída em regime livre e, portanto, permita a todos o acesso ao conhecimento informático subjacente, o mercado de prestação de serviços técnicos sobre esse software permanece aberto a todos os interessados, excluindo-se a possibilidade de condutas abusivas por parte de empresa que domine o software padrão no sentido de reduzir a concorrência ou obter lucros abusivos nos mercados adjacentes (tais como práticas discriminatórias a prestadores de serviços, acordos de exclusividade, etc.). Com isso, estimula-se a economia, o desenvolvimento tecnológico nacional e a oportunidade para a constituição e desenvolvimento de pequenas e médias empresas*

---

<sup>207</sup> BARBOSA, Denis Borges. Inventos Industriais: A patente de software no Brasil – I. Op. cit. p. 33.

<sup>208</sup> GRAU, Eros Roberto. *Por um Brasil inovador*. Op. cit. 14.

<sup>209</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 135.

*(também um dos objetivos orientadores da ordem econômica constitucional, conforme art. 170, inc. IX da CF88).<sup>210</sup>*

Se admitidas patentes de programa de computador, fica claramente prejudicado o incentivo a pequenas e médias empresas. Enquanto agentes econômicos têm acordos de licenciamento de patentes, os micro e pequenos empresários podem ser considerados violadores a qualquer tempo e, além disso, tendo em vista a grande quantidade de patentes que seriam concedidas, o custo dos licenciamentos seria um grande entrave<sup>211</sup>. Poderia levar-se à concentração e ao monopólio.

Além disso, as patentes são evidentes antagonistas do *software* livre. O Direito de Autor é favorável ao desenvolvimento de programas livres, posto que podem ser usadas as mesmas ideias, com formas de expressão diferentes. Satisfazem-se, portanto, mais demandas. Por outra óptica, as patentes:

*“(...) pressupõem a existência de apenas uma ou algumas poucas soluções baseadas na mesma abordagem, todas formalmente autorizadas pelo detentor da patente, em geral com base em um acordo comercial. Esse tipo de organização evidentemente não se adequa ao software livre, onde pode haver múltiplas implementações e variações de um mesmo código sem que haja uma entidade central responsável.”<sup>212</sup>*

Para mais, como não há possibilidade de *royalties* em programas livres, as patentes obstarão muitos *softwares* livres. As licenças recíprocas não serviriam de minimização a essa questão. O interesse no compartilhamento de informações e conhecimentos dessa comunidade é grande, os custos de registro são altos, e não seria vantajoso o depósito de pedidos de patentes nesse sentido. Conforme aponta Grau:

*“Também não existe uma entidade com poderes para licenciar patentes de terceiros em nome da comunidade para uso em qualquer contexto. Dado que o software livre permite a reutilização do código em diferentes situações, uma única patente pode ser infringida em um sem-número de ambientes de software diferentes por conta de um único trecho de código. E, como raramente há uma entidade central responsável pelo software, não há verificações sobre possíveis violações de patentes, e eventuais processos a respeito colocam toda a comunidade, ao invés de uma única empresa, em xeque.”<sup>213</sup>*

---

<sup>210</sup> GRAU, Eros Roberto. *Por um Brasil Inovador*. Op. cit. p. 15

<sup>211</sup> *Idem*.

<sup>212</sup> *Ibidem*. p. 16

<sup>213</sup> *Idem*.



Isto posto, as patentes nada servem ao *software* livre. Mesmo que tal tutela tenha funcionado em outras áreas, esta possibilidade não foi encontrada no mercado de programas de computador<sup>214</sup>.

Assim sendo, dada a orientação da Constituição da República e na Lei nº 7.232/1984, que tem clara intenção de desenvolvimento econômico e difusão do conhecimento informático, fica evidente que a concessão e concentração de patentes de computador em monopólios (representados por grandes agentes econômicos) não se justifica.

---

<sup>214</sup> GRAU, Eros Roberto. *Por um Brasil Inovador*. p. 16.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda a literatura analisada, a questão aqui discutida está longe de ser pacífica. Como abordado, desde as primeiras discussões, tanto no exterior, quanto no Brasil, não foi encontrada uma solução que atendesse às particularidades do programa de computador.

A tutela jurídica nunca foi ponderada a partir das características do programa de computador, mas sim para que se evitasse a contrafação. No entanto, a discussão não pode ser apenas essa. Deve-se debater a questão do sistema de proteção intelectual a partir das peculiaridades do bem aqui em questão. Contudo, é importante frisar que o programa de computador não se adequa com facilidade a nenhum dos Direitos Intelectuais existentes até o presente momento.

A tutela conferida, na maioria dos países, é pela via autoral. Como já exposto no decorrer do trabalho, essa escolha se deu primordialmente pelo fato de não ser necessário o registro, bem como pela abrangência internacional dos direitos de autor. Entretanto, foi necessário muito esforço doutrinário para que fosse possível a classificação do programa de computador como obra. Como denota-se das análises realizadas no capítulo 4, o programa de computador não se encaixa de maneira tranquila na noção de obra intelectual. Isso se dá pelo fato de suas finalidades serem distintas dos fins das obras tuteladas pelo Direito de Autor. O programa de computador, de maneira geral, tem valores econômicos e tecnológicos, enquanto as obras autorais têm uma grande valia cultural.

Tendo isso em vista, alguns juristas defendem a tutela por meio do Direito Industrial. A proteção seria a mesma dada às invenções, por meio das patentes, Conferir-se-ia um direito de exclusivo ao detentor da patente, por vinte anos. Contudo, como já analisado, também no capítulo 4, o programa de computador não atende a todos os requisitos de patenteabilidade, principalmente o da novidade absoluta. Afora a impossibilidade de patenteabilidade, o programa de computador não é uma invenção, e a tutela estabelecida constitucionalmente não seria por meio das patentes. Ao adotar a teoria das criações industriais abstratas, a Constituição exclui os programas de computador da proteção pelo direito industrial.

Dado o exposto, nenhum dos sistemas de tutela seria o adequado às características intrínsecas do programa de computador. Ainda, entende-se que a

tutela do Direito Autoral seria insatisfatória, justamente por não se encaixar claramente na noção de obra. No entanto, é evidente que o programa também não se adequa à aceção de invenção, tendo em vista ser uma criação industrial abstrata, sem promover qualquer alteração no estado da natureza. Essa última característica é inseparável do significado de invenção, isto é, sem alteração da natureza, ausente a invenção.

Além das dificuldades teóricas de enquadramento, fica evidente que a tutela pela via industrial não atenderia os interesses nacionais no setor de programas de computador, pois haveria uma concentração de conhecimento informático em grandes agentes econômicos, os quais pertenceria o direito exclusivo de utilização da ideia do programa de computador. Só haveria benefícios para as transnacionais norte americanas.

Assim, por ora, o Direito de Autor mostra-se o sistema de tutela intelectual mais adequado à realidade tecnológica dos programas de computador, por não existir nesse sistema o monopólio da ideia, mas apenas um exclusivo da forma de expressão. De modo contrário, o Direito Industrial se caracteriza pelo monopólio da ideia. Isto posto, a tutela pela via industrial não se justifica, uma vez que haveria apropriação de conhecimento informático pelas grandes multinacionais.

Dado o exposto, entende-se a tutela autoral como a mais adequada à proteção dos direitos intelectuais de programas de computador.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acordo TRIPs. Versão em Português. Disponível em <<http://www.inpi.gov.br/images/stories/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em 28 de outubro de 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª ed. ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. *Programa de Computador e Direito Autoral*. In: Orlando Gomes (org). *A proteção jurídica do Software*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.

BARBOSA, Denis Borges. *Inventos Industriais: A Patente de Software no Brasil – I*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Nº 88, mar/jun de 2007.

\_\_\_\_\_. *Inventos Industriais: A patente de software no Brasil – II*. Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual. Nº 90, set/out, 2007.

\_\_\_\_\_. *A Proteção do Software*. Disponível em <<http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html#software>>. Acesso em 24/10/2014.

\_\_\_\_\_. *Tratado da Propriedade Intelectual. Tomo I: Uma introdução a Propriedade Intelectual, Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual, A doutrina da concorrência, A Propriedade Intelectual como um direito de Cunho Internacional, Propriedade Intelectual e Tutela da Concorrência*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

\_\_\_\_\_. *Tratado da Propriedade Intelectual. Tomo II: Patentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Tratado da Propriedade Intelectual. Tomo III: A Proteção do Software, Do Sigilo dos testes para registro de Comercialização e Topografia de Circuitos Integrados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1856.

BARBOSA, Denis Borges; MAIOR, Rodrigo Souto; RAMOS, Carolina Tinoco. *O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual: Atividade Inventiva, Originalidade, Distinguibilidade e margem mínima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. *O enquadramento jurídico do Software e do Hardware no plano dos direitos intelectuais*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 19, nº 73, 1982.

BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. *Princípio da Eficiência*. In: Marcia Carla Pereira Ribeiro e Vinícius Klein (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *A revisão de Lei de Patentes em prol da competitividade nacional*. Brasília: Edições Câmara, 2013.

\_\_\_\_\_. Constituição da República. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.609 de 19 de fevereiro de 1998.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998.

CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Software – Direito e Tecnologia da Informação: legislação, doutrina, práticas comerciais, modelos de contratos*. Curitiba: Juruá, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Empresarial. Volume 1: Direito de Empresa*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book.

DOMINGUES, Victor Hugo. *Ótimo de Pareto*. In: Marcia Carla Pereira Ribeiro e Vinícius Klein (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. *Por um Brasil Inovador: Estudo da FGV e da USP contra a concessão de patentes de programa de computador*. Disponível em <<http://observatoriodainternet.br/wp-content/uploads/2012/05/Estudo-Patentes-de-Software-USP-FGV.pdf>>. Acesso em 02 de novembro de 2014.

MANSO, Eduardo Vieira. *A Informática e os Direitos Intelectuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. Vol. 1. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de Informática: Comercialização e Desenvolvimento Internacional do Software*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

PIMENTEL, Luiz Otávio; SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. *Conceito Jurídico de Software, Padrão Proprietário e Livre: Políticas Públicas*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/conceito-jur%C3%ADdico-de-software-padr%C3%A3o-propriet%C3%A1rio-e-livre-pol%C3%ADticas-p%C3%BAblicas>>. Acesso em 27 de outubro de 2014.

POLI, Leonardo Macedo. *Direitos de Autor e Software*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *A proteção autoral dos Programas de Computador*. Rio de Janeiro: Editorial Lumen Juris, 2008.

SEI – SECRETARIA ESPECIAL DA INFORMÁTICA. *Relatório da Comissão Especial de Automação de Escritórios*. Rio de Janeiro, 1986.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOARES, José Carlos Tinoco. *Lei de Patentes, Marcas e Direitos Conexos: Lei nº 9.279, 14.05.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Visão Geral do Sistema GNU. Disponível em <<https://www.gnu.org/gnu/gnu-history.pt-br.html>>. Acesso em 27 de outubro de 2014.

WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade Intelectual do Software e Revolução da Tecnologia da Informação*. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2007.

WALD, Arnoldo. *Da natureza jurídica do Software*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 22, nº 87, 1985.