



ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

UM NOVO PARADIGMA TELEOLÓGICO PARA A PROTEÇÃO DA PROPRIEADE
INTELECTUAL DOS PROGRAMAS DE COMPUTADOR

Lauro Manuel Pinheiro de Almeida

Rio de Janeiro
2021

LAURO MANUEL PINHEIRO DE ALMEIDA

UM NOVO PARADIGMA TELEOLÓGICO PARA A PROTEÇÃO DA PROPRIEIDADE
INTELECTUAL DOS PROGRAMAS DE COMPUTADOR

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
sensu* da Escola de Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Thiago Ferreira Cardoso Neves

Coorientadora:

Prof^a. Monica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2021

LAURO MANUEL PINHEIRO DE ALMEIDA

UM NOVO PARADIGMA TELEOLÓGICO PARA A PROTEÇÃO DA PROPRIEADE
INTELECTUAL DOS PROGRAMAS DE COMPUTADOR

Monografia apresentada como exigência para conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em _____ de _____ de 2021. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador Claudio Brandão de Oliveira – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Convidado: Prof. Pedro Marcos Nunes Barbosa – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Orientador: Prof. Thiago Ferreira Cardoso Neves – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO AUTOR.

Àqueles que vieram antes por seus ensinamentos, pois o conhecimento é como uma torre, só se pode imaginar um andar acima se houver uma fundação sólida.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, professor Thiago Ferreira Cardoso Neves por, além de me inspirar, abrir meu horizonte acadêmico – e responder com presteza trazendo importantes contribuições para este trabalho sobre tema tão árido em nosso país.

À professora e coorientadora Monica Cavalieri Fetzner Areal, pela paciência, apoio e insistência para, não só o aperfeiçoamento deste trabalho, como também para a obtenção da acuidade metodológica necessária para a produção de uma obra acadêmica de qualidade.

À Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro por propiciar não só o ambiente adequado, mas também a oportunidade de elaboração de tal obra, assim como todo o apoio para sua conclusão em tempos tão difíceis de pandemia.

Ao meu pai pela paciência, apoio material e por sempre me estimular à superação.

À minha mãe pelo carinho, ternura e companheirismo mesmo nos piores momentos.

À minha tia pelo apoio e estímulo.

À minha avó por ser avó (dispensa comentários).

A todos os artistas, inventores e criadores, sem cujo trabalho seria inútil se pensar em propriedade intelectual.

“A mente que se abre a uma nova ideia jamais
voltará ao seu tamanho original.”

Albert Einstein

SÍNTESE

Atualmente a proteção conferida ao criador de programas de computador – mais popularmente conhecidos como *softwares* – quanto à sua criação, é a mesma dada àqueles que produzem obras literárias. Contudo, a própria natureza de tal invento humano, como se verá nesta obra, em muitos casos mais se assemelha aos inventos sujeitos à proteção como propriedade industrial. A partir da análise histórica dos institutos de direitos autorais e de propriedade industrial, ambos derivados do ramo dos direitos da propriedade intelectual, irá se verificar que os programas de computador, seguindo uma moderna visão teleológica, não devem ser vistos de forma geral e absoluta como sujeitos ao direito autoral, mas sim sujeitos à um novo paradigma, que dará proteção condizente com a finalidade inerente a cada tipo de programa de computador.

PALAVRAS- CHAVE: Direito Civil. Direito Empresarial. Propriedade Intelectual.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. PROGRAMA DE COMPUTADOR, DEFINIÇÃO, CRÍTICA AO TRATAMENTO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL QUE LHE É DISPENSADO E POR QUE NÃO SE UTILIZAR O TERMO <i>SOFTWARE</i> ?.....	13
1.1 Análise e conceituação dos programas de computador na doutrina e jurisprudência brasileira	18
1.2 <i>Droit D’Auteur</i> x <i>Copyright</i>	20
1.2.1 <i>Droit D’Auteur</i>	22
1.2.2 <i>Copyright</i>	23
1.2.3 Comparação dos dois modelos de proteção aos direitos de autor.....	27
1.2.4. A híbrida Lei nº 9.609/98 e sua dicotomia <i>Copyright</i> x <i>Droit D’auteur</i>	29
1.3 Formas possíveis de se mitigar a proteção dos programas de computador dentro dos modelos de <i>droit d’auteur</i> e <i>copyright</i>	34
1.3.1 A aplicação do instituto das patentes (propriedade industrial), no lugar de direitos autorais, aos programas de computador intrínsecos ao funcionamento de determinados equipamentos.....	34
1.3.2 A teoria do <i>market failure</i> e o interesse público.....	35
1.4 Conceituação Proposta	37
2. PROGRAMA DE COMPUTADOR COMO PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	42
2.1 Aspectos históricos da propriedade industrial	42
2.2 Princípios da propriedade industrial e aparente subsidiariedade ao modelo de direitos autorais	44
2.2.1 Princípio do tratamento nacional.....	44
2.2.2 Princípio da prioridade.....	44
2.2.3 Princípio da independência das patentes.....	44
2.2.4 Princípio à repressão ao abuso do direito de patente.....	45
2.3 Requisitos da propriedade industrial	45
2.3.1 Do requisito da novidade.....	45
2.3.2 Do requisito da atividade inventiva.....	46
2.3.3 Do requisito de aplicação industrial.....	46
2.3.4 A aparente exclusão de patenteabilidade dos programas de computador contida no art. 10 da Lei nº 9.279/96.....	48
2.4 Diferenças entre os modelos de direito autoral e a propriedade industrial	49
2.5 Críticas à aplicação do modelo de propriedade industrial aos programas de computador	53
2.5.1 A crítica relativa à literalidade dos dispositivos.....	53
2.5.2 A crítica quanto à inadequação dos programas de computador ao critério de aplicação industrial.....	56
3. PARADIGMA PROPOSTO PARA A ATRIBUIÇÃO DE MODALIDADE DE PROTEÇÃO INTELECTUAL AOS PROGRAMAS DE COMPUTADOR E OUTRAS SOLUÇÕES APLICÁVEIS.....	60
3.1 O paradigma teleológico como mais apto a enquadrar os regimes de proteção intelectual aos programas de computador	60
3.2 Possibilidades fáticas, dentro do paradigma vigente, de aplicação da proteção de patentes aos programas de computador	64

3.2.1 Programas artísticos.....	65
3.2.2 Programas mecânicos	66
3.2.3 Programas utilitários.....	69
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS	74

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a estabelecer uma reflexão, e crítica, à atual proteção conferida aos criadores de programas de computador. No vigente direito pátrio, e segundo a própria jurisprudência e doutrina dominantes, a proteção conferida aos criadores de programas de computador é feita pela concessão de direitos autorais sobre seus inventos. Contudo, tal enquadramento de forma absoluta se apresenta equivocado para a realidade prática, significando não apenas uma má compreensão da natureza do invento, como de sua utilidade e fim social.

No Mundo moderno, onde evoluções no campo da informática são tão céleres que mal se é capaz de acompanhar, surge a indagação de como deve se dar a proteção da propriedade intelectual dos criadores de programas de computador. Como mencionado acima, a proteção conferida a esses criadores segue a modalidade de direito autoral, similar àquela conferida às criações artísticas e literárias.

Contudo, além do que se irá discutir quanto à incongruência lógica em se equiparar programas de computador a criações artísticas e literárias, irá se dar destaque aos efeitos práticos de tal equiparação. Ou seja, o foco do trabalho será criticar o tratamento conferido como direito autoral absoluto, apresentando a proposta de um novo paradigma a classificar tais inventos.

Para se compreender a adequação destes inventos ao paradigma que será proposto, irá se demonstrar a adequação de alguns tipos de programas de computador ao regime de propriedade industrial, além de apresentar soluções dentro do paradigma atual – de direito autoral – onde é possível se invocar a mais segura proteção como invento industrial a essas criações.

Destaque-se que o principal foco do presente trabalho serão os programas de computador em sentido estrito, excluindo, portanto, deste trabalho as questões concernentes ao hardware propriamente dito – como as topografias de circuitos integrados – além dos bancos de dados, que consistem mais em uma compilação de informações do que em um programa propriamente dito.

Portanto, focado nos efeitos práticos da crítica ao enquadramento dos programas de computador como absolutamente sujeitos ao direito autoral, e de sua melhor classificação por meio de um novo paradigma que irá se propor, o trabalho se justifica na busca de um tratamento de proteção mais adequado a tais inventos e que, assim, se busque conferir uma proteção intelectual mais adequada, de forma a não engessar o desenvolvimento tecnológico nacional,

nem deixar o criador de programas de computador desamparado de uma proteção adequada à finalidade de seu invento.

Visando cativar o leitor, e atiçá-lo quanto à importância e atualidade do tema, o presente trabalho irá se iniciar por problematizar a questão. No primeiro capítulo irá se definir o invento, analisar o que é direito autoral e apontar o tratamento conferido aos programas de computador no direito pátrio, imediatamente, contrapondo com a proposta de uma readequação deste tratamento. Esta contraposição visa a problematizar a questão, desde o início, por meio do apontamento crítico das inconsistências práticas do enquadramento atualmente conferido.

Para tal, irá se enveredar sobre aspectos históricos da evolução das formas de propriedade intelectual, não buscando esmiuçar o tema, pois que não é objeto deste trabalho a história dos institutos de propriedade intelectual, mas visando mostrar que a sagacidade que o legislador pátrio teve para perceber a necessidade de limitação dos direitos à propriedade intelectual, que o levou a desmembrar a propriedade industrial dos direitos autorais, não se estendeu para os casos das mais recentes criações da mente humana.

Ainda no primeiro capítulo, como não poderia deixar de ser dado à natureza internacional dos institutos de propriedade intelectual, também irá se buscar no direito comparado elementos que mostrem que a atual situação criticada não passa de um equívoco provocado pela não compreensão da profundidade de tais inventos pelos legisladores, ao tempo dos tratados que definiram a matéria. Resultado de uma pressão – *lobby* – que criou uma celeuma entre teoria e prática que levou à atual situação insustentável que não mais agrada a ninguém.

Como é, infelizmente, comum em terras brasileiras, a forma como se protege a propriedade intelectual dos criadores de programas de computador é reflexo de um *cut and paste* – para já se ir criando familiaridade com os jargões da geração *software* – malfeito, não passando de mera reprodução errônea de conceitos externos que evoluíram, deixando o regramento Brasileiro como uma quimera grega, ou melhor, anglo-francesa, como se verá.

No segundo capítulo irá se trabalhar a conceituação de propriedade industrial, seu histórico, requisitos, vantagens e como, dentro do paradigma atual, pode se vislumbrar o sistema de patentes como de aplicação possível a uma parcela dos programas de computador.

Após todas essas críticas, no terceiro capítulo irá se apontar a solução não óbvia, pois não há nada de óbvio no novo, mas necessária, pois que é a necessidade que gera a inovação. A solução que será apresentada é tão necessária que a maior parte deste capítulo final não será dedicado a explicar, de forma excruciante, o porquê da melhor adequação técnica desses inventos a algo diverso do direito autoral, mas sim a apresentar o paradigma diverso proposto,

suas utilidades práticas e relevância.

Para se garantir a sistematicidade, e cientificidade, do presente trabalho irá se adotar uma metodologia qualitativa quanto à abordagem, pois que visa a análise dos argumentos que serão levantados com base nas informações obtidas durante a pesquisa. Dessa forma, quanto aos objetivos da pesquisa, pode se inferir que serão de descrição dos institutos e explicação do fenômeno, com base na exploração que irá se fazer sobre o invento e as formas de tratamento conferidas a ele na legislação pátria e comparada.

Por fim, quanto aos procedimentos, pode se deduzir que se cingirão às pesquisas bibliográficas, quanto ao tratamento jurídico da matéria na doutrina pátria; documental, ao se valorar o tratamento conferido na jurisprudência pátria e possíveis outros documentos alheios à bibliografia, mas que venham a ajudar a definir o objeto; histórica, não havendo proposta de ser um estudo exaustivo da evolução histórica dos institutos, mas apenas da evolução deles de forma a sustentar a hipótese de melhor adequação dos programas de computador segundo o paradigma que irá se apresentar; e comparado, para a análise comparada dos regimes de proteção dos programas de computador nas legislações alienígenas, além das definições que o direito comparado confere à estes inventos.

1. PROGRAMA DE COMPUTADOR, DEFINIÇÃO, CRÍTICA AO TRATAMENTO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL QUE LHE É DISPENSADO E POR QUE NÃO SE UTILIZAR O TERMO *SOFTWARE*?

A relevância dos programas de computador, na atualidade, é inegável. Seja orientando robôs e máquinas na indústria, seja nos bancos e equipamentos usados no comércio, em eletrodomésticos ou na palma de nossas mãos, o fato é que todos os membros da sociedade, em maior ou menor grau, uma hora terão de usar um programa de computador e, se a tendência continuar a mesma, cada vez mais terão de se valer de tais inventos.

Contudo, além da óbvia utilidade de tais inventos, pouco se discute sobre o tratamento jurídico de proteção a seus criadores, ainda se aceitando conceituações arcaicas que não se adequam a todo o espectro de funcionalidade em que os programas podem se apresentar.

A quiçá de já se instilar a curiosidade quanto ao presente trabalho, vale apontar desde o princípio que a atual proteção intelectual conferida aos criadores de programas de computador é, no mínimo, inadequada.

A impossibilidade de se registrar tais inventos por meio de patentes acaba por gerar uma insegurança jurídica que pode ser explorada, visto que a comprovação de autoria atual, ainda que passível de registro para maior garantia, não é constitutivo do direito, mas meramente declaratório.

Dessa forma um programa de computador de relevância pode acabar, facilmente, sendo alvo de uma briga judicial por sua autoria, tendo em vista ser a comprovação temporal de autoria anterior o determinante para a concessão dos direitos sobre o invento.

Esse, por si, já seria um problema a justificar a relevância de um novo tratamento. No entanto, antes esse fosse o único problema derivado do atual paradigma que, como se verá, busca definir, classificar e proteger tais inventos a partir de uma perspectiva ontológica que, mesmo para o campo da teoria do direito, pode ser considerada defasada.

O tempo de proteção conferido aos programas de computador, a impossibilidade de se admitir pessoa jurídica como autor do invento, a supracitada fragilidade da proteção por meio do direito autoral – em contraposição ao direito de propriedade industrial – sem falar na própria lógica, como se poderá observar ao longo do trabalho, demandam atenção e a busca por um novo paradigma que resolva tais questões, paradigma este que será sugerido ao no último capítulo da presente obra.

Sendo assim, para que melhor se entenda cada problema individualmente e, com isso, possa se contemplar a utilidade das soluções propostas ao final, deve se começar este trabalho

situando o leitor sobre o que é propriamente um programa de computador, a primeira questão a ser desmistificada.

Para Jorge Henrique Cabral Fernandes¹, do Instituto de Ciências Exatas da Universidade de Brasília, programa de computador é:

[...] uma sentença escrita em uma linguagem computável, para a qual existe uma máquina (computável) capaz de interpretá-la. A sentença (o *software*) é composta por uma sequência de instruções (comandos) e declarações de dados, armazenável em meio digital. Ao interpretar o *software*, a máquina computável é direcionada à realização de tarefas especificamente planejadas, para as quais o *software* foi projetado.

Ou seja, para um profissional da área, que atua diariamente com programas de computador, tais são, em síntese, sequências de comandos que direcionam uma máquina computável à realização de uma tarefa. Portanto, mais se equipara à um mecanismo, engrenagem, de uma máquina mais complexa.

Essa definição não se distânciava muito da definição legal entabulada no artigo 1º da Lei nº 9.609 de 1998 que diz:

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.²

A segunda questão é, por que insistir em falar programa de computador e não *software*?

Com todo o respeito ao Douto professor citado, mas por ser sua área de atuação a tecnológica, dele não se poderia esperar a acuidade terminológica que os profissionais do Direito devem ter, sendo esse caso um exemplo de erro terminológico.

Conquanto ele possa se valer da liberalidade de utilizar o termo *software* como sinônimo de programa de computador, afinal, satisfaz suas necessidades usuais, tal não pode se esperar de um profissional do Direito, que necessita se ater à terminologia técnica sob ameaça de não obter a precisão necessária para convir suas ideias.

Por isso necessário se esclarecer que, no Brasil, *software*, dentro do ordenamento pátrio, faz referência não só ao programa em si, mas também à documentação que usualmente

¹ FERNANDES, Jorge Henrique Cabral. *O que é um Programa (Software)*. Disponível em: <<https://cic.unb.br/~jhcf/MyBooks/iess/Software/oqueehsoftware.html>>. Acesso em: 07 out. 2019.

² BRASIL. *Lei nº 9.609*, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19609.htm>. Acesso em: 07 out. 2019.

vinha junta com os programas quando ainda se os comprava em mídia física, e que, às vezes, ainda se vê acompanhando programas complexos ou equipamentos cujo programa seja parte integrante e essencial.³

Portanto, para uma melhor determinação do objeto de estudo, preferível a expressão programa de computador, ainda que maior, em razão de sua maior acuidade terminológica em relação ao que se quer discutir.

Definido o que é um programa de computador, e porque não se utilizar a expressão software como sinônimo em um trabalho jurídico no Brasil, se dá continuidade para a elaboração da crítica à forma de definição jurídica de programa de computador – enquanto propriedade intelectual – com sua infeliz consequência quanto à forma de proteção dos referidos inventos.

Quando se vai conceituar tais criações humanas, os programas de computador, para efeitos de proteção intelectual, o que se tem é que, para o direito pátrio, que segue diretrizes de convenções internacionais dos primórdios da computação, o programa de computador é classificado por aproximação à um escrito literário, como se zeros e uns Camões fossem.⁴

Tal definição foca na forma originária das estruturas dos programas, como linhas de códigos escritos, tentando, por meio de uma forma pueril de aplicação ontológica, fazer crer que um invento não só deve ser valorado por sua essência, o que se concorda, mas que tal essência de qualquer programa seja sua forma estrita de elaboração, e não sua função, do que se discorda neste trabalho.

Relevante apresentar uma conceituação técnica antes de continuar. Um programa de computador, embora tenha sua funcionalidade estruturada como linhas de código escritas, apenas a partir de uma compilação, da estruturação de um arquivo executável, que ordene à máquina o que fazer com aquele código, passará a existir como programa propriamente dito.

Ou seja, apenas a integração da linguagem escrita com a máquina faz surgir o programa. Sendo o código escrito dissociado de qualquer possibilidade de execução, realmente, um mero escrito.⁵

Logo já se pode perceber um dos erros que originou a classificação dos programas de computador como escritos: a valoração jurídica dos programas a partir, apenas, de sua premissa

³ BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 311. Nessa página, a que se faz referência, o brilhante professor Barbosa faz menção ao esquecido art. 43 da Lei de Informática (Lei nº 7.232 de 29 de out. de 1984).

⁴ Seguindo esta posição, que se considera equivocada, ver: PIMENTA, Eduardo. *Princípios de Direitos Autorais: Os Direitos Autorais do Trabalhador* (Estudo sobre a obra intelectual criada em cumprimento de dever funcional). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 34.

⁵ Nesse sentido PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. *Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 32.

escrita, ignorando a necessidade simbiótica deles com uma máquina, momento a partir do qual realmente se pode falar em um programa propriamente dito.

Obviamente, a partir do exposto, que limitar um programa ao conceito de ser um mero escrito, por serem as linhas de código escritas sua origem, é superficial e dissociado da realidade do invento. Afinal, se for para seguir tal lógica, deveria se aceitar imputar que um determinado maquinário deva ser reputado como desenho, em razão de seus mecanismos se originarem de um desenho na prancheta de um engenheiro.

Por sinal, essa ideia de se definir a essência, a natureza, de um instituto jurídico pela sua estrutura, no próprio campo da ciência do direito, já não mais se coaduna com a atual noção de que aquela se extrai a partir da função do instituto. Inclusive Norberto Bobbio aponta que mesmo Kelsen, defensor de uma visão eminentemente estruturalista, não conseguiu fugir completamente da necessidade de se adotar uma visão funcionalista para definir a essência da sanção.⁶

Nesse esteio se percebe que valorar a essência dos programas de computador a partir de sua estrutura material, os códigos enquanto sentença escrita – o que já desassocia o programa de sua relação simbiótica com a máquina, o que resulta em códigos escritos que dificilmente poderiam se considerar como um programa propriamente dito – não levando em consideração a funcionalidade, finalidade, de tais programas, já representa um anacronismo em relação à moderna hermenêutica jurídica.

Ademais, ao se analisar a definição de um profissional da área de ciência da computação⁷ em contraposição à definição dada pela legislação de proteção intelectual verifica-se uma clara discrepância. O programa de computador, como sequência de instruções para a realização de uma tarefa, na lógica de sua definição técnica, nada tem de artístico ou literário, como quer fazer crer a definição legal do invento.⁸

Como visto, literário poderia se chamar apenas o código escrito sem o comando executável agregado, ou seja, o código solto sem sua união com a máquina. No momento que se possibilita ao código gerar resultados em determinado equipamento este deixa de ser mera obra literária para se tornar uma engrenagem virtual da máquina.

Sendo, portanto, uma engrenagem de fato, deve se afastar o entendimento geral pela proteção como similar à obra literária. Em razão da moderna hermenêutica jurídica, também se

⁶ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*: Novos estudos de teoria do direito. Tradução: Daniela Beccaccia, rev. téc. Orlando Seichas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007, p. 61.

⁷ FERNANDES, op. cit.

⁸ PARANAGUÁ, op. cit., p. 30.

exige que se abandone a visão estritamente estruturalista do instituto para se adotar uma visão funcionalista.

A partir dessas duas sentenças anteriores torna-se de fácil dedução perceber qual o caminho a se seguir na busca da solução. Deve se abandonar a visão ontológica para se passar a teleológica. Não se definir o invento por sua estrutura material, mas sim por sua finalidade.

Dessa forma, não apenas se dará tratamento que melhor se coaduna à moderna ciência do Direito, como também não se incorrerá no conflito lógico de se atribuir a algo que se comporta, muitas vezes, como engrenagem as mesmas características de uma obra literária.

Contudo, apesar de ser óbvio que nada há de artístico ou literário em um programa de computador, e ficando claro que o melhor é se adotar um paradigma teleológico para atribuir a natureza de tais inventos, o difícil é como implementar tais mudanças em um mundo onde essa definição absurda se encontra sedimentada de forma global.

Em resumo, o problema cerne do presente trabalho surge da valoração ontológica pueril do invento, como já visto. A solução, na obviedade e simplicidade das grandes respostas, é o oposto. É adotar um paradigma teleológico, funcional, para a definição e classificação dos programas de computador e, conseqüente, melhor adequação de sua proteção jurídica.

É deixar de valorar o invento pela elaboração errônea e manipulada de que sua essência seria sua estrutura – que também nem esta poderia ser definida de forma séria como literária, como visto, pois programa em sentido próprio só se é quanto passível de sua integração com a máquina, resultando em algo totalmente distinto da mera estrutura literária do código isolado – e passar para uma valoração de qual a finalidade do programa em questão.⁹

Se o programa tem sua finalidade artística, como um jogo, será direito autoral, se o programa tem sua finalidade em exercer uma funcionalidade, ou facilitar a acessibilidade às funções, então recairia no campo da propriedade industrial.

No caso dos programas que exercem funções, o novo paradigma proposto gera um entendimento não diferente do dispensado às contrapartes mecânicas de outrora, que tinham seu reconhecimento como propriedade industrial sem maiores indagações.

Dessas referidas contrapartes, muitas, eram utilizadas para determinadas funções que, agora, existem apenas como programas de computador aplicados a equipamentos computacionais mais abrangentes em suas funcionalidades.

⁹ No sentido de se considerar programas de computador como invento por mera intuição natural, ver *ibidem*, p. 36, que diz: “Surge então uma pergunta: as obras protegidas por direitos autorais não são as que têm valor estético, e não meramente utilitário? A que, intuitivamente, um programa de computador mais se assemelha: a uma música, que invoca emoções distintas, ou a uma invenção, que mesmo sem despertar comoção pode resolver um problema técnico? Bem, parece-nos que a segunda resposta é mais realista”.

Porém, para se chegar nesse resultado de forma metodologicamente acurada, e de forma a esmiuçar os detalhes da questão, suas implicações e as dificuldades práticas para a implementação desse novo paradigma, é necessário voltar no tempo, estudar os institutos envolvidos e a atual situação legal em solo pátrio, trabalho que se passará a realizar em sequência.

1.1 Análise e conceituação dos programas de computador na doutrina e jurisprudência brasileira

Para a eficaz análise e conceituação do tratamento conferido à propriedade intelectual dos criadores de programas de computador no Brasil é necessário que, além de se citar os dispositivos legais e apontar o tratamento na doutrina e jurisprudência, se definam alguns institutos típicos à propriedade intelectual.

Nesse sentido, nesse subcapítulo, irá se apresentar os dispositivos legais, a conceituação de institutos indispensáveis à compreensão do problema e o tratamento dado pela doutrina e jurisprudência à questão dentro do paradigma estruturalista vigente.

Como antes referido, a definição de programa de computador para a legislação pátria se encontra no artigo 1º da Lei nº 9.609 de 1998¹⁰. Essa Lei é a que rege a proteção intelectual conferida aos programas de computador no Brasil.

Contudo, não é o único regramento que trata da matéria, incorporando elementos de um acordo internacional e uma convenção, dos quais o Brasil é signatário, e de um tratado o qual o Brasil não assinou, mas achou por bem inserir elementos nessa Lei, sendo ela, portanto, uma verdadeira quimera legislativa.

Originalmente, no Brasil, a proteção que se conferia aos programas de computador já era a mesma conferida às obras literárias em razão do disposto no art. 10 do Acordo TRIPS¹¹, internalizado em nosso país através do Decreto nº 1.355 de 1994, que remete ao artigo 2º da Convenção de Berna¹², internalizado pelo Decreto nº 75.699 de 1975, sendo esta convenção

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹¹ “1. Programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna (1971).” BRASIL, *Decreto nº 1.355*, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2019.

¹² “1) Os temas "obras literárias e artísticas", abrangem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, tais como os livros, brochuras e outros escritos; as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantomimas; as composições musicais, com ou sem palavras; as obras cinematográficas e as expressas por processo análogo ao da cinematografia; as obras de desenho, de pintura, de arquitetura, de

focada em regular a proteção concedida às obras artísticas e literárias¹³.

Em 1996 uma série de reuniões da OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) geraram um tratado sobre proteção intelectual dos programas de computador ao qual o Brasil não aderiu¹⁴. Nesse tratado buscou-se padronizar internacionalmente tal proteção por meio do *Copyright*; em contraposição à proteção clássica embasada no *Droit D’Auteur*, de origem francesa.

A diferença entre *Copyright* e *Droit D’Auteur*, e seus impactos para a proteção intelectual, constitui tema a ser pormenorizado adiante; limitando-se, neste subitem, à exposição do atual regimento de proteção aos programas de computador em terras brasileiras.

Continuando, a pressão de determinados setores que se verificou para a elaboração do tratado de direitos autorais da OMPI também já tivera sido sentida, ainda que em menor grau, na formulação do acordo TRIPS¹⁵, que já apresentava tendências ao modelo de *Copyright* em detrimento do modelo de *Droit D’Auteur*.

Embora esse tratado tenha mantido à proteção por equiparação às obras literárias, artigo 4º do Tratado¹⁶, ele inovou ao focar a proteção não na obra em si, mas no direito de cópia e distribuição. Ou seja, demonstrando uma clara inclinação ao modelo de *Copyright*. Dessa forma ainda apresentou uma desvalorização dos direitos morais conferidos ao autor, que no modelo de *Droit D’Auteur* possui uma proteção muito mais ampla que a verificada no modelo de *Copyright*.

Como dito, o Brasil não assinou o tratado de Direitos Autorais da OMPI, porém, por meio da Lei nº 9.609 de 1998¹⁷, acabou por adotar – também por influência do acordo TRIPS¹⁸, o qual o Brasil ratificou – vários dispositivos típicos ao modelo de *Copyright*, tais como menor proteção dos direitos morais de autor, menor tempo de proteção e maiores liberdades e direitos conferidos aos titulares dos direitos sobre os programas – não restringindo especificamente aos

escultura, de gravura e de litografia; as obras fotográficas e as expressas por processo análogo ao da fotografia; as obras de arte aplicada; as ilustrações e os mapas geográficos; os projetos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências.” BRASIL. *Decreto nº 75.699*, de 6 de maio de 1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm>. Acesso em: 07 out. 2019.

¹³ PIMENTEL, Luiz Otávio; FIGUEIREDO E SILVA, Cláudio Eduardo Régis de. Conceito Jurídico de Software, Padrão Proprietário e Livre: Políticas Públicas. *Sequência*, Florianópolis, n. 68, p. 291-329, jun. 2014.

¹⁴ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). *Copyright Treaty*. Disponível em: <https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295166#P56_5626>. Acesso em: 07 out. 2019.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 11.

¹⁶ “*Computer programs are protected as literary works within the meaning of Article 2 of the Berne Convention. Such protection applies to computer programs, whatever may be the mode or form of their expression.*”. WIPO, op. cit. Em tradução livre: Programas de computador são protegidos como trabalhos literários no sentido dado pelo artigo 2 da Convenção de Berna. Tal proteção se aplica a programas de computador, qualquer que seja seu modo ou forma de expressão.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 11.

autores.

Assim, surgiu um sistema híbrido onde, embora possa se dizer que o Brasil adote o sistema de *Droit D'Auteur* de uma forma geral, na prática, pelo menos em relação aos programas de computador, ele está muito mais próximo do modelo inglês/americano de *Copyright* do que do modelo original de *Droit D'Auteur* francês, embora ainda se verifique uma predileção pelo clássico modelo do *Droit D'Auteur* francês quanto a outros tipos de obras sujeitas à proteção por direito de autor no Brasil.¹⁹

Mas qual a diferença entre estes dois modelos de direito autoral, o *Droit D'Auteur* clássico e o modelo de *Copyright*? No que isso é relevante para o tratamento da propriedade intelectual sobre os programas de computador no Brasil?

1.2 *Droit D'Auteur* x *Copyright*

Como dito, o modelo geral de proteção aos direitos autorais no Brasil segue o modelo francês, denominado de *Droit D'Auteur*. Contudo, como todos os institutos jurídico, esse modelo sofreu variações pelo tempo, cujo conhecimento se faz necessário para a devida compreensão do objeto aqui trabalhado.

Longe de ser o escopo central deste trabalho uma divagação aprofundada da evolução histórica do *Droit D'Auteur*, cabe expor, para fins de melhor compreensão do tema, que sua origem não se confunde com a origem das proteções à propriedade imaterial derivada da criatividade humana.

Diversos autores²⁰ situam o surgimento do *Droit D'Auteur* nas leis francesas de 1791 e 1793²¹. Contudo, ainda na época do velho regime monárquico, anterior à revolução francesa, já se verificava a concessão de proteção a tais produtos da criatividade humana.

Tal é verificável a partir de um *Arrêt du Conseil du Roi de France*, de 30 de agosto de 1777²², que criava um efetivo Código da propriedade literária, ainda que assim não fosse

¹⁹ BARBOSA apud BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade Intelectual: Direitos Autorais, Direitos Conexos e Software*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 20.

²⁰ ESPACE CULTURE MULTIMEDIA DE POINITIERS. Centre d'études sur la coopération juridique internationale. *Rencontre avec le droit d'auteur*. Disponível em: <https://www.irma.asso.fr/IMG/pdf/droitAuteurECMpoitiers_CECOJI.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2020.

²¹ FRANCE. *Les Débats de la Période Révolutionnaire: Droit D'Auteur et Domain Public*. Disponível em: <<https://www.senat.fr/rap/105-308/105-3084.html#:~:text=La%20loi%20de%201791%20est, leurs%20oeuvres%20limit%C3%A9%20dans%20le>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

²² BIBLIOTHÈQUE DE L'UNIVERSITÉ DE POINTIERS. *Arrêt du Conseil d'Etat du Roi, portant Règlement sur la durée des Privilèges en Librairie - 30 août 1777*. Disponível em: <http://controverses.mshparisnord.fr/notices/not_arret_1777.html>. Acesso em: 24 mar. 2020.

denominado²³.

Neste ordenamento real ainda se observa o direito à proteção da propriedade gerada pelo intelecto humano como uma concessão real, ou seja, uma mera liberalidade do governante absolutista. Tal se verificaria de forma similar em outros países monárquicos da época, como Portugal e Inglaterra.

Contudo, em particular a este ordenamento supracitado, já se verifica uma tendência de algo que viria a ser um dos elementos principais de configuração do *Droit D'Auteur*, qual seja, a divisão entre os direitos patrimoniais e morais sobre o bem gerado da criatividade, sendo a este modelo conferido uma proteção aos direitos morais superior ao que se verificaria em outros modelos.

Nessa fase, embora o direito ainda pertencesse ao rei, já se reconhecia um direito moral à obra de caráter inalienável e hereditário ao seu criador, sendo o direito patrimonial de reprodução, ou melhor, o direito de edição, temporário e, este sim, atribuído por pura liberalidade.

Como se pode perceber, ainda que não houvesse um efetivo regime e conceituação dos direitos pertinentes à propriedade imaterial da inventividade humana, já havia uma proteção que, inclusive, já delineava os contornos do futuro.

Nesse esteio, melhor se compreende que, com os ventos da revolução francesa, e o consequente desprendimento da figura do monarca às relações sociais, e em virtude da necessidade social e pressão econômica dos editores e criadores da época, surgiria uma verdadeira regulamentação dos direitos à propriedade imaterial da inventiva humana.

²³ Uma crítica interessante ao regime de proteção conferido na monarquia francesa vem de um advogado dos próprios interesses do regime, Louis d'Héricourt que transcrevo: “*Un manuscrit, qui ne contient rien de contraire à la religion, ni aux lois de l'Etat ou à l'intérêt des particuliers est, dans la personne de l'auteur, un bien qui lui est réellement propre, parce que c'est le fruit du travail qui lui est personnel, dont il doit avoir la liberté de disposer à son gré pour se procurer, outre l'honneur qu'il en espère, un profit qui lui fournisse ses besoins, et même ceux des personnes qui lui sont unies par les liens du sang, de l'amitié ou de la reconnaissance [...]. Si un auteur est constamment propriétaire et par conséquent seul maître de son ouvrage, il n'y a que lui ou ceux qui le représentent qui puissent valablement le faire passer à un autre, et lui donner dessus le même droit que l'auteur y avait. Par conséquent, le Roi n'y ayant aucun droit, tant que l'auteur est vivant ou représenté par ses héritiers, il ne peut le transmettre à personne, à la faveur d'un privilège, sans consentement de celui à qui il se trouve appartenir*” In: STROWEL, Alain. *Le droit d'auteur et le copyright entre histoire et nature*. Disponível em: <<https://books.openedition.org/pustl/23478#authors>>. Acesso em: 25 fev. 2020. Em tradução livre: Um manuscrito que não contém nada de contrário à religião nem às Leis do estado ou ao interesse de particulares é, para a pessoa do autor, um bem que lhe é realmente próprio, pois que é fruto do trabalho que lhe é pessoal, onde lhe cabe possuir a liberdade de dispor à vontade para obter, além da honra que almeja, um lucro que proveja suas necessidades, ou mesmo as pessoas que a ele se unem por laços de sangue, amizade ou afinidade [...]. Se um autor é proprietário constante, e por consequência o mestre de sua obra, é apenas ele ou aqueles que o representam que podem validamente a transmitir a outro, lhe dando os mesmos direitos que o autor tinha sobre ela. Por consequência o rei não possui qualquer direito, enquanto o autor é vivo ou representado por seus herdeiros, não podendo os transmitir, como privilégio, sem o consentimento daquele (o autor) a quem por acaso pertence (os direitos sobre a obra).

1.2.1 *Droit D’Auteur*

Com a criação da *loi sur le droit de representation* de 1791, que reconhece, diferente do “conferir” da época monárquica, direitos de propriedade intelectual aos intérpretes e da *loi sur le droit de reproduction* de 1793²⁴, que reconhece direitos aos autores de obras literárias, surge, definitivamente, o que podemos chamar de *Droit D’Auteur*. Obviamente, o que se entende hoje por *Droit D’Auteur* não é o mesmo que se via nesses idos dos fins do século XVIII.

Com o início da internacionalização da compreensão sobre os direitos autorais à partir da Convenção de Berna em 1886²⁵ e com a criação, na França, da *loi sur le droit d’auteur* em 1957²⁶, seguida da *loi relative aux droit voisins*, de 1985²⁷, surge a percepção de que os direitos sobre a propriedade imaterial derivada da criatividade humana seriam efetivamente originadas à partir da própria personalidade da pessoa física criadora e, portanto, indissociáveis dessa, podendo ser considerado um direito natural do indivíduo.

Na evolução desse instituto, essa linha de pensamento focada nos direitos de personalidade da pessoa criadora continuaria a predominar, e se consolidaria com a criação do *Code de la propriété intellectuelle* francês de 1992²⁸, que une ambas as leis de 1957 e 1985 com as disposições pertinentes à propriedade industrial, chegando, então, ao moderno conceito de *Droit D’Auteur* pertinente ao presente trabalho.

Deixo aqui consignado, para fins didáticos, que houve um aprimoramento desse código no que interessa à propriedade intelectual dos programas de computador a partir da aprovação da diretiva *Droit d’auteur e droits voisins dans la société de l’information*²⁹. Contudo, como essas modificações serão mais relevantes para outro momento deste trabalho, por se referirem mais à atual forma de aplicação do instituto no mundo europeu enquanto comunidade de nações, aqui apenas as consigna para fins de organização cronológica da evolução do instituto.

Portanto, e a partir da evolução histórica traçada, podemos falar, de forma resumida, que o *Droit D’Auteur* é um instituto que reconhece como autor a pessoa física criadora de uma

²⁴ FRANCE, op. cit., nota 21.

²⁵ PIMENTA, op. cit., p. 4.

²⁶ FRANCE. *Loi n° 57-298 du 11 mars 1957*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000315384>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

²⁷ FRANCE. *Loi n° 85-660 du 03 juillet 1985*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000693451>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

²⁸ FRANCE. *Loi n° 92-597 du 01 juillet 1992*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

²⁹ UNIÃO EUROPÉIA. *Directive 2001/29 du 22 mai 2001*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l26053&from=EN>> Acesso em: 27 mar. 2020.

obra investindo-o à título originário dos direitos de autor como extensão de sua própria personalidade.³⁰

Para esta vertente a obra deve possuir uma originalidade que é valorada a partir do critério subjetivo, como derivação da personalidade do autor, sendo o critério de originalidade verificado a partir de sua concretização no mundo físico sem maiores formalidades, apenas se relacionando a criação concreta à vontade original do criador.

Quanto aos aspectos de proteção, dividem-se em moral e patrimonial, sendo o moral de grande repercussão e indissociável da criação, nesse aspecto o direito moral sobre as obras dentro do modelo de *Droit D'Auteur* atribui ao autor uma série de outros direitos derivados, tais como: Direito de divulgação, Direito de paternidade, Direito ao respeito à integridade da obra, dentre outros.

Ademais, os direitos morais nesse modelo são inalienáveis e perpétuos, sendo os direitos patrimoniais sintéticos e divididos em direito de representação, direito de reprodução e direito de remuneração (este último com a denominação portuguesa que se dá preferência para representar o denominado *droit de suite* do modelo original francês).

Como últimos aspectos relevantes a este modelo, cabe destacar o tempo de proteção conferido, perpétuo e transmissível aos herdeiros quanto aos direitos morais sobre a obra e durante toda a vida do autor e mais 70 anos após sua morte quanto aos direitos patrimoniais, e a autorização genérica existente que possibilita a cópia de uma obra, mesmo que total, se feita para uso exclusivamente privado.

1.2.2 Copyright

O modelo de proteção à propriedade imaterial derivada da criatividade humana denominado de *Copyright* possui sua origem na Inglaterra e, como falado no caso do *Droit D'Auteur*, possui uma história tão complexa que aprofundar em todos os pontos interessantes faria fugir completamente ao escopo deste trabalho.

Portanto, para uma análise sintética deste modelo, visando a melhor compreensão do instituto; e em razão da complexidade de se descrever a evolução histórica de um instituto oriundo da *Common Law*, que necessitaria de uma ampla divagação sobre cada precedente jurisprudencial relevante, apenas serão mencionados os pontos mais relevantes ao entendimento da evolução do *copyright*, sem adentrar em profundidade nos precedentes específicos, visando,

³⁰ Para outra definição de *Droit D'Auteur*, embora seja para direitos autorais como o são no Brasil, contudo muito próxima das definições francesas do instituto, ver: PIMENTA, op. cit., p. 4.

apenas, a compreensão geral do instituto.

A origem de um regramento positivado do que viria a ser o *Copyright* é usualmente indicada como o *Statute of Anne* de 1710³¹, que cria o que se chamaria de *Statutory Copyright*, que pode ser descrito como um modelo de proteção às cópias de obras criativas.

De vertente positivista, e com foco nas disposições legais como fonte criadora dos direitos, em contraponto a um pensamento de direito natural do autor, o modelo Inglês já surge focado em uma lógica de cerceamento de um princípio maior, o da liberdade, em defesa de um interesse social, ainda que a esse tempo tal raciocínio pudesse não se apresentar de forma tão óbvia aos pensadores da época

É particularmente importante adentrar nesse aspecto de direito natural x direito positivo, pois dentro desse modelo inglês de *Copyright* houve momentos em que muito se discutiu sobre os direitos naturais do autor e, como se pode lembrar a partir do que fora dito para o *Droit D'Auteur*, tal reconhecimento tem efeitos importantes para a atribuição de direitos morais mais amplos ao autor.

Antes da criação do *Statute of Anne* já se reconhecia na Inglaterra determinados privilégios de impressão a certos editores que possuísem uma autorização do monarca que, por sua vez, impunha uma censura prévia às obras como requisito para o reconhecimento de direitos sobre elas.

A esse modelo adotado no período anterior ao *Statute of Anne* chama-se *Stationer's Copyright*³², pois apenas conferia proteção aos editores, como se a eles pertencesse de forma plena as obras editadas.

Com a criação do *Statute of Anne*, que passa a conferir aos autores direitos plenos sobre suas obras, inclusive a possibilidade de concessão de direitos de impressão aos editores (ponto central deste modelo), surge uma regra de transição de que aqueles editores que possuíam *Stationer's copyrights* sobre obras anteriores ao *Statute of Anne* poderiam continuar a explorá-las com exclusividade por 14 anos.

Contudo, tal transição gerou um problema, longe de se falar nessa época de obras de domínio público, surgiu a questão de se uma obra protegida pelo *stationer's copyright* após o prazo de 14 anos poderia ser livremente editada por outros editores. Tal crise resultou no que

³¹UNITED KINGDOM. *The Statute of Anne*; April 10, 1710. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/anne_1710.asp>. Acesso em: 04 abr. 2020.

³²DEAZLEY, Ronan. 'Commentary on the Stationers' Royal Charter 1557', in: *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, 2008. Disponível em: <http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary_uk_1557>. Acesso em: 04 abr. 2020.

seria chamado de “*The Battle of Booksellers*”³³ que resultou no reconhecimento de certos direitos naturais ao autor de escolher quem deveria editar suas obras.

Dessa forma, por esse reconhecimento original de certos direitos morais de origem natural aos autores surgiu o conceito de *common law copyrights*, que seriam as manifestações dos direitos de personalidade do autor sobre os direitos de reprodução de suas obras, relativizando a dureza positivista do *Statute of Anne* e de seu foco exclusivo na proteção aos direitos de cópia.³⁴

Contudo, tal relativização dentro do modelo inglês de *copyright*, embora geradora do reconhecimento de fato de certos direitos, não foi acompanhada do pleno reconhecimento de direitos naturais ao autor.

Ou seja, reconheceu-se que ao autor competiriam determinados direitos prévios à concessão dos direitos de reprodução, mas que estes não seriam derivados de um direito natural seu, mas sim de uma racionalização lógica de direitos prévios necessários de serem reconhecidos para a própria efetivação do modelo positivista de *copyright*; não muito diferente da necessidade de reconhecimento de uma lei maior, anterior e implícita para a construção da teoria positivista de matiz Kelseniana.³⁵

Nos Estados Unidos da América, foco da conceituação quanto ao *copyright* a ser utilizado no decorrer deste trabalho, pelo próprio fato de ter sido colônia inglesa, se verifica

³³ MACQUEEN, Hector. The War of the Booksellers: Natural Law, Equity, and Literary Property in Eighteenth-Century Scotland, *The Journal of Legal History*, 2014, 35:3, 231-257. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/267104071_The_War_of_the_Booksellers_Natural_Law_Equity_and_Literary_Property_in_Eighteenth-Century_Scotland>. Acesso em: 05 abr. 2020.

³⁴ DEAZLEY, Ronan. ‘Commentary on Millar v. Taylor (1769)’, in: *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, 2008. Disponível em: <http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary_uk_1769>. Acesso em: 27 fev. 2020. Quanto a esse caso vale destacar o seguinte trecho exarado pela Câmara dos Lordes: “*Because it is just, that an Author should reap the pecuniary Profits of his own Ingenuity and Labour. It is just, that Another should not use his Name, without his consent. It is fit, that He should judge when to publish, or whether he will ever publish. It is fit he should not only choose the Time, but the Manner of Publication; how Many; what Volume; what Print. It is fit, that he should choose to Whose care he will Trust the Accuracy and Correctness of the Impression; in whose Honesty he will confide it, not to foist in Additions ... I allow them sufficient to shew it is agreeable to the Principles of Right and Wrong, the Fitness of Things, Convenience, and Policy, and therefore to the Common Law to protect before Publication ... The 8th of Queen Ann is no Answer. We are considering the Common Law, upon Principles before and independent of that Act.*”. Em tradução livre: Pois que é justo que um autor deva colher as vantagens pecuniárias de sua própria inventividade e trabalho. É justo que outro não utilize seu nome sem consentimento. É adequado que ele (o criador) deva julgar quando publicar, ou se algum dia irá publicar. É adequado que ele deva não só escolher quando, mas também como deverá se dar a publicação; quantas unidades; quantos volumes; qual editora. É adequado que ele deva escolher a quem incumbirá cuidar da acuidade e correição das impressões; na honestidade de quem será confiado o trabalho para que não se impinja as adições ... Eu os permito o suficiente para mostrar que está de acordo com os Princípios do Certo e do Errado, a Adequação das Coisas, a Conveniência e a Política e, portanto, com a *Common Law* a proteger antes da Publicação ... O *8th of Queen Ann* não é resposta.

³⁵ UNITED KINGDOM. *Case Donaldson v. Beckett*. Disponível em: <<https://www.copyrighthistory.com/donaldson.html>>. Acesso em: 27 fev. 2020. Em que a Câmara dos Lordes rejeita totalmente o reconhecimento de direitos naturais aos autores, determinando que qualquer direito prévio de controle moral que possuam sobre a obra surge a partir da norma positivada.

uma forte influência desse modelo, sendo ele adotado a partir da elaboração da lei federal de 1790³⁶, baseada no *Statute of Anne*. Porém, diferente da lei inglesa, a americana já previa a proteção de uma maior gama de direitos aos autores, além da mera possibilidade de cessão de direitos de reprodução e da proteção destes.

Essa maior concessão de direitos aos autores, contudo, ainda assim não configurou o reconhecimento de direitos naturais a eles, sendo estabelecido no modelo americano de *copyright* que qualquer direito que os autores possuísem seria mero derivado da norma positivada pelo congresso, sendo este o entendimento que sempre fora propagado pela suprema corte americana.³⁷

Em resumo, percebe-se que o não reconhecimento de direitos naturais aos autores, mas apenas do reconhecimento de espécies de direitos morais prévios, como consectários lógicos necessários da própria norma positiva, gera, como uma das principais variações entre o *Copyright* e o *Droit D'Auteur*, o fato de que neste se reconhece direitos morais inalienáveis e perpétuos aos autores – derivado de seu direito natural – enquanto naquele existem apenas direitos morais prévios de origem não natural – mas em razão da norma positiva – sendo tais direitos morais esgotados quando da efetivação da primeira transferência do direito de reprodução; momento no qual tais direitos prévios genéricos passam a desaparecer e dar lugar apenas àqueles previstos na legislação de proteção de cópias.

Em função dessa origem histórica, e do próprio pensamento jurídico que norteia o modelo de *copyright*, algumas outras características podem ser observadas. Por exemplo, quanto ao reconhecimento como autor, é aquele que cria a obra ou aquele que emprega, contrata alguém, para que, sob sua orientação, crie algo.

Ainda como característica particular a esse modelo, deve a obra, além de ser original como no *droit d'auteur*, existir em um meio tangível, visto que o foco da proteção é a reprodução; sendo que seria ilógico se proteger algo intangível, como uma ideia desprovida de qualquer capacidade de materialização.

Quanto ao quesito de originalidade, necessário para a sujeição de determinada obra ao âmbito de proteção pelo *copyright*, este é feito a partir de critérios objetivos; diferente do critério subjetivo do modelo francês; sendo o foco não só a criatividade, mas o trabalho e a habilidade do autor.

³⁶ UNITED STATES OF AMERICA. *Copyright Act of 1790*. Disponível em: <<https://www.copyright.gov/about/1790-copyright-act.html>>. Acesso em: 05 abr. 2020.

³⁷ Ver *Wheaton v. Peters*. UNITED STATES OF AMERICA. *United States Supreme Court case Wheaton v. Peters*, 33 U.S. (8 Pet.) 591 (1834). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/33/591/>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

Ainda nesse modelo só se reconhece direitos morais mais amplos aos autores de obras visuais (fotografia, pintura, escultura etc.), enquanto às demais criações, em caráter geral, é conferido a seus criadores apenas o direito à atribuição da qualidade de autor e à integridade da obra, sendo estes direitos morais gerais reconhecidos apenas quando a honra ou a reputação do autor se encontram em jogo, e durando apenas até o fim da vida do autor.

Quanto aos aspectos patrimoniais desse tipo de proteção temos um foco nos direitos de reprodução, representação e de distribuição. Nesse modelo temos a proteção dos direitos patrimoniais durando até 70 anos após a morte do autor com um adendo, caso a obra tenha sido encomendada, ou feita para um empregador, a proteção será de 95 anos a partir da primeira publicação ou 120 anos a partir da criação.

Por fim, nesse modelo não se reconhece nenhum tipo de concessão geral de direito de reprodução, mas apenas a atribuição de um *fair use* que estipula a liberdade de utilização e reprodução da obra, dentro de conceitos subjetivos e inerentes à natureza e objetivos da criação, delimitados à realidade fática de um caso concreto. Nesse modelo, portanto, se dá grande poder aos magistrados para decidir o que seria o *fair use* nos casos concretos levados a juízo.

1.2.3 Comparação dos dois modelos de proteção aos direitos de autor

Como visto nessa abordagem bastante sintética desses dois grandes modelos de proteção, que merecem cada qual sua própria monografia, é flagrante a diferença não só histórica, mas de conceitos que os separam.

Porém, como o mais importante para o presente trabalho é saber diferenciar ambos os modelos entre si, dedica-se esse subcapítulo apenas para explicitar tais diferenças.

a) Quanto à qualidade de autor

Para o modelo francês do *Droit D'Auteur*, autor é a pessoa física criadora da obra que é, já no momento da criação, investida a título originário das qualidades de autor.

Já para o modelo inglês/americano do *Copyright* autor é a pessoa física que cria a obra ou que orienta seu funcionário para a criação da obra, ou que a encomenda, ou comissiona, de outra pessoa. Neste modelo há muitos casos de coautoria original.

b) Quanto às condições de proteção

Para o modelo francês do *Droit D'Auteur*, a obra deve ser original e se encontrar concretizada no mundo físico, sendo desnecessário maiores formalidade pois que é direito natural do autor, sendo sua manifestação no mundo físico o suficiente para conferir-lhe proteção.

Já para o modelo inglês/americano do *Copyright*, deve ser uma obra original fixada em modo tangível, ou seja, não basta a concretização no mundo fenomênico, mas a aposição da obra em meio durável, quer dizer, não basta apresentar uma peça de teatro, mas gravá-la em um meio físico, nem que seja de forma descritiva por meio de palavras em um papel.

Nesse modelo, embora se considere a obra protegida no momento de sua aposição em modo tangível, o direito de ação visando a proteção dos direitos autorais depende de prévio depósito da obra em órgão competente.

c) Quanto ao quesito de originalidade

Para o modelo francês do *Droit D'Auteur*, originalidade é valorada por um critério subjetivo, sendo valorada a partir da própria expressão da personalidade do autor.

Já para o modelo inglês/americano do *Copyright*, a originalidade deve ser valorada a partir de critérios objetivos tais como o trabalho e a habilidade do autor para a criação de algo original.

d) Quanto aos direitos morais do autor

Para o modelo francês do *Droit D'Auteur*, compreende direitos naturais, inalienáveis e perpétuos que se subdividem em diversos direitos derivados tais como o direito de divulgação, direito de paternidade, direito ao respeito à integridade da obra e o direito de repensar, se retratar, quanto à obra (direito de alteração).

Já para o modelo inglês/americano do *Copyright*, reconhece-se apenas os direitos morais dos criadores de obras visuais, e apenas durante a vida destes criadores, se reconhecendo, de forma geral, os direitos de paternidade e de respeito à integridade da obra apenas quando a honra ou reputação do criador estiver em questão.

e) Quanto aos direitos patrimoniais sobre a obra

Para o modelo francês do *Droit D'Auteur*, se apresentam de forma sintética em direito de reprodução, direito de representação e direito de remuneração (*droit de suite*).

Já para o modelo inglês/americano do *Copyright*, se apresentam de forma analítica em direito de reprodução, direito de representação e direito de distribuição.

É de se observar que no modelo francês há um direito a perceber remuneração pela obra em razão de serem os direitos autorais vinculados à pessoa natural criadora, e em razão de se reconhecer tais direitos como naturais a ela.

Já no modelo inglês/americano, em razão do foco na comercialização, e não na criação em si, não se verifica um direito natural do criador à remuneração pelo uso da obra, mas sim a caracterização específica de um direito próprio à distribuição da obra.

f) Quanto à duração da proteção

Para o modelo francês do *Droit D'Auteur*, a proteção aos direitos morais é perpétua e transmissível aos herdeiros após a morte do criador. Já os direitos patrimoniais duram por toda a vida do criador e se estendem por mais 70 anos após sua morte.

Já para o modelo inglês/americano do *Copyright*, os poucos direitos morais que se verificam duram apenas até a morte do autor. Já os patrimoniais se dividem em dois modos, caso seja uma pessoa física que cria em seu próprio nome será durante toda a vida do autor e por mais 70 anos após sua morte, caso seja uma pessoa física, ou jurídica, com a qualidade de autor por ter contratado, encomendado ou orientado um empregado à criação da obra, a proteção será de 95 anos a partir da primeira publicação, ou 120 anos a partir da criação.

g) Quanto à possibilidade de cópias privadas

Para o modelo francês do *Droit D'Auteur*, há uma efetiva autorização genérica para a cópia de uma obra, mesmo que em sua totalidade, desde que voltada para uma utilização privada, como um *backup*.

Já para o modelo inglês/americano do *Copyright*, não existe um direito geral para a criação de cópias privadas, mas apenas um reconhecimento de direito que será feito de forma pontual, a depender do caso concreto, com base no conceito subjetivo de *fair use*.

1.2.4. A híbrida Lei nº 9.609/98 e sua dicotomia *Copyright* x *Droit D'auteur*

Como dito alhures, a Lei brasileira que trata da proteção intelectual dos criadores de programas de computador é uma quimera, feita da mistura de ambos os principais modelos de proteção aos direitos de autor.

Neste item irá se buscar situar, e explicitar, em quais aspectos a lei brasileira pende ao sistema anglo-saxão e em quais se mantém fiel ao modelo francês, tradicionalmente utilizado em terras nacionais para a regulamentação da proteção intelectual no campo dos direitos autorais.

Importante, antes de se passar a análise pontual, deixar claro que a proteção dos direitos intelectuais dos criadores de programas de computador se dá com base na Lei nº 9.610/98³⁸, no que esta não conflite com a Lei nº 9.609/98³⁹ – responsável por regular especificamente a situação dos programas de computador.⁴⁰ Deve, ainda, o operador se manter

³⁸ BRASIL. *Lei nº 9.610*, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 07 out. 2019.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁴⁰ PARANAGUÁ, op. cit., p. 37.

atento que ambas as mencionadas leis também não podem conflitar com a convenção de Berna⁴¹, ou o acordo TRIPS⁴², internalizados no país pelos Decretos nº 75.699 de 1975 e nº 1.355 de 1994, respectivamente.⁴³

a) Quanto à qualidade de autor

No Brasil, a Lei que define a qualidade de autor para os criadores de programas de computador é a 9.610/98⁴⁴, em seu art. 11, *caput*, em virtude do silêncio da Lei nº 9.609/98⁴⁵ sobre a matéria.

Importante se ressaltar que o previsto no parágrafo único do referido art. 11 da Lei nº 9.610/98 não cria a possibilidade de ser a pessoa jurídica autora, mas apenas desta vir a possuir direitos típicos aos autores por derivação.

Ou seja, a pessoa jurídica pode vir a ser titular de direitos de autor sem autor ser, seja por convenção contratual entre o autor, pessoa física e uma pessoa jurídica, seja por outro motivo previsto na Lei.

Com isso, percebe-se que à pessoa jurídica pode vir a se atribuir os direitos patrimoniais sobre programas de computador. Contudo, jamais se poderá atribuir os direitos morais, pois que estes pertencem exclusivamente ao autor, pessoa física.

Logo, percebe-se que, para a atribuição de qualidades de autor, a Lei brasileira se mantém alinhada com o tradicional *Droit D'Auteur*.

b) Quanto às condições para a proteção

Embora a regra geral para as condições de proteção se encontre no art. 7º da Lei nº 9.610/98, alinhado ao modelo francês, não exigindo a aposição em meio físico como obrigatória, tal previsão é relativizada pela regra contida no art. 1º da Lei nº 9.609/98 – Lei mais específica que prevalece sobre a Lei geral – que, ao definir programa de computador, exige sua aposição em meio físico.

Portanto, quanto às condições para a proteção, é possível se enquadrar a posição brasileira mais alinhada ao sistema anglo-saxão.

c) Quanto ao quesito de originalidade

No Brasil, por inferência ao art. 1º da Lei nº 9.609/98, percebe-se que a originalidade, como requisito para a proteção dos direitos intelectuais, foca na materialidade, e utilidade, da

⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 12.

⁴² BRASIL, op. cit., nota 11.

⁴³ No sentido de não ser toda a Convenção de Berna aplicável aos programas de computador em razão de sua natureza, ver: PIMENTA, op. cit., p. 33.

⁴⁴ BRASIL, op. cit., nota 38.

⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 2.

criação. Como se pode perceber pelo trecho final do referido artigo: “para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados”.

Com isso pode se dizer que, quanto ao quesito originalidade, o modelo brasileiro, mais uma vez, alinha-se ao modelo anglo-saxão.

d) Quanto aos direitos morais do autor

Este é um dos itens em que a hibridização do sistema mais deixa confuso. Como visto, no modelo francês existem amplos direitos morais, enquanto no modelo anglo-saxão quase não existem.

Já o modelo brasileiro resolve ficar no meio do caminho. Conquanto a Lei nº 9.610/98⁴⁶ preveja em seus arts. 24 a 27 amplos direitos morais, a Lei nº 9.609/98⁴⁷, em seu art. 2º, § 1º, determina, quanto aos programas de computador, que apenas se aplicam a seus autores os direitos de reivindicar a paternidade dos programas, e de oposição a alterações não-autorizadas – mesmo assim, apenas quando estas sejam passíveis de prejudicar sua honra ou reputação.

e) Quanto aos direitos patrimoniais sobre a obra

Quanto aos direitos patrimoniais, no Brasil, verifica-se mais uma aproximação ao modelo anglo-saxão. Se apresentam de forma analítica, também focada na comercialização da obra.

Contudo, ainda se percebe a influência do modelo francês. Essa presença do *Droit D’auteur* se dá em razão de serem os direitos patrimoniais baseados em um direito natural do autor, ainda que este possa cedê-los integralmente, ao invés de focar no direito dos titulares derivados por algum tipo de cessão.

Essa influência do modelo francês pode ser sentida no ordenamento pela própria inclusão do disposto no art. 5º, XXVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB88)⁴⁸, que resguarda ao autor a exclusividade sobre os direitos patrimoniais de utilização, publicação e reprodução.

Obviamente tal dispositivo, cláusula pétrea, que visa garantir direitos aos autores, não deve ser interpretada como um limitador de direitos aos próprios autores. Ou seja, não se pode interpretar que, por prever exclusividade, não seja possível aos autores alienar tais direitos.

Um dispositivo criado para garantir direitos não pode ser interpretado de forma

⁴⁶ BRASIL, op. cit., nota 38.

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁴⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

extensiva no intuito próprio de se os limitar. Se a própria norma não impõe nenhuma limitação explícita – e tem como objetivo, em sua essência, resguardar direitos e não os restringir – não há como defender uma interpretação contra a possibilidade de cessão dos direitos em questão.

No aspecto prático, valem para os programas de computador o disposto nos arts. 28 a 45 da Lei nº 9.610/98⁴⁹, quanto aos direitos patrimoniais, e arts. 46 a 48, do mesmo diploma legal, quanto à transmissão dos direitos autorais.

A essas regras gerais, cabe apontar uma exceção trazida pelo art.º 4º da Lei nº 9.609/98⁵⁰ que, ao contrário do que determina o capítulo V da Lei nº 9.610 – que qualquer transferência de direitos deverá ser feita por escrito, pontualmente e interpretada restritivamente – prevê a presunção de cessão total de direitos aos casos de desenvolvimento de programas em razão de contrato de trabalho.

É necessária atenção especial que o contrato de trabalho mencionado é de caráter geral, bastando que seja para desenvolvimento de programas, não sendo necessário ser um contrato de empreitada que vise o desenvolvimento de um programa específico.

No entanto, essa mescla de direitos patrimoniais, onde se tenta facilitar uma cessão total pela Lei nº 9.609/98, mas sem a apresentação descritiva da Lei nº 9.610/98 é passível de gerar complicações práticas das mais variadas.

Um exemplo que pode ser apontado é o de um fenômeno costumaz em terras brasileiras, que consiste em um programador, pessoa física, criar uma pessoa jurídica – geralmente na categoria de microempreendedor (MEI), ou microempreendedor de responsabilidade limitada (MEIRELI) – para prestar serviços de desenvolvimento de programas para outra pessoa jurídica.

Nesse cenário, a não ser que na constituição do MEI, ou MEIRELI, se estabeleça um contrato de trabalho entre seu fundador e a sociedade individual, ou um contrato de cessão total de direitos autorais do fundador para a MEI, os contratos de prestação de serviços da MEI para a outra pessoa jurídica não transferirão os direitos patrimoniais, mesmo que expressamente disposto no contrato entre as pessoas jurídicas.

Ainda que a MEI, ou MEIRELI, sejam sociedades unipessoais, onde é comum ver uma confusão entre a pessoa física do criador e a sociedade, a necessidade de contrato de trabalho, ou de cessão integral de direito autorais, entre seu fundados e a sociedade unipessoal se dá em razão das disposições específicas da Lei nº 9.610/98, que determina a necessidade de contrato escrito para que se opere a cessão de direitos autorais.

⁴⁹ BRASIL, op. cit., nota 38.

⁵⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

Sendo que a liberação que se verifica, especificamente para os programas de computador, quanto à exigência de contrato escrito, prevista no art. 4º da Lei nº 9.609/98, em função da necessidade de interpretação restritiva que se aduz da Lei nº 9.610/98, apenas se aplica a contrato de trabalho, não podendo ser estendida a um ato constitutivo de sociedade unipessoal – ainda que esta sociedade seja criada com a única intenção de prestar serviço como programador.

Outro problema é que, como não há nada dispendo em contrário na Lei nº 9.609/98, é de se presumir que o disposto no art. 38 da Lei nº 9.610/98 é aplicável aos criadores de programas de computador. Este artigo – que não consiste em direito moral, portanto não afastado pela estipulação geral do art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.609/98 – determina que ao autor, e não ao titular de direitos, pertence o direito, inalienável e irrenunciável, de perceber, no mínimo, 5% sobre o aumento do preço eventual de revenda de suas obras.

Importante, para este caso, perceber que a limitação de remuneração do desenvolvedor por contrato de trabalho ao salário, previsto no § 1º do art. 4º da Lei nº 9.609/98, não afastaria o direito previsto no art. 38 da Lei nº 9.610/98, pois que tais valores não se apresentam como compensação pelo trabalho, ou serviço, prestado, mas sim como direito próprio do autor a um ágio em razão do sucesso de sua obra.

Isso, se caísse no conhecimento geral, seria um grande problema, pois garantiria, mesmo aos desenvolvedores de programas sob contrato de trabalho, um direito de fiscalizar e, possivelmente, até de poder exigir a participação financeira prevista no mencionado art. 38.

Por fim, mais uma coisa a que se tem de atentar é que a cessão dos direitos patrimoniais do autor, sobre obras futuras, quando não derivados de relação de trabalho – como o caso de transferência de uma MEI para outra pessoa jurídica – só poderão ser estipulados pelo prazo de até 5 anos, conforme o art. 51 da Lei nº 9.610/98.

Como se verá, todas essas complicações, que não se adequam à estrutura dos modernos desenvolvedores de programas de computador, poderiam ser eliminadas se houvesse a possibilidade de proteção dos programas por patentes – sendo objetivo deste trabalho mostrar exatamente os caminhos para a concretização dessa solução.

f) Quanto à duração da proteção

Como o modelo brasileiro é híbrido, o que se verifica é um direito perpétuo aos poucos direitos morais que subsistem à Lei nº 9.609/98, e, quanto aos direitos patrimoniais, de 50 anos após a publicação ou, na ausência desta, da criação do programa de computador

g) Quanto à possibilidade de cópias privadas

No que concerne à possibilidade de cópias privadas, o modelo híbrido brasileiro se

alinha ao tradicional modelo francês, como se observa a partir do art. 6º da Lei nº 79.609/98, sendo extensível ao programa de computador as liberações contidas no art. 46 da Lei nº 9.610/98, no que forem compatíveis com o invento.

1.3 Formas possíveis de se mitigar a proteção dos programas de computador dentro dos modelos de *droit d'auteur* e *copyright*

Como se pode perceber, ambos os modelos, tanto *copyright* quanto *droit d'auteur*, em suas raízes, se apresentam demasiados distantes das vicissitudes intrínsecas desse novo invento que é o programa de computador e, por isso, ambos os institutos precisaram ser aplicados de forma alterada a esses inventos, como forma de mitigar suas inadequações à regulação dessas novas criações.

Longe de se buscar apresentar todas as formas possíveis de mitigação fática dos institutos, se limita esse subitem a apresentar uma forma pertinente a cada modelo de proteção por direito autoral.

Visa, portanto, reforçar a necessidade de uma completa mudança de paradigma, diante da ineficácia geral de ambos os modelos de proteção de direito autoral em lidar, não só com a questão dos programas de computador, mas com a própria rapidez da evolução tecnológica nessa área (este último item a ser trabalhado mais adiante).

1.3.1 A aplicação do instituto das patentes (propriedade industrial), no lugar de direitos autorais, aos programas de computador intrínsecos ao funcionamento de determinados equipamentos

Este é um caso que também afeta os modelos de *copyright*, porém, por ser um dos principais casos de relativização da proteção convencional dos criadores de programas de computador, em países que seguem o modelo de *droit d'auteur*, irá se apresentá-lo como forma de mitigação típica a este modelo de origem francesa.

Como se verá, existe um requisito de patenteabilidade que afasta quase que por completo os programas de computador da área de abrangência da propriedade industrial, que é o requisito de aplicação industrial, conceitualizado legal e doutrinariamente como a alteração do estado da natureza.

A maioria dos programas de computador, por si mesmos, não geram alterações no estado da natureza. Contudo, alguns programas que são intrinsecamente ligados a maquinário, como parte integrante e indissociável de seu funcionamento, por tal acabam sendo capazes de

preencher o requisito de alteração do estado natural, pois acabam por absorver essa característica típica ao equipamento.

Dessa forma, se reconhece ao programa de computador que controla tal maquinário a qualidade de invento industrial, como se por ele mesmo fosse possível a alteração do estado natural, quando, em realidade, tal característica é mera derivada de uma simbiose necessária entre equipamento e programa.

Necessário se atentar que a simbiose de que se fala para a aplicação dessa exceção é entre equipamento e programa, e não entre programa e equipamento, visto que todo programa, para atingir sua realização enquanto tal, necessita de um equipamento. Ou seja, esse caso se aplica apenas às situações em que o equipamento é que depende essencialmente do programa para atingir as funções básicas que dele se espera.

Nesse sentido se pode verificar a posição da *Court of Customs and Patent Appeals*, dos Estados unidos da América, no caso *Diamond vs Diehr*:

When a claim containing a mathematical formula implements or applies that formula in a structure or process which, when considered as a whole, is performing a function which the patent laws were designed to protect (e. g., transforming or reducing an article to a different state or thing), then the claim satisfies the requirements of § 101. Because we do not view respondents' claims as an attempt to patent a mathematical formula, but rather to be drawn to an industrial process for the molding of rubber products, we affirm the judgment of the Court of Customs and Patent Appeals⁵¹

1.3.2 A teoria do *market failure* e o interesse público

Como visto alhures, a proteção intelectual, independentemente de sua forma, *copyright*, *droit d'auteur* ou patente, se forma como um fático monopólio temporário conferido aos criadores, visando corrigir uma falha de mercado. Ou seja, nasce de uma intervenção estatal na economia visando incentivar o desenvolvimento, tecnológico ou cultural.

Isso pode se verificar a partir das próprias análises históricas e definições dos institutos

⁵¹ Como exemplo de tal reconhecimento, ver *Diamond vs. Diehr*. In: UNITED STATES OF AMERICA, *The United States Court of Customs and patente appeals. Case 79-1112, march 03, 1981* Disponível em: <https://ocw.mit.edu/courses/sloan-school-of-management/15-628j-patents-copyrights-and-the-law-of-intellectual-property-spring-2013/readings/MIT15_628JS13_read06.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2020. Em tradução livre: Quando um pedido contendo uma fórmula matemática implementa ou aplica essa fórmula em uma estrutura ou processo no qual, considerado como um todo, performam unidos (fórmula e equipamento, ou processo) algo o qual a lei de patentes foi feita para proteger (por exemplo, transformar ou reduzir um objeto a outro estado, ou em outra coisa), então esse pedido satisfaz os requerimentos do § 101. Tal se dá pois não se vê o pedido do peticionário como uma tentativa de patentear uma fórmula matemática, mas sim para obter o registro de um processo industrial para a modelagem de produtos de borracha, esse é o julgamento que se afirma na corte de apelação de patentes.

vistos anteriormente. Em todos se verifica o reconhecimento a uma concessão de direitos de monopólio a uma criação, o que se justifica para a correção de um fenômeno mercadológico que se irá explicar.

Em uma estrutura social de livre mercado absoluto, sem a intervenção estatal a conferir tais monopólios aos criadores, o que se veria seria um desestímulo à atividade criativa. Tal se daria pois o agente econômico criador teria gastado seu tempo e recursos para a criação de algo que lhe gere vantagem econômica. Contudo, publicada, ou divulgada, tal criação, os demais agentes, caso não houvesse o monopólio conferido, poderiam se apropriar livremente da criação, auferindo as vantagens sem o gasto que o agente original teve.

Ou seja, mais lucrativo seria nada criar e apenas copiar de quem fosse altruísta para empreender tal atividade, o que obviamente desestimularia totalmente o empreendimento criativo. Logo, não aceitar essa limitação aos direitos individuais levaria ao ponto de poder significar uma real estagnação do desenvolvimento tecnológico, em função de que os gastos para o desenvolvimento não compensariam o retorno econômico.

Os pensadores com origem na *common law* denominaram essa teoria, que apresenta a falha do livre mercado em se autorregular quando a questão é a propriedade imaterial, forçando que se reconheça uma necessidade de intervenção estatal que vise garantir aos criadores de propriedades imateriais um monopólio temporário, de teoria do *Market Failure*.

Porém, por ser uma teoria oriunda de pensadores de países da *common law*, tipicamente preocupados com a liberdade dos mercados, ela acaba por apresentar um outro lado.

Se é necessária a intervenção do estado para a garantia de um objetivo de interesse social – o desenvolvimento na forma de proteção aos criadores – o que fazer quando tal proteção se apresenta exagerada, desproporcional, contrária ao desnível que ensejou que tal proteção se mostrasse necessária?

Nesse caso se verificaria um segundo nível de *Market Failure*, onde a proteção conferida para se equilibrar o mercado acaba por o desequilibrar. Seriam nesses casos que, no âmbito do *copyright*, se verificaria a necessidade de se reconhecer o *fair usage* como meio de liberar a cópia de determinadas criações.⁵²

Usualmente associado com casos em que a obra licenciada pelo autor não mais se encontra disponível no mercado, tal situação de segundo nível de *Market Failure* também se verifica quando há a exacerbação de vantagem a determinado agente econômico em virtude do monopólio conferido. Nesse sentido vale transcrever trecho da obra de Denis Borges Barbosa

⁵² BARBOSA, op. cit., p. 75

em que diz:

Outra forma de market failure, finalmente, ocorreria quando a proteção legal da propriedade intelectual levasse, por sua vez, a uma situação de monopólio imitigado, ou uma posição de poder jurídico excessivo, não correspondente à necessidade de superar a primeira modalidade de falha do mercado (a da livre cópia para todos).⁵³

Aplicando tal conceito à situação dos programas de computador, verifica-se que, sem a necessidade de alteração legislativa, magistrados seguindo o modelo de *copyright* poderiam declarar *fair usage* para os programas de computador. Pois, como visto, é óbvia a discrepância de proteção conferida em relação à natureza do invento.

Contudo, tal tipo de solução apresenta uma complicação, que seria tal consideração apenas para os casos concretos levados à juízo. O que enseja a necessidade de, ancorado na fundamentação que reconhece a possibilidade de se afastar o *copyright* em razão da realidade fática, buscar se promover uma solução que abarcasse todo o fenômeno particular aos programas de computador.

Afinal, é necessário se ater que mesmo nos países adeptos do *copyright*, sendo o maior expoente os Estados Unidos da América, se verifica que a proteção conferida aos criadores não visa a limitação de outros futuros criadores, nem a maximização de retorno financeiro aos criadores como forma de incentivo à criação, mas sim à um efetivo progresso do conhecimento geral da sociedade.⁵⁴

1.4 Conceituação Proposta

Como visto no item 1.1, o Brasil adota o modelo de *Droit D'Auteur* em razão não só das influências históricas – tal como a previsão contida no inciso XXVII do art. 5º da

⁵³ Ibid.

⁵⁴ “However, because any work inevitably builds on previous Works, some to a greater extent than others, providing too large a monopoly will actually hinder the development of new Works by limiting future creators use of earlier Works. Herein lies the fundamental tension in copyright law. Copyright law does not seek to maximize the financial returns to creators of Works or to maximize the absolute number of works created; rather, copyright law in the United States seeks to promote the progress of knowledge and learning”. OREN apud BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 76-77. Em tradução livre: Contudo, como todo trabalho inevitavelmente se constrói sobre outro trabalho pretérito, alguns em maior extensão que outros, prover um monopólio exacerbado iria, em realidade, atrapalhar o desenvolvimento de novos trabalhos por limitar futuros criadores quanto ao uso de trabalhos pretéritos. Neste problema reside a tensão fundamental à Lei de *Copyright*. A Lei de *Copyright* não busca maximizar o retorno financeiro dos criadores ou maximizar o número absoluto de trabalhos criados; pelo contrário, a Lei de *Copyright* nos Estados Unidos da América busca promover o progresso do aprendizado e do conhecimento. (não se traduz o termo *Copyright* pois a tradução técnica seria direitos autorais, o que poderia causar confusão em razão de *Copyright* não representar, como se verifica por este trabalho, na mesma coisa que direitos autorais no Brasil)

CRFB88⁵⁵, que resguarda ao autor, pessoa física, os direitos patrimoniais originais sobre as obras criativas – mas também em função de sua adesão à convenção de Berna, que possui clara orientação no sentido de adesão ao modelo francês de proteção intelectual.

Tanto o é que o Brasil não assinou o Tratado de Direitos Autorais da OMPI, que, basicamente, impõe a aplicação do modelo anglo-saxônico do *Copyright*.

Contudo, quanto aos programas de computador, por sua própria natureza, como visto, adota o Brasil – a despeito da predileção geral pelo *Droit D’Auteur* no que concerne às outras situações de aplicação dos direitos de autor, seguindo o modelo geral de Berna – um modelo híbrido mais próximo do modelo de *copyright*, influência do acordo TRIPS, mitigando-se e suprimindo direitos morais do autor, configurando, de fato, um *tertius genus* entre os modelos de *droit d’auteur* e *copyright*.⁵⁶

Vale ressaltar, embora se configure um *tertius genus* de fato, que para efeitos jurídicos a forma de proteção intelectual dos criadores de programas de computador é, em geral, o regime dos direitos autorais como previstos na convenção de Berna⁵⁷ – grande influenciadora da Lei nº 9.601/98⁵⁸, naquilo em que não conflite com as disposições da Lei nº 9.609/98⁵⁹ – esta, por sua vez, influenciada pelo acordo TRIPS⁶⁰.

Uma questão relevante é a do tempo de proteção. Segundo a Lei nº 9.609/98, em seu art. 2º, §2º, o prazo de duração dos direitos de autor aos criadores de programas de computador é de 50 anos a partir da publicação ou, na ausência desta, de sua criação.

Tamanho tempo de proteção engessa o desenvolvimento econômico e tecnológico, visto que a rápida evolução na área faz com que tais inventos, quando se encontrarem em domínio público, já estejam completamente obsoletos, sem qualquer utilidade.

Ou seja, em nada auxilia ao desenvolvimento de novas indústrias que visem a criação de programas de computador. O atual tempo de proteção apenas reflete a intenção original de determinadas empresas do setor de resguardar ao máximo suas criações.⁶¹ Contudo, mesmo a

⁵⁵ BRASIL, op. cit., nota 40.

⁵⁶ BARBOSA, op. cit., p. 20

⁵⁷ BRASIL, op. cit., nota 12.

⁵⁸ BRASIL, op. cit., nota 38.

⁵⁹ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁶⁰ BRASIL, op. cit., nota 11.

⁶¹ Nesse aspecto, válido reproduzir aqui uma nota de rodapé de um evento quase anedótico ocorrido com o célebre Denis Borges Barbosa: “episódio, em toda sua robustez anedótica, merece ser narrado aqui. Um dia antes o autor, juntamente com um ilustre servidor do Itamarati, posteriormente Ministro das Relações Exteriores, haviam participado de um seminário nacional sobre a questão, afirmando ambos que a adoção de um regime específico para o software era a solução acertada para o país. De volta a Brasília, o autor reunira-se com o Ministro da Indústria e Comércio, de quem era assessor junto ao CONIN, para aconselhar o voto, na reunião da manhã seguinte, pelo *tertius genus* - nem direito autoral, nem patente, ao que o ministro concordou. Na solene sessão da manhã de

tais empresas, proteção por tanto tempo – oriunda do *lobby* feito pelas pioneiras da área com o objetivo de obter a proteção mais longa possível de seus inventos, e menor burocracia, o que tornava o direito autoral a melhor opção – hoje se mostra exagerada.

Esse longo tempo de proteção, além de inútil, como dito, em razão da própria dinâmica de mercado de tais inventos, torna as demais desvantagens do modelo de proteção exclusiva por direito autoral – tais como a insegurança pela necessidade de comprovação de autoria anterior, em lugar de uma patente constitutiva, ou a impossibilidade de autoria natural por pessoa jurídica – pesarem mais que as vantagens do longo tempo de proteção e da redução burocrática.

Importante mencionar que a redução de custos burocráticos permitida pelo modelo de direito autoral, muito interessante nos primórdios das empresas voltadas à criação de programas de computador, agora – como tais empresas se tornaram gigantes, mais que capazes de lidar com as exigências burocráticas do sistema de patentes – já não é mais tão valiosa quanto poder obter a segurança do sistema de patentes.

O sistema de patentes, além de prover segurança jurídica – o que reduziria os custos judiciais com a proteção dos inventos pelas empresas do setor – também garantiria maior segurança às pessoas jurídicas criadoras em países de tradição legal francesa – onde a pessoa jurídica não pode ser autora, mas pode ser detentora originária de uma patente, com todos os direitos – além de que auxiliaria o desenvolvimento tecnológico, em razão do menor tempo de proteção.

Por sinal, a possibilidade de obter uma patente originária à pessoa jurídica, ao invés de direitos originais de autor à uma pessoa física, hoje se mostra muito mais lógico, em função de ser o processo criativo, para o desenvolvimento de programas de computador, muito mais comum de ocorrer entre a organização de trabalho de diversas pessoas do que por um indivíduo singular.

Ademais, após as análises históricas dos modelos de proteção autoral, dissecados nos itens anteriores, se verifica que atribuir a proteção aos programas de computador como direito autoral, pelo matiz francês, e negar, ou reduzir drasticamente, os direitos morais é um completo contrassenso.

Negar a essência do que diferencia o modelo francês de *Droit D’Auteur* do modelo de

26 de agosto, doze Ministros de Estado presentes, surge um ajudante de ordens do Presidente da República, com documento sigiloso, que repassa, sem entregar, a cada um dos titulares, no instante exato da votação. Ao iniciarse a tomada de votos, o Ministro da Indústria e Comércio, para a surpresa absoluta do autor e dos representantes da empresa privada nacional, pronunciou-se pela adoção do direito autoral - o que resultou na Lei 7.646/87.”. In: BARBOSA, op. cit.

Copyright é convidar o caos jurídico que resulta nos diversos problemas já expostos.

Defender a adequação do modelo de *Copyright*, como passível de singularmente resolver o problema, também se mostra inadequado. O modelo de *Copyright* não apenas não satisfaz a necessidade de segurança jurídica que os modernos criadores de programas necessitam – a segurança jurídica é muito inferior à conferida por uma patente – como, dada à necessidade de internacionalização da matéria, acaba por gerar a possibilidade de grandes confusões quando mesclada em países de tradição jurídica de *Droit D'auteur*.

Confusão esta que se verifica, principalmente, como visto, por nesses países não se costumar admitir a pessoa jurídica como passível de ser autora originária de criação sujeita ao regime de direitos autorais.

Ainda que se afastasse esse problema – aceitando a hipótese pouco provável de que o mundo inteiro desse as mãos e aceitasse alterar sua história para admitir o modelo de *copyright* como modelo principal – ainda persistiria o problema de segurança do invento contra questionamentos de autoria baseado no tempo.

Como visto, no modelo de *copyright* a autoria, assim como no modelo francês, é de quem for capaz de provar que criou primeiro. Nesse sentido, a possibilidade de registro da propriedade autoral serve, simplesmente, para se garantir os requisitos de originalidade como pressupostos da ação. Servindo para a prova de autoria anterior com o mesmo peso que outras provas documentais.

Portanto, ao se adotar exclusivamente, no mundo inteiro, o modelo anglo-saxão, ainda assim os modernos criadores – como dito, em sua maioria, corporações – continuariam tendo de enfrentar disputas quanto a autoria. Isto pois uma variedade de indivíduos continuaria podendo pleitear autoria anterior, ou arguir que o programa criado se trata de derivação e que, portanto, dependeria de autorização do criador original.

Porém, nada disso ocorreria caso se adotasse o paradigma teleológico para classificar o invento como propriedade industrial, passível de proteção por patente, onde é possível a autoria originária por pessoa jurídica.

Vale ressaltar que, como a definição e adequação destes inventos à um modelo próprio e internacional – aqui se fala de um regramento próprio e adequado ao invento, e não da quimera legislativa em vigor no Brasil – está fora de questão, visto que este dependeria de uma atenta e cuidadosa elaboração legislativa, em nível internacional, que não houve, não há, nem dá sinais de que haverá.

Logo, tudo que resta àqueles que desejam ver os criadores de programas de computador protegidos, é buscar demonstrar o melhor enquadramento de determinados

programas como propriedade industrial, por meio de um novo paradigma – que se propõe teleológico – afastando totalmente a ideia de direito autoral – aplicado pelo paradigma estrutural – como a única forma de proteção a esses inventores.

2. PROGRAMA DE COMPUTADOR COMO PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Primeiramente, quando se fala em propriedade industrial, se fala em invento. Quando se fala em direito autoral, se fala em obra. Neste trabalho, como deve ter sido possível perceber, em vários momentos os programas de computador foram referidos como inventos.

Segundo o atual paradigma, utilizar invento para programas de computador seria incorreto. Contudo, como é objetivo deste trabalho provar que, muitas vezes, os programas de computador mais se assemelham a inventos, e assim deveriam ser regulados, optou-se por se utilizar este termo por diversas vezes antes de se apresentar essa informação.

Essa escolha, de utilizar nomenclatura incorreta ao paradigma atual, foi feita para mostrar ao leitor como a própria utilização do termo invento, desde o início, não deve ter lhe causado estranheza, o que já diz muito sobre qual deva ser a melhor classificação geral para a criação da mente humana com a qual este trabalho se ocupa.

Neste capítulo, após uma breve exposição da evolução histórica da propriedade industrial, seguido de uma explanação sobre seus princípios e uma descrição dos requisitos para a proteção por tal modelo, se passará a fazer uma comparação entre este modelo e os modelos de proteção por direito de autor, finalizando com uma exposição das principais críticas à adoção desse modelo pelos programas de computador.

Portanto, é neste momento que se buscará mostrar, que a adoção do modelo de propriedade industrial, embora apresente tempo menor de proteção que os direitos autorais – algo imposto no próprio interesse social ao desenvolvimento tecnológico das sociedades – apresenta contrapartes vantajosas.

Destas vantagens vale já elencar duas: uma maior segurança quanto à propriedade; e maior adequação às vicissitudes das criações, pois muitas delas necessitam ser empreendidas por esforços coletivos – o que leva a um reconhecimento da propriedade originária dos inventos por pessoas jurídicas nos mais diversos países, independente do modelo histórico que adotaram para a proteção dos direitos autorais.

2.1 Aspectos históricos da propriedade industrial

Embora o conceito de propriedade industrial tenha surgido após os de direito do autor, tanto em relação ao modelo *droit d'auteur* quanto ao modelo de *copyright* (1791 e 1709 respectivamente), para quem analisa apenas os grandes marcos legais internacionais pode parecer o contrário.

O primeiro grande tratado relativo a direitos autorais, como visto, é a convenção de Berna de 1886⁶². Já o primeiro grande tratado relativo à propriedade industrial é a Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, e data de 1883, internalizado no Brasil por meio do Decreto nº 9.233 de 28 de junho de 1884⁶³.

Isso se dá, pois, a despeito da relevância dos direitos econômicos derivados das obras artísticas e literárias, os inventos tecnológicos representaram um impacto social muito mais assustador, que levou as nações a buscarem um acordo para regular seu tratamento em nível internacional com maior presteza do que se apenas houvesse a pressão econômica relativa às publicações de obras literárias.

Esse período do final do século XIX é impactado pela revolução industrial, onde Inglaterra se estabelece como superpotência, assim como a França – após os grandes tumultos da revolução francesa, impulsionada exatamente pela ascensão burguesa industrial – e da Alemanha, que se afirmou como potência industrial após sua unificação em 1871.

É nesse mundo de revolução industrial, e tecnológica, que se apresenta a motivação dos estados de regular em nível internacional a propriedade industrial. De um lado economias consolidadas desejando proteger sua vantagem tecnológica, e de outro economias emergentes interessadas na liberdade de acessar e implementar os avanços que, então, garantiam a supremacia das economias industrialmente mais avançadas.

No Brasil, o atual panorama quanto à propriedade industrial é regulado pela Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996⁶⁴, que continua a seguir as determinações acordadas na Convenção da União de Paris, de 1883⁶⁵, com as alterações introduzidas pela revisão de Haia, de 1925, internalizada pelo Decreto nº 19.056 de 31 de dezembro de 1929, e pela revisão de Estocolmo, de 1967, internalizada no Brasil pelo Decreto nº 75.572 de 8 de abril de 1975.

⁶² BRASIL, op. cit., nota 12.

⁶³ BRASIL. *Decreto 9.233* de 28 de junho de 1884. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-9233-28-junho-1884-543834-publicacaooriginal-54426-pe.html>>. Acesso em: 06 jun. 2020.

⁶⁴ BRASIL. *Lei 9.279* de 14 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.279%2C%20DE%2014,obriga%C3%A7%C3%B5es%20relativo%20%C3%A0%20propriedade%20industrial.&text=Art.&text=6%C2%BA%20Ao%20autor%20de%20inven%C3%A7%C3%A3o,nas%20condi%C3%A7%C3%B5es%20estabelecidas%20nesta%20Lei.>. Acesso em: 05 jun. 2020.

⁶⁵ BRASIL, op. cit., nota 63.

2.2 Princípios da propriedade industrial e aparente subsidiariedade ao modelo de direitos autorais

O modelo de propriedade industrial, embora totalmente diferente do modelo de direitos autorais – ambos fazem parte em igualdade de importância da área chamada de propriedade intelectual – de fato se apresenta como se fosse um subsidiário ao modelo de proteção dos direitos autorais.

A maior parte das criações da mente humana se enquadraram no regime de proteção por direito autoral, com requisitos muito mais genéricos e brandos. Da grande gama de criações da mente humana poucas se adequam aos requisitos para proteção como propriedade industrial.

Contudo, quase todos os inventos industriais poderiam, se não houvesse um ordenamento próprio a eles, se enquadrar no regime de direito autoral. Daí a aparente subsidiariedade do modelo de propriedade industrial.

2.2.1 Princípio do tratamento nacional

Pelo princípio do tratamento nacional se entende que aos estrangeiros pertencentes a países signatários, no que concerne à proteção de seus inventos, deve ser estendido os mesmos direitos, e deveres, que os dispensados aos nacionais de cada país.

2.2.2 Princípio da prioridade

O princípio da prioridade determina que um indivíduo, após depositar – a forma de se requerer a proteção da patente de invenção – poderá, dentro do prazo de um ano, obter a prioridade de seu depósito em outro país signatário, independente de outra pessoa já ter pedido neste, desde que a data de seu depósito no país originário, onde se requereu a primeira patente, seja anterior à data de depósito da pessoa que fez pedido no país em que se quer obtê-la.

2.2.3 Princípio da independência das patentes

O princípio da independência das patentes determina que a validade, e vigência, da patente em cada país é independente das demais. Isso quer dizer que, caso a patente em um país seja declarada nula ou caduca, tal não deverá influir nas patentes sobre o mesmo invento nos demais países, quer tenham aderido à União, ou não.

2.2.4 Princípio à repressão ao abuso do direito de patente

Já o princípio à repressão ao abuso do direito de patente tem particular utilidade aos países em desenvolvimento, pois prevê a possibilidade de os países preverem termos de caducidade para as patentes, visando coibir abuso dos direitos a elas referentes.

2.3 Requisitos da propriedade industrial

Dentre os requisitos, e características, do modelo de proteção de propriedade industrial, pode se observar que as patentes possuem especificidades que as diferenciam substancialmente daqueles típicos ao modelo de direito autoral.

O principal ponto de diferença são os requisitos de patenteabilidade, que se referem à necessidade de que o invento possua novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Nesse subcapítulo irá se explicitar no que consistem esses requisitos e sobre a possibilidade de adequação dos programas de computador a eles.

2.3.1 Do requisito da novidade

Quanto à novidade, esta, diferente do quesito originalidade relativo aos direitos autorais, não exige que algo seja efetivamente único em sua originalidade, mas apenas novo, ou seja, que não se encontre ainda em domínio público⁶⁶ – como exemplo de situação de domínio público pode se citar os modelos de utilidade que já se encontram no estado da técnica de domínio comum, que, portanto, não são patenteáveis.

Este requisito apresenta uma implicação interessante aos programas de computador. É difícil que tais programas, por sua natureza – seja pelo paradigma estruturalista, seja pelo paradigma funcionalista – constituam algo definitivamente original. Porém não é tão difícil provar que determinado programa se trata de algo novo, ainda não no estado da técnica de domínio comum. O que configura mais uma vantagem para o modelo de propriedade industrial aplicado aos programas de computador.

Ressalte-se, portanto, que se um programa determinado é passível de classificação como original, logo preenche o requisito de novidade. Sendo assim, esse requisito não apresenta

⁶⁶ No sentido de que originalidade e novidade são coisas totalmente diferentes ver PIMENTA, op. cit., p. 13.

empecilhos à utilização do modelo de propriedade industrial a esses inventos.

2.3.2 Do requisito da atividade inventiva

Quanto à atividade inventiva, esta exige que a criação tenha derivado de uma efetiva aplicação da mente humana para a criação, invenção. Ou seja, a mera descoberta de algo natural, ainda que de difícil percepção, ao que poderia ser definido como homem médio, não é passível de patenteabilidade.

Um programa de computador, pela sua própria definição legal, demonstra não ser algo natural. Muito pelo contrário. É um engenho humano criado para comandar outros equipamentos. Logo, se a atividade inventiva é óbvia nos equipamentos a serem controlados, tão mais o é ao mecanismo – voltando à colocação de que o programa de computador pode ser mera engrenagem – que comanda tais equipamentos.

2.3.3 Do requisito de aplicação industrial

Por fim, aplicação industrial. Segundo esse requisito de patenteabilidade para que um invento possua tal característica é necessário, em teoria, que o invento implique em alteração do estado da natureza.

Aqui é onde surge o principal problema. É cedo se definir alteração do estado da natureza apenas aos equipamentos que geram alterações diretas no estado natural das coisas, no plano físico da realidade.

Contudo, como se viu no item 1.3.1, pode se considerar como invento possuidor de aplicação industrial um programa que, embora por si só não resulte em alteração do estado natural das coisas no plano físico, pela sua valoração como parte integrante de um equipamento maior – este sim possuindo a característica de promover a alteração do estado natural – é possível reconhecer ao programa integrante o requisito de aplicação industrial por derivação.

No entanto, esta não é a única exceção à interpretação draconiana quanto a alteração do estado natural. Existem outros precedentes no direito comparado de relativização deste requisito, como o caso do *State Street Bank & Trust Co. vs. Signature Financial Group Inc.* cujo trecho da decisão merece transcrição:

Today, we hold that the transformation of data, representing discrete dollar amounts, by a machine through a series of mathematical calculations into a final share price, constitutes a practical application of a mathematical algorithm, formula, or

calculation, because it produces “a useful, concrete and tangible result”-a final share price momentarily fixed for recording and reporting purposes and even accepted and relied upon by regulatory authorities and in subsequent trades.⁶⁷

Neste exemplo se considerou que um programa de computador para fins bancários, por gerar alteração nas somas de dinheiro das pessoas, e pelo dinheiro ser utilizado para realizações no mundo físico, deveria, por derivação, se reputar como detentor do requisito de alteração do estado natural. Consequentemente, detentor de aplicação industrial passível de proteção por patente.

Ou seja, foi aberto um relevante precedente. Se tal alteração por derivação é possível, o que falar de um sistema operacional de computador pessoal, que de forma muito mais direta permite que outros programas controlem periféricos que geram alteração no mundo físico – como exemplo, uma impressora. Ou mesmo o que dizer do software da impressora? Muito mais próximo de gerar alterações no mundo físico do que o precedente citado.

E um aplicativo de encontros, ou social, pelos quais pessoas marcam de se encontrar? Nesses é bem óbvio os efeitos no mundo físico, mais até que o bancário, pois não necessitam de um elemento fictício – o dinheiro – para gerar efeitos naturais.

Ou um *software* que permite a leitura de textos em uma tela, nesse o efeito natural é substituir um elemento físico, o livro, logo, pela ausência de um objeto concreto, também se pode reconhecer uma alteração no mundo físico – o advogado que não mais precisa carregar vários códigos em papel irá garantir a existência dessa alteração no mundo concreto.

Em resumo, esse precedente abre portas para que tantos outros programas de computador, que possuam uma funcionalidade além da mera contemplação ou entretenimento, tenham reconhecida sua aplicação industrial.

Portanto, como se pode perceber, no moderno estado das coisas e das tecnologias na era da informação, é necessária a flexibilização do conceito de alteração do estado da natureza para que se permita a adequação de determinadas criações ao modelo de patentes, mais apto a proteger o que, de fato, é um invento.

Importante se salientar que, no Brasil, embora se possa registrar os programas de computador junto ao INPI, instituto tipicamente relacionado à concessão de patentes, não

⁶⁷ UNITED STATES OF AMERICA. *United States Court of Appeals, Federal Circuit. Case 96-1327, July 23, 1998*. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-federal-circuit/1152542.html>>. Acesso: 12 mai. 2020. Em tradução livre: Hoje em dia temos que a transformação de dados, que representam discretos volumes de dólares, por uma máquina, através em uma série de cálculos matemáticos, para se obter o preço final de ações, constitui a aplicação prática de um algoritmo matemático, fórmula ou cálculo, pois produz um “resultado tangível, concreto e útil” – Ou seja, os dados se tornam um preço final da ação (algo tangível), momentaneamente fixado para fins de registro ou divulgação, passível de aceitação, até de forma confiável, por órgãos regulatórios e para o comércio subsequente.

necessariamente se obterá uma patente propriamente dita, mas apenas um registro como meio de prova pública do direito autoral associado ao programa de computador.⁶⁸

Essa prova pública não garante a autoria por não ser constitutiva, como a patente. Também não se presta a provar de forma irrecorrível a anterioridade da criação. Apenas serve para se fazer prova de data da criação – sem garantia de que alguém prove por outro meio autoria anterior – e de preenchimento dos demais requisitos básicos para o reconhecimento de autoria. Tanto que, inclusive, é desnecessária essa formalidade para a atribuição dos direitos autorais ao criador do programa de computador.

2.3.4 A aparente exclusão de patenteabilidade dos programas de computador contida no art. 10 da Lei nº 9.279/96

As previsões contidas no art. 10 da Lei nº 9.279/96⁶⁹, embora não sejam um requisito em si, apresentam casos de exclusão da conceituação como invenção ou modelo de utilidade. Infelizmente, nesse artigo, em seu inciso V, há a previsão explícita de exclusão para programas de computador.

Contudo, essa determinação, embora aparente finalizar as esperanças de uma evolução do paradigma regulatório relativo aos programas de computador, se devidamente interpretada, deixa de ser um obstáculo intransponível para se tornar um argumento a favor das novas posições aqui defendidas.

No citado artigo se lê:

Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade:

I - descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos;

II - concepções puramente abstratas;

III - esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização;

IV - as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética;

V - programas de computador em si;

VI - apresentação de informações;

VII - regras de jogo;

VIII - técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e

IX - o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

⁶⁸ Comentário pertinente se encontra em PIMENTEL, op. cit., p. 35, sobre a possibilidade de registro junto à Biblioteca Nacional.

⁶⁹ BRASIL, op. cit., nota 64.

Como se pode perceber, na limitação aos programas de computador há um complemento que não se verifica nas outras limitações. Diz-se “programas de computador em si”.

Como visto logo no primeiro capítulo deste trabalho, programa de computador, dentro de um paradigma teleológico, levaria em consideração a funcionalidade do invento. Portanto, caso esse fosse o paradigma atual, tal disposição não imporiam qualquer empecilho à utilização da proteção por propriedade industrial aos programas de computador.

Contudo, o paradigma atual é o ontológico. É o que considera o programa de computador em si um escrito. Como visto no primeiro capítulo, o programa não executável, isoladamente considerado – um programa em si, dentro desse paradigma estrutural atual – consiste apenas naqueles programas enquanto meras linhas de código, sem sua estruturação executável.

Portanto, e como limitações a direitos devem ser interpretadas de forma restritiva, deve se considerar o termo “programas de computador em si” apenas as linhas de código sem estruturação executável. Ou seja, a aparente limitação do inciso visa a impossibilitar a patente tão somente daqueles programas que não visam sua execução por um equipamento específico.

Afinal, é um programa em si, e não um programa em linhas gerais – pois neste caso não seria necessário usar a expressão “em si” – sendo estes os programas enquanto em sua relação funcional com os equipamentos a que são destinados, enquanto aqueles são o esqueleto, a mera estrutura literária por de traz.

2.4 Diferenças entre os modelos de direito autoral e a propriedade industrial

Para explicitar as diferenças voltar-se-á à exposição analítica utilizada para diferenciar *copyright* de *droit d’auteur*, porém, agora, fazendo contraponto com o modelo de patentes da propriedade industrial.

Neste item se limitará a apresentar a comparação objetiva entre os modelos de proteção, visando apresentar da forma mais sintética possível as vantagens da aplicação do modelo de propriedade industrial aos programas de computador. Neste item não irá se debruçar demasiado sobre a incoerência lógica de se atribuir tais inventos, de forma geral, ao regime de direito autoral, tanto por se crer que tal já se mostra óbvio, quanto por já existirem excelentes obras sobre o tema.⁷⁰

⁷⁰ Para a demonstração da incongruência lógica, ver PARANAGUÁ, op. cit.

a) Quanto à qualidade de autor/inventor

Como visto, para o modelo francês do *Droit D'Auteur*, autor é a pessoa física criadora da obra que é, já no momento da criação, investida a título originário das qualidades de autor. No modelo anglo-saxão do *Copyright*, como já visto, autor é a pessoa física que cria a obra ou que orienta seu funcionário para a criação da obra, ou que a encomenda, ou comissiona, de outra pessoa, havendo muitas previsões de coautoria original.

Já para o modelo de patentes o autor da invenção poderá ser a pessoa física inventora ou jurídica. Sendo jurídica esta autoria originária poderá se dar por contrato de trabalho, não diferindo do previsto na Lei nº 9.609/98⁷¹ referente aos direitos autorais dos criadores de programas, ou – e aqui vem a grande diferença – ou por contrato de prestação de serviços com trabalhador autônomo, contrato de estágio ou mesmo contrato entre empresas.

Como se pode perceber os problemas mencionados no item “e”, do subcapítulo 1.4.2, seriam eliminados caso se adotasse o modelo de patentes pela simples previsão contida no art. 92 da Lei nº 9.279/96⁷². Este artigo, quando comparado com as disposições relativas à autoria no modelo de direito autoral, se mostra muito mais abrangente em relação aos casos de autoria por pessoa jurídica.

Ademais, no caso da propriedade intelectual, não há uma construção histórica, legal e doutrinária que limite a autoria a pessoas físicas. Isso se dá pois, como já exposto anteriormente, a propriedade industrial, historicamente, já leva em consideração a necessidade de maior organização de pessoas para o desenvolvimento de novas obras tecnológicas.

Logo, já na primeira comparação entre propriedade industrial e direito autoral, como modelos passíveis de regular os programas de computador, já se verifica uma clara vantagem do primeiro.

b) Quanto às condições de proteção

Para o modelo francês do *Droit D'Auteur*, a obra deve ser original e se encontrar concretizada no mundo físico, sendo desnecessário maiores formalidade, pois que é direito natural do autor, sendo sua manifestação no mundo físico o suficiente para conferir-lhe proteção.

No modelo inglês/americano do *Copyright*, como visto, deve ser uma obra original fixada em modo tangível, ou seja, não basta a concretização no mundo fenomênico, mas a aposição da obra em meio durável, quer dizer, não basta apresentar uma peça de teatro, mas gravá-la em um meio físico, nem que seja de forma descritiva por meio de palavras em um

⁷¹ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁷² BRASIL, op. cit., nota 64.

papel.

Já para o modelo de patentes as condições de proteção são muito mais específicas. Não basta originalidade e manifestação no mundo físico, ou em modo tangível, mas sim que possua os requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Contudo, como já visto no subitem 2.3, os requisitos de novidade e atividade inventiva não apresentam maiores complicações aos inventos em questão – pelo menos não mais que já teriam dentro do modelo atual.

Quanto ao requisito de aplicação industrial, até então o maior empecilho à adoção do modelo de propriedade industrial para os programas de computador, já existem relevantes precedentes a serem trabalhados de forma a afastar a visão hermética, até então dominante, em prol de uma visão mais afeita aos resultados finalísticos do invento, tal como explicitado no subitem 2.3.3.

c) Quanto ao quesito de originalidade/novidade

Apenas a fim de manter a coerência com o quadro apresentado anteriormente, mantém-se aqui esse item.

Contudo, se remete o leitor ao item 2.3.1 onde a diferença entre a originalidade, dos modelos de direito do autor, em relação ao conceito de novidade, do modelo de patentes, é explicada em maiores detalhes. Apenas se deixa aqui consignado que o conceito de novidade é mais abrangente que o de originalidade.

Portanto, se já era necessário possuir originalidade, tão mais possuirá novidade, não representando uma limitação nos casos de possibilidade de proteção, mas sim os expandindo.

d) Quanto aos direitos morais do autor

Para o modelo francês do *Droit D'Auteur*, compreende direitos naturais, inalienáveis e perpétuos que se subdividem em diversos direitos derivados tais como o direito de divulgação, direito de paternidade, direito ao respeito à integridade da obra e o direito de repensar, se retratar, quanto à obra (direito de alteração).

Já para o modelo inglês/americano do *Copyright*, reconhece-se apenas os direitos morais dos criadores de obras visuais, e apenas durante a vida destes criadores, se reconhecendo, de forma geral, os direitos de paternidade e de respeito à integridade da obra apenas quando a honra ou reputação do criador estiver em questão.

No plano internacional os direitos morais conferidos ao inventor pelo modelo de patente se limitam ao direito de paternidade, como se aduz do art.º 4 da Convenção de Paris.⁷³

⁷³ BRASIL, op. cit., nota 63.

e) Quanto aos direitos patrimoniais sobre a obra

Para o modelo francês do *Droit D'Auteur*, se apresentam de forma sintética em direito de reprodução, direito de representação e direito de remuneração (*droit de suite*).

Já para o modelo inglês/americano do *Copyright*, se apresentam de forma analítica em direito de reprodução, direito de representação e direito de distribuição.

Observe que no modelo francês há um direito a perceber remuneração pela obra em razão de serem os direitos autorais vinculados à pessoa natural criadora, e em razão de se reconhecer tais direitos como naturais a ela.

Já no modelo inglês/americano, em razão do foco na divulgação e não na criação em si não vemos um direito natural do criador à remuneração pelo uso da obra, mas vemos a caracterização específica de um direito próprio à distribuição da obra.

Na modalidade de patente os direitos patrimoniais são mais abrangentes, ao detentor da patente é garantida a exclusividade para produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar, não podendo terceiro fazer qualquer um destes sem o consentimento do detentor da patente.

No art. 42 da Lei nº 9.279/96⁷⁴ se percebe que os direitos patrimoniais sobre as patentes são muito mais abrangentes pois, além de proteger o invento como um todo, também protege os processos e produtos obtidos diretamente por processo patentado.

Ou seja, se um programa complexo dotado de inteligência artificial cria, por si só, um programa novo, também estará este programa protegido pela patente. O mesmo não ocorreria no caso de proteção por direito autoral, em virtude da ausência de previsão legal e na necessidade de atividade criativa originária de pessoa humana com requisito de proteção.

f) Quanto à duração da proteção

Para o modelo francês do *Droit D'Auteur*, a proteção aos direitos morais é perpétua e transmissível aos herdeiros após a morte do criador. Já os direitos patrimoniais duram por toda a vida do criador e se estendem por mais 70 anos após sua morte.

Já para o modelo inglês/americano do *Copyright*, os direitos morais que se verificam duram apenas até a morte do autor. Já os patrimoniais se dividem em dois modos, caso seja uma pessoa física que cria em seu próprio nome será durante toda a vida do autor e por mais 70 anos após sua morte, caso seja uma pessoa física ou jurídica com a qualidade de autor por ter contratado, encomendado um orientado um empregado à criação da obra, a proteção será de 95 a partir da primeira publicação ou 120 anos a partir da criação.

É de se ressaltar que no modelo híbrido brasileiro a duração de proteção é de 50 anos

⁷⁴ BRASIL, op. cit., nota 64.

a contar da publicação ou, na ausência desta, da criação da obra a ser protegida, conforme § 2º, do art. 2º, da Lei nº 9.609/98⁷⁵.

No caso do modelo de patentes, conforme art. 40 da Lei nº 9.279/96⁷⁶, são de 20 anos de proteção para as patentes de invenção e 15 anos para os modelos de utilidade, contados do depósito do pedido de patente ou do modelo, respeitado que o prazo de vigência da patente não seja inferior a 10 anos para a patente de invenção, e 7 anos para o modelo de utilidade, contados da concessão da patente ou do modelo.

Tempo este muito mais razoável para que os criadores possam tirar pleno proveito da invenção sem, contudo, travar o desenvolvimento tecnológico pela não liberação de programas obsoletos. Ou seja, uma proteção justa tanto aos criadores quanto à sociedade.

g) Quanto à possibilidade de cópias privadas

Para o modelo francês do *Droit D'Auteur*, há uma efetiva autorização genérica para a cópia de uma obra, mesmo que em sua totalidade, desde que voltada para uma utilização privada, como um *backup*.

Já para o modelo inglês/americano do *Copyright*, não existe um direito geral para a criação de cópias privadas, mas apenas um reconhecimento de direito que será feito de forma pontual, a depender do caso concreto, com base no conceito subjetivo de *fair use*.

Não há possibilidade de cópia livre de inventos sujeitos ao modelo de patente.

2.5 Críticas à aplicação do modelo de propriedade industrial aos programas de computador

Em função de os programas de computador representarem um invento tão diferente dos que havia anteriormente, sendo possível a existência de programas das mais variadas formas e maneiras, e com as mais diversas finalidades, é natural se pensar que um enquadramento geral deles por meio do modelo de propriedade industrial também seja passível das mais diversas críticas, sendo as principais, em nível teórico, as que seguem:

2.5.1 A crítica relativa à literalidade dos dispositivos

A primeira, e mais óbvia, é a relativa à letra da Lei. Em terras brasileiras o regime de propriedade intelectual afeito aos programas de computador é a Lei nº 9.609/98 que, em seu

⁷⁵ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁷⁶ BRASIL, op. cit., nota 64.

artigo 2º, diz: “O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.”.⁷⁷

Tal previsão se origina do próprio acordo TRIPS, do qual o Brasil é signatário, que diz, em seu artigo 10: “*Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971)*”⁷⁸. Obviamente, como se pode ler, este remete à convenção de Berna, cujo nome completo é *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*.⁷⁹

Ou seja, diante de tão esmagadora literalidade de tantos dispositivos legais, pátrios e internacionais, não deveria haver dúvida quanto ao regime de proteção aos programas de computador. Obviamente se trata de direito autoral, discussão encerrada, é isso, não é necessário continuar com elucubrações teóricas.

Porém, somente a um neófito no estudo do Direito, ou mesmo da História, poderia aceitar tal visão de um instituto humano como incontestável, perfeito, obra acabada para todo o sempre, independente da evolução humana ou dos próprios elementos que regula.

Como o leitor deste trabalho não pode ser considerado um neófito, seja por seu próprio conhecimento pretérito, como pelo próprio aprendizado gerado, até então, por esta obra, já deve ter percebido a incongruência dessa crítica diante dos fatos.

Ora, se é necessário se adotar uma postura positivista – estruturalista – por meio de mera interpretação da literalidade do dispositivo, de que programas de computador devem ser protegidos por meio de direito autoral, como lidar com a própria incongruência da Lei quando trata da matéria?

Como visto, no direito autoral Brasileiro, de forma geral mais afeito ao *Droit D’auteur*, os direitos morais do autor incluem o direito de divulgação, direito de paternidade, direito ao respeito à integridade da obra e o direito de repensar, se retratar, quanto à obra (direito de alteração).

Ainda que se considerasse o modelo de *copyright* como inspirador da concessão de proteção autoral aos programas de computador, ainda assim teríamos o direito de reprodução, direito de representação e direito de distribuição como direitos morais.

Contudo, no Brasil, em razão do art.º 2º, § 1º, da Lei nº 9.609/98:

⁷⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁷⁸ BRASIL, op. cit., nota 11. Em tradução livre: programas de computador, seja em código fonte ou objeto, deverão ser protegidos como obras literárias sob a Convenção de Berna (1971).

⁷⁹ BRASIL, op. cit., nota 12. Em tradução livre: Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas.

Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação.⁸⁰

Ou seja, um dos elementos fundamentais do direito de autor, em contraponto ao modelo de patentes, é mitigado logo de cara, visto que os direitos morais conferidos aos criadores de programas de computador mais se assemelham aos conferidos ao regime de proteção da propriedade industrial; ao contrário dos mais abrangente conferidos ao regime de direito autoral, independente se modelo de *copyright* ou *droit d'auteur*.

Logo em seguida, no § 2º, fixa o prazo de duração da proteção a 50 anos contados a partir do dia 1º de janeiro do ano subsequente ao da publicação, ou, na falta deste, da criação. O que também difere das normas típicas de direito do autor que conferem 70 anos contados do dia 1º de janeiro do ano subsequente à morte do autor.

Contudo, ainda que tais normas também se distanciem do modelo de *copyright* puro, é evidente que mais se assemelham a ele do que ao modelo clássico de *Droit D'auteur* aplicado no Brasil, não sendo isso mera coincidência.

A atual regulação do tema no Brasil tem origem no acordo TRIPS⁸¹ que, por pressão dos conglomerados tecnológicos dos países desenvolvidos, eminentemente dos Estados Unidos da América, pressionou os países em desenvolvimento a aderirem ao modelo de *copyright*; ou algo semelhante, como o caso do Brasil.

Até mesmo quem é de origem destes países desenvolvidos, naturalmente adeptos do *copyright*, acha incongruente tal tipo de proteção ser conferida aos programas de computador. Como exemplo vale ler o trabalho *Intellectual Property and Computer Software*, de Alan Story, do qual se extrai aqui interessante trecho:

Beginning in the early 1980's, a number of governments in the developed world decided, after extensive lobbying by some (though not all) sections of the software industry, that computer software was analogous to the traditional copyright category of an 'original literary work of authorship' and hence should be protected as a literary copyright. The essential argument was (and still is) that the thousands or even millions of lines of binary code found in a program — the series of instructions (that is, the symbols '0' and '1' found in infinite patterns in an object code) which are given to the computer hardware — can be best understood, as a matter of legal classification, as forming a literary work. Some will find this difficult to accept. The choice of copyright law as the principal 'home' for computer programs was incoherent for another reason. Traditionally, utilitarian works (that is, functional works that do something or cause

⁸⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁸¹ BRASIL, op. cit., nota 11.

another part or piece to do something) such as computer programs have been protected by either trade secret or patent law; previously, copyright law had been employed to protect expressive works, such as artistic and literary works. (Merges) Moreover, Section 102 (b) of the US Copyright Act states that copyright cannot protect “any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery.” One could certainly argue that the ‘literariness’ and function of Java script is rather different from that of a Salman Rushdie novel, yet both are protected under the same copyright regime.⁸²

Em resumo, apelar à literalidade da norma para fechar a possibilidade de classificação dos programas de computador ao que se entende por direito de autor, seja por *droit d’auteur*, seja por *copyright*, é ignorar a História e as forças motivadoras de tal definição que, aplicando um conceito absurdo de que códigos de programas, por serem escritos, deveriam possuir a mesma proteção de um Shakespeare, ignoram por completo a realidade fática do invento.

Ademais, quanto ao aparente impedimento literal à proteção dos programas de computador pelo modelo de propriedade industrial, contido no art. 10 da Lei nº 9.279/96⁸³, se remete o leitor ao subitem 2.3.4.

2.5.2 A crítica quanto à inadequação dos programas de computador ao critério de aplicação industrial

Outra crítica comum para a tentativa de enquadrar programas de computador como propriedade industrial é, como já visto, a inadequação aparente a este invento quanto ao critério da aplicação industrial, entendido como a capacidade do invento de promover alterações no estado natural das coisas.

Nesse aspecto, ainda que a jurisprudência e a doutrina tradicionais definam alterações

⁸² STORY, Alan. *Intellectual Property and Computer Software*. ICTSD – UNCTAD. Disponível em: <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ictsd2004ipd10_en.pdf>. Acesso: 17 mai. 2020. Em tradução livre: A partir do início dos anos 1980, vários governos do mundo desenvolvido decidiram, após amplo lobby de alguns setores da indústria de software (embora não todos), que o software de computador era análogo à tradicional categoria de *copyright* referente à uma 'obra literária original' e, portanto, deve ser protegido como um *copyright* típico à área literária. O argumento essencial era (e ainda é) que os milhares, ou mesmo milhões, de linhas de código binário encontrados em um programa - a série de instruções (ou seja, os símbolos '0' e '1' encontrados em padrões infinitos em um dado código) que são dadas ao hardware do computador - podem ser mais bem compreendidos, a título de classificação legal, como constituindo uma obra literária. Alguns acharão isso difícil de aceitar. A escolha da lei de *copyright* como principal 'casa' para programas de computador também é incoerente por outro motivo. Tradicionalmente, as obras utilitárias (isto é, as obras funcionais que fazem algo ou fazem com que outra parte ou peça faça algo), como programas de computador, foram protegidas por segredo comercial ou pelo modelo de patentes; anteriormente, a lei de *copyright* tinha sido empregada para proteger obras expressivas, como obras artísticas e literárias. (...) Além disso, a Seção 102 (b) da Lei de *copyright* dos EUA afirma que os direitos autorais não podem proteger “qualquer ideia, procedimento, processo, sistema, método de operação, conceito, princípio ou descoberta.” Pode-se certamente argumentar que a "literalidade" e a função do Java script são bastante diferentes das de um romance de Salman Rushdie, porém ambas são protegidas pelo mesmo regime de *copyright*.

⁸³ BRASIL, op. cit., nota 64.

no estado natural como alterações físico-químicas no estado das coisas, é mais coerente com o mundo moderno aceitar como alteração no estado da natureza a implicação do invento no mundo fático.

Adotar tal visão é engajar no mais moderno – e adequado, se diga – entendimento sobre a questão. Os Estados Unidos da América são os principais criadores de programas de computador e, não à toa, onde há o maior número de litigâncias sobre o tema.

Consequentemente, é lá que acaba por surgir a mais moderna jurisprudência sobre o tema que, em razão da própria internacionalização do instituto (nos moldes adotados por eles em função do próprio *lobby* que fizeram), deve ser observada nos demais países que buscam soluções para questões envolvendo programas de computador e os direitos intelectuais pertinentes.

Contra esses críticos da inadequação dos programas de computador ao critério de aplicação industrial, deve se remeter o leitor ao já citado caso *Diamond vs. Diehr*⁸⁴, que abre precedente que já se encontra bem difundido quanto à possibilidade de patenteabilidade de programas de computador intrínsecos à equipamentos capazes de gerar alterações no estado da natureza – aqui estado da natureza valorado em sentido estrito como alterações físico-químicas no mundo natural.

Contudo, mais relevante ao mundo moderno, observar o também já citado caso *State Street Bank & Trust Co. vs. Signature Financial Group Inc.*⁸⁵, pois que é nesse caso que se verifica a concessão da proteção pelo regime de patentes a um programa de computador que não produz alteração no estado natural em sentido estrito, mas sim amplo, onde o fato de o programa de computador implicar em resultados no mundo financeiro, passível de alterações na realidade fenomênica – ainda que não físico-químicas diretas, ou propriamente ditas – fora suficiente para satisfazer o critério de aplicação industrial.

E é nesse sentido, de possibilidade de patenteabilidade de determinados programas de computador, que vem se dirigindo a jurisprudência dos países desenvolvidos, como se observa a partir do seguinte trecho do supracitado trabalho de Alan Story:

A limited number of other countries, such as Japan, also permit the patenting of software. In Europe, standalone software patents — or programs ‘as such’ — are not permitted by statute (see e.g. Article 1 (2) (c) of the United Kingdom Patents Act, 1977), but software which is an integral or functional part of some other machinery or invention can be patented; the skillful drafting of software patent applications can often bring such patents into the requisite ‘integral’ category. For the last several years in Europe, there has been a sharp debate, chiefly pitting large multinational

⁸⁴ UNITED STATES OF AMERICA, op. cit., nota 51.

⁸⁵ UNITED STATES OF AMERICA, op. cit., nota 67.

*software companies against small and medium-sized software developers, as to whether the US and Japanese approach to software patents should also be adopted in Europe.*⁸⁶

Ainda nesse sentido quanto à possibilidade de se proteger um programa de computador por meio de patente, vale citar um precedente europeu de um país que, como o Brasil, possui regramento proibindo a concessão de patentes para programas considerados em si:

Que la disposition légale qui proscrie la brevetabilité des programmes d'ordinateurs est une disposition exceptionnelle qui doit faire l'objet d'une interprétation restrictive; que, certes, les modifications intervenues à ce sujet en 1978, précisant que seuls les programmes d'ordinateurs pris en tant que tels sont exclus, ne sont pas applicables en l'espèce, ainsi qu'il l'a été dit ci-dessus et comme le souligne à juste titre le Directeur de l'Institut National de la Propriété Industrielle dans ses dernières observations, mais que les précisions données dans ladite loi explicitent seulement la volonté du législateur sur ce point,

Considérant qu'un procédé ne peut être privé de la brevetabilité pour le seul motif qu'une ou plusieurs de ses étapes sont réalisées par un ordinateur devant être commandé par un programme ; qu'une telle solution aboutirait, en effet, à exclure du domaine de la brevetabilité la plupart des inventions importantes récentes qui nécessitent l'intervention d'un programme d'ordinateur et qu'une telle solution aboutirait à des résultats aberrants sur le plan pratique,

*Considérant dès lors que ne peut être retenue l'argumentation selon laquelle ne peut constituer une invention industrielle brevetable un programme d'ordinateur, sans qu'il y ait lieu de distinguer si celui-ci peut ou non permettre d'obtenir un résultat industriel; qu'en effet, tel n'est nullement le cas en l'espèce, les programmes d'ordinateurs n'intervenant que dans la mise en œuvre de certaines étapes du procédé revendiqué dans l'invention,*⁸⁷

⁸⁶ STORY, op. cit., nota 82. Em tradução livre: Um número limitado de outros países, como o Japão, também permite o patenteamento de *software*. Na Europa, patentes de *software* independentes - ou programas "em si" - não são permitidas por lei (ver, por exemplo, Artigo 1 (2) (c) da Lei de Patentes do Reino Unido, 1977), mas *software* que é uma parte integrante ou funcional de alguma outra máquina ou invenção pode ser patenteada; a elaboração habilidosa de pedidos de patente de *software* pode muitas vezes trazer essas patentes para a categoria "integral" (integral a um equipamento) necessária. Nos últimos anos na Europa, tem havido um intenso debate, principalmente colocando grandes empresas multinacionais de *software* contra pequenos e médios desenvolvedores de *software*, sobre se a abordagem dos EUA e do Japão para patentes de *software* também deve ser adotada na Europa.

⁸⁷ FRANCE. *Arrêt Schlumberger de la Cour d'appel de Paris*, 15 de junho de 1981. Disponível em: <<https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-paris-4eme-chambre-section-a-arret-du-15-juin-1981/>>. Acesso em: 15 mai. 2020. Em tradução livre: Que a norma jurídica que proíbe a patenteabilidade dos programas de computador é uma norma excepcional que deve ser objeto de interpretação restritiva; que, evidentemente, as modificações introduzidas nesta matéria em 1978, especificando que apenas os programas de computador considerados como tais são excluídos, não são aplicáveis no presente caso, esse sentido é mantido, como acertadamente assinalou o Diretor do Instituto Nacional de Propriedade Industrial em suas considerações finais, pois a precisão dos termos da referida lei apenas denotam a vontade do legislador neste ponto, Deve se considerar que um processo não pode ser privado de patenteabilidade pelo simples fato de uma ou mais das suas etapas serem realizadas por um computador a ser controlado por um programa; pois que tal solução resultaria de fato na exclusão da maioria das recentes invenções importantes, pois requerem a intervenção de um programa de computador, do campo de patenteabilidade. O que levaria a resultados aberrantes em termos práticos. Deve se considerar, desde logo, que não se pode observar a argumentação sobre a qual um programa de computador não pode constituir uma invenção industrial patenteável, sem que se dê lugar a distinguir se ele mesmo pode ou não permitir a obtenção de um resultado industrial, pois de fato este não é o presente caso, visto que os programas

Tal decisão da *Cour d'appel* de Paris data de 15 de junho de 1981, ou seja, um entendimento que já se encontra sedimentado há considerável tempo, é particularmente interessante, pois preleciona a necessidade de se interpretar a vedação de concessão de patentes aos programas de computador de forma restritiva, como no caso Schlumberger.

Como o citado trabalho de Alan Story é de 2004⁸⁸, vale tecer algumas considerações sobre o estado da possibilidade de patentes em solo europeu. Embora o art.º 52 da Convenção Europeia de Patentes⁸⁹ preveja uma impossibilidade geral de se patentear programas de computador, gera uma abertura em seu parágrafo segundo que permite que programas de computador que preencham os requisitos de invenção por implemento computacional sejam patenteáveis⁹⁰, tal como um programa para administrar os periféricos de um computador pessoal.

Portanto, a crítica quanto à inadequação dos programas de computador ao critério de aplicação industrial é, no paradigma moderno, despicienda de fundamentação suficiente a se afastar o imperativo da realidade fática, que necessita do reconhecimento de patenteabilidade para esses programas não só visando o benefício de determinados setores, mas de toda a sociedade.

de computador em questão não constituem o centro da questão por tão somente participarem de algumas etapas do processo reivindicado como invenção.

⁸⁸ STORY, op. cit., nota 82.

⁸⁹ *European patents shall be granted for any inventions, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are susceptible of industrial application.*

The following in particular shall not be regarded as inventions within the meaning of paragraph 1:

(a) discoveries, scientific theories and mathematical methods;

(b) aesthetic creations;

(c) schemes, rules and methods for performing mental acts, playing games or doing business, and programs for computers;

(d) presentations of information.

Paragraph 2 shall exclude the patentability of the subject-matter or activities referred to therein only to the extent to which a European patent application or European patent relates to such subject-matter or activities as such.

Em tradução livre: Patentes Européias deverão ser garantidas a qualquer invenção, em qualquer campo da tecnologia, desde que seja nova, envolva um processo inventivo e seja suscetível de aplicação industrial.

Não poderão ser reconhecidas como invenção, dentro do sentido do parágrafo 1, os seguintes:

(a) Descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos;

(b) criações estéticas;

(c) esquemas, regras e métodos para a realização de ações mentais, raciocínio de jogos ou como realizar negócios, e programas de computador;

(d) apresentação de informações.

Parágrafo 2 deverá se excluir de patenteabilidade os assuntos ou atividades mencionados apenas onde o pedido de patente Européia, ou pedido relacionado de patente Européia se relacione com os dados assuntos por si mesmos.

In: EUROPEAN UNION. *The European Patent Convention*. Disponível em: <<https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2016/e/ar52.html>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

⁹⁰ Essa possibilidade é reconhecida pelo próprio European IP Helpdesk. EUROPEAN IP HELPDESK. *Copyright or Patent – how to protect my software?* Disponível em: <<https://iprhelpdesk.eu/Copyright%20or%20Patent%20%E2%80%93%20how%20to%20protect%20my%20software%3F>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

3. PARADIGMA PROPOSTO PARA A ATRIBUIÇÃO DE MODALIDADE DE PROTEÇÃO INTELECTUAL AOS PROGRAMAS DE COMPUTADOR E OUTRAS SOLUÇÕES APLICÁVEIS

A partir das questões levantadas até este momento, está clara a inadequação da proteção aos programas de computador ser definida, de forma absoluta, como direito autoral.

Contudo, também não se pode querer que invento tão complexo, dotado de tantas possibilidades, possa sempre se enquadrar nos ditames estritos para a proteção por meio de patente.

Portanto, neste capítulo, irá se elaborar duas soluções para a questão. A primeira envolve uma mudança do paradigma quanto à forma de se valorar o invento, saindo de uma perspectiva ontológica – estruturalista – para uma teleológica – funcionalista, finalista – mais apta a se adequar às evoluções e múltiplas facetas do invento.

A segunda é, na carência de uma alteração positiva do regramento internacional em direção ao novo paradigma proposto, apresentar uma forma de, em casos concretos, sob jurisdição brasileira, permitir que se possa utilizar a modalidade de proteção por patente, atinente à propriedade industrial, para determinados programas de computador em que tal proteção não só se mostra como mais lógica, como mais adequada.

3.1 O paradigma teleológico como mais apto a enquadrar os regimes de proteção intelectual aos programas de computador

Atualmente os programas de computador recebem tratamento equiparável ao das obras artísticas, não apenas por um erro de se aplicar uma visão estrutural, focada na forma literal do que seria um programa, mas também em função de um lobby feito para se garantir um maior tempo de proteção, e a menor burocracia e controle, típicos à modalidade de direito de autor, como visto no item 1.4.

Contudo, além de ilógica, um programa de computador não deve ser definido pelo simples fato de ser, em sua essência, um escrito, até porque um escrito que, em seu fundamento primordial, seria uma combinação de zeros e uns da linguagem binária dificilmente poderia ser comparado à uma obra artística literária.

Nesse caso, em sua essência mais pura, nem deveria ser possível a obtenção de direitos autorais, por ser o programa de computador um conjunto de conceitos matemáticos aplicados e, como tais, caso de exclusão de proteção por direito autoral, conforme art. 8º, I da Lei nº

9.610/98⁹¹

Portanto, tentar definir um programa de computador pela sua materialidade, como escrito que parece ser, além de arcaico, é incapaz de prover soluções para problemas atuais e futuros, além de impedir o desenvolvimento de uma necessária classificação dos programas em espécies.

Essa necessidade de se classificar os programas de computador em espécies vai além de mero preciosismo por catalogação, mas é algo imprescindível para que se possa dar a proteção adequada aos programas de acordo com as características próprias a cada tipo.

Se busca, portanto, com a classificação, dar tratamento jurídico diferenciado para programas com finalidades diferentes.

E está nessa sentença a solução do problema, o termo “finalidades”. Os programas nada mais são do que reflexos de coisas e situações do mundo fenomênico com as quais já estamos acostumados.

Portanto, muito mais simples do que tentar fazer com que todo mundo entenda em profundidade os intrínsecos detalhes de cada nova tecnologia que aparece, mais fácil lhes dar tratamento jurídico pela sua finalidade. Daí o conceito de se valorar programas de computador por uma acepção teleológica, finalística, em lugar da ontológica, estruturalista.

Dadas às especificidades das novas tecnologias, fazer exaustivas indagações quanto à estrutura dos inventos da era digital faz com que o direito esteja sempre atrasado, incapaz de acompanhar o desenvolvimento, o que o torna incapaz de dar o suporte e proteção de que esses novos inventos necessitam.

Por seguir esse modelo inadequado de proteção geral por meio de direito autoral se acaba por manter uma situação fática de faroeste digital, onde os operadores do direito não sabem sobre o que falam, e os profissionais de tecnologia não sabem como proceder com seus inventos no mundo jurídico e, quando descobrem, muitas vezes percebem que a solução se mostra totalmente inadequada à realidade fática.

Contudo, mudar o paradigma para focar a finalidade dos programas de computador, faria tudo ficar mais fácil. Se a finalidade de um programa é artística, como um jogo, seria direito autoral. Se a finalidade for uma função equiparável à mecânica, como um sistema operacional, ou programas funcionais como compactador de arquivos, seria propriedade industrial. Se fosse um programa de interface, que vise a melhor acessibilidade, seria um desenho industrial.

⁹¹ BRASIL, op. cit., nota 38.

Dessa forma, afasta-se do Direito a indagação inútil sobre a estrutura de cada invento tecnológico – que irão mudar cada vez mais, e mais rápido – para analisar a função da tecnologia, sua aplicação, que sempre recairá em coisas com as quais já se está acostumado, pois que o mundo digital, ainda que inovador, é reflexo das realidades que já se verificaram no mundo concreto.

Idealmente tal alteração de paradigma deveria ser adotado em nível internacional, e integrar os protocolos internacionais sobre o tema. Contudo, na falta de coalisão, ou da pressão necessária, para tal alteração, ao intérprete já é franqueado adotar esse novo paradigma.

Embora as normas internacionais definam, de forma genérica, que programas de computador serão protegidos como direito autoral (mais para o modelo *copyright*, mas isto já foi discutido), subsiste a possibilidade de os programas de computador poderem também ser protegidos por meio de patente, como visto no capítulo 2.

Mais especificamente no Brasil, a Lei nº 9.609/98⁹², em seu artigo segundo, seguindo os regramentos internacionais, apenas determina de forma genérica que programas de computador comparem-se às obras artísticas e literária.

Por sua vez, a Lei de propriedade industrial, Lei nº 9.279/96⁹³, em seu artigo 10, inciso V, entre os casos de exclusão de possibilidade de proteção por patente, quando se refere aos programas de computador, menciona que estes “por si” só não são patenteáveis, mais detalhes no item 2.3.4.

Ou seja, há abertura para que se confira proteção por patente a um programa de computador. Logo, desde que o programa em questão preencha os demais requisitos de patenteabilidade, esse poderá ter esta proteção.

Quanto aos requisitos de novidade e atividade inventiva não há complicação maior que àquela já usual para a obtenção de outras patentes, como visto em detalhes nos itens 2.3.1 e 2.3.2. A questão, como visto, surge quanto ao requisito de aplicação industrial, ver item 2.3.3.

Para este requisito, que usualmente se define de forma estrita como alteração no estado da natureza, que se requer atenção do intérprete que busque adotar o paradigma teleológico. Pela adoção desse paradigma, como um programa seria definido por sua finalidade, a valoração do quesito de aplicação industrial envolveria uma necessidade de abertura do conceito de alteração do estado natural.

Nada que não encontre respaldo na Lei, visto que o artigo 1º, item 3 da Convenção da

⁹² BRASIL, op. cit. nota 2.

⁹³ BRASIL, op. cit., nota 64.

União de Paris⁹⁴ determina que propriedade industrial deve ser interpretada de forma ampliativa, logo, seus critérios definidores também o devem ser.

Também não vale a crítica de que o sistema de patentes sofreria com abusos, pois que estes já existem, e o mecanismo para combatê-los, utilizando o princípio à repressão ao abuso do direito de patente, também.

Não seria justo, ou lógico, deixar diversos setores de fora da possibilidade de proteção por meio de patentes pelo mero argumento do número de abusos que venham a ser perpetrados, visto que qualquer aumento no número de usuários de um determinado sistema implicará, obviamente, em um proporcional aumento no número de aproveitadores, em sentido pejorativo, do mesmo sistema.

Portanto, o intérprete, ao valorar a possibilidade de patenteabilidade de um determinado programa, quando defrontado com a questão da aplicação industrial, deveria se valer do paradigma teleológico para definir se o programa preenche, ou não, o requisito.

Para fazer essa verificação o aplicador do direito deveria se indagar se o programa em questão possui uma funcionalidade cujo invento comparável, existente no mundo material, seria sujeito à proteção por patente.

Por exemplo, um compactador de arquivo possui uma função mecânica similar à um compactador de lixo, como este é patenteável quanto ao critério da aplicação industrial, aquele também o deverá ser. Ou um sistema operacional, que por sua finalidade ser uma função de controle, similar à função das polias dos equipamentos de Arquimedes, ou das engrenagens de um relógio mecânico, por serem estes passíveis de adequação ao critério de aplicação industrial, também aquele o deveria ser.

Ou seja, por meio de um processo simples de comparação, fica fácil melhor definir os programas e, conseqüentemente, atribuir a eles a proteção adequada. E, pela adoção desse paradigma, não só as grandes empresas poderiam se beneficiar, contando com uma proteção mais sólida e completa oferecida pelo meio das patentes, como a sociedade, em razão do tempo de monopólio tecnológico reduzido.

Também não se fere os objetivos dos programas gerados como *open source*, visto que o criador de programa de base *open source*, ao classificá-lo como tal, renuncia à possibilidade de o patentear pela entrega ao público, que retira a característica de novidade de qualquer um que tente vir a patentear tal programa.

Aqueles que desenvolvem programas com base em outros da linhagem *open source*

⁹⁴ BRASIL, op. cit., nota 63.

também se veriam obrigados, em razão da pactuação entre as partes envolvidas, em seguir os ditames da licença *open source* utilizada.

Se acaso um inventor de obra derivada de outra aderente do modelo *open source* patenteasse seu programa, incorreria em perdas e danos ao inventor da obra original, em razão do descumprimento da obrigação de liberação do código, assim como poderia ter sua patente anulada em função da perda de seu direito de utilização do programa base, que poderia retirar a funcionalidade de seu próprio programa (consequentemente esvaziando a aplicação industrial, requisito para a patenteabilidade).

Por sinal, como a concessão de patente possui característica constitutiva, deixar que os adeptos do *open source* se regulem apenas pela estrutura contratual acaba sendo preferível em relação à imposição de direitos exclusivos, alguns até inalienáveis e irrenunciáveis, típicos da modalidade de direito autoral.

Vale ressaltar que a publicação de um invento submetido a *open source* imediatamente excluiria a possibilidade de outro o patentear em data posterior ao da publicação, por resultado do supracitado esvaziamento do requisito de novidade.

Porém, ainda que simples, prático, e eficiente, como o paradigma proposto é totalmente novo, e, consequentemente, não se espera uma adesão maciça rapidamente, apresenta-se, no próximo item, formas de argumentação, dentro do paradigma atual, que podem ser utilizadas para defender a proteção por patentes, como forma de se incentivar a adoção do novo paradigma.

3.2 Possibilidades fáticas, dentro do paradigma vigente, de aplicação da proteção de patentes aos programas de computador

Como a modalidade de paradigma proposto apresenta uma alteração de visão quanto à forma de se pensar a aplicação dos institutos de propriedade intelectual, algo que só poderá gerar efeitos práticos diretos caso venha um dia a ser adotado em nível internacional, em razão da natureza dos institutos de propriedade intelectual, como o aplicador do direito poderia usufruir dos resultados desse pensamento dentro do paradigma vigente?

Para responder à essa pergunta, nesse subitem, busca-se criar uma classificação dos tipos de programas de computador e de formas, caso existentes, para que se possa utilizar o sistema de proteção por patentes a eles, visto que a regra geral já confere proteção como direito autoral – no modelo híbrido brasileiro, como visto alhures.

A classificação adotada o será com base na finalidade dos programas de computador,

por ser a forma mais lógica de se os tratar juridicamente, como visto no item acima, e consiste em apresentar as espécies – programas artísticos, programas mecânicos e programas utilitários – e, caso haja viabilidade, como seria possível obter uma patente para eles no Brasil.

3.2.1 Programas artísticos

Programas artísticos, segundo uma percepção teleológica do invento, são aqueles cujo objetivo seja a recreação, ou a contemplação estética pura. Neste grupo encontramos jogos, filmes, músicas, fotos e elementos artísticos contemplativos próprios.

Como se pode imaginar, por serem artísticos, possuem uma natureza tão intrínseca ao usual objeto de proteção dos direitos autorais que destes não tem como se distanciar, não sendo, portanto, viável a aplicação do instituto de proteção por patentes a estes casos.

Contudo, aqui se busca explicitá-los para que fique claro ao operador do direito como determinadas situações devem ser tratadas.

Primeiramente, cabe destacar que tais programas artísticos não se confundem com os elementos utilitários que permitem sua execução. Portanto, enquanto a fotografia deverá seguir seu regime próprio de direito autoral, assim como os filmes e as músicas, tal não se pode falar das extensões utilizadas para se veicular esses tipos de mídia em formato digital, visto que tais extensões mais se equiparam, funcionalmente, aos meios tangíveis de outrora, como os discos e fitas. Portanto, as extensões são tratadas como programas utilitários, analisados mais à frente.

Também os motores usados pelos jogos, a *engine* (motor em inglês), apresentam, pelo próprio nome, uma função mais mecânica, de meio, visando alterar o mundo fenomênico a partir da apresentação de sons, imagens e até sensações táteis, permitindo, por sua própria essência mecânica, a interação humana com a manifestação artística que é o jogo em si.

Quanto aos elementos artísticos contemplativos próprios, busca se referir aos elementos que visem um embelezamento do visual digital apresentado, sem correlação com a funcionalidade do mecanismo em questão.

Por exemplo, um programa que altera a estética de determinada interface sem alterar suas funcionalidades, ou acessibilidade, possuiria natureza de direito autoral em virtude da finalidade meramente artística da criação. Ou seja, um programa, ou aplicativo, que introduz apenas um plano de fundo artístico e dinâmico deverá ser protegido exclusivamente pelo direito autoral.

Contudo, um programa, ou aplicativo, que altera a disposição, o *layout*, das teclas, visando uma maior acessibilidade a determinadas funções, já possui uma natureza mais

aproximada à uma modelo de utilidade, pois que é objeto digital de uso prático que apresenta nova forma, ou disposição, envolvendo ato inventivo que resulta na melhoria funcional do programa ao qual se aplica, e, portanto, pode se sujeitar a patenteabilidade, como se verá.

3.2.2 Programas mecânicos

Como programas mecânicos, ainda na acepção teleológica proposta, se entende os programas cuja finalidade sejam a utilização intrinsecamente e simbioticamente ligada ao funcionamento de determinado maquinário industrial – nesse caso em que industrial vinculado ao termo maquinário se refere à acepção estrita de mecanismo capaz de gerar alterações no mundo natural.

Por exemplo, o programa que rege o funcionamento de determinado aparato mecânico de uma fábrica, decidindo como este deve operar, com base nas informações recebidas por sensores; ou o programa que determina como deve operar um braço robótico em uma fábrica de automóveis, são exemplos de programas mecânicos.

Em função desses programas estarem tão intrinsecamente ligados à um determinado maquinário, não servindo para outra função que não àquela, e sendo este maquinário dotado de todas as características clássicas para a configuração de patenteabilidade, logo, é aceito que ao programa seja “emprestado” a característica de aplicação industrial, pertencente ao mecanismo ao qual se liga, em virtude de ambos existirem como simbioses necessários.

Para defender a possibilidade de proteção por patente a tais programas o operador deve buscar se escorar, inicialmente, no art.º 1º, item 3, da Convenção de Paris⁹⁵ que determina que “a propriedade industrial entende-se na mais ampla acepção”. Portanto, interpretação quanto ao que constituiria propriedade industrial deve ser feito de forma expansiva, visando garantir proteção ao maior número de casos possíveis.⁹⁶

É de se salientar, para efeitos argumentativos pelo operador do direito, que tal previsão expansiva, quanto à interpretação do que se entende por propriedade industrial, consta desde o original da convenção de 1883 e fora reafirmado em todas as revisões posteriores – Haia e Estocolmo – sendo, portanto, algo já sedimentado na forma como se deve compreender o instituto.

⁹⁵ BRASIL, op. cit., nota 63.

⁹⁶ “A propriedade industrial entende-se na mais ampla acepção e aplica-se não só a indústria e ao comércio propriamente ditos, mas também às indústrias agrícolas e extrativas e a todos os produtos ou naturais, por exemplo: vinhos, cereais, tabaco em folha, frutas, animais, minérios, águas minerais, cervejas, flores, farinhas.”. BRASIL, op. cit., nota 63.

Em seguida deve o operador do direito elaborar sobre como o artigo 2º da Lei nº 9.609/98⁹⁷ apresenta apenas uma determinação geral de que programas de computador devam seguir o regime de direito autoral.

De fato, os institutos de direito autoral e propriedade industrial seguem regramentos próprios, e o mero fato de a referida Lei dizer que se aplica a modalidade de direito autoral aos programas de computador não exclui automaticamente a possibilidade de se reconhecer a patenteabilidade para determinados casos.

Com isso, e para referendar o argumento dos parágrafos anteriores, deve se passar a uma análise da abertura de conceito exclusivo apresentada pelo artigo 10, inciso V, da Lei nº 9279/96⁹⁸, pois que nela se lê:

Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade:
I - descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos;
II - concepções puramente abstratas;
III - esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização;
IV - as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética;
V - programas de computador em si;
VI - apresentação de informações;
VII - regras de jogo;
VIII - técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e
IX - o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

Como se pode perceber pela parte final do inciso V, a própria Lei de propriedade intelectual não exclui completamente os programas de computador, mas sim aqueles considerados por si mesmos, ou seja, na sua acepção originária relacionada à sua estrutura literal codificada.

Portanto, programa de computador em si faz referência a sua estrutura literal dissociada do aspecto funcional que se verifica quando a tal programa se confere a capacidade de execução.

Quando o programa de computador deixa de ser mero escrito isolado, e passa a ser dotado de executabilidade por um equipamento, deixa de ser um programa considerado em si, para passar a ser um programa em sua acepção plena. O que afasta a limitação contida no inciso supracitado da possibilidade de incidência aos casos de programas mecânicos.

Por sinal, esse tipo de exclusão limitada de patenteabilidade de programas de

⁹⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁹⁸ BRASIL, op. cit., nota 64.

computador é a mesma que tem sido utilizada na União Europeia, onde a Lei geral europeia de propriedade industrial deixa a mesma margem de exclusão limitada aos programas considerados em si mesmos, ver item 2.4.2, onde, inclusive, há precedente de relativização dessa igual limitação.

Logo, programas que preencham os demais requisitos de patenteabilidade – em virtude de não haver proibição específica, e em razão do comando para interpretação extensiva dos institutos de propriedade industrial – podem ser protegidos por meio de patente.

O que resta é a valoração quanto à capacidade do programa de atender aos critérios de adequação ao regime de patentes. Como visto, são em três: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Quanto aos quesitos novidade e atividade inventiva não se verifica dificuldade, em um prisma geral, de preenchimento destes requisitos por um programa de computador da espécie mecânica, restando a questão da aplicação industrial.

Como visto, aplicação industrial é classicamente definida como a capacidade do invento de gerar alteração no mundo natural, sendo esse “mundo natural” avaliado de forma restritiva a alterações nas propriedades físicas e/ou químicas da matéria.

No presente caso, referente a programas mecânicos, tal adequação do invento ao requisito não se mostra tão difícil. Mesmo se aplicando o conceito clássico de aplicação industrial, em razão da simbiose fática necessária entre o programa e equipamento mecânico que, por sua vez, preenche o requisito clássico, não se torna tão difícil defender a patenteabilidade do programa.

Ora, se tal mecanismo só gera alterações no mundo natural graças ao programa que serve apenas para isso, então, tal programa mais se assemelha a uma engrenagem automática de um relógio de corda do que a um cálculo abstratamente considerado, muito menos a uma obra literária, e, portanto, como parte integrante de mecanismo apto a gerar alterações no mundo natural, deve se reconhecer ser passível de proteção por patente.

Para complementar a defesa da tese vale destacar a relevância do direito comparado para os casos de propriedade industrial, e a ainda maior importância de se observar os entendimentos exarados pelas cortes americanas em razão do volume que lhes é submetido, apresentando o supracitado caso *Diamond vs. Diher*.⁹⁹

⁹⁹ UNITED STATES OF AMERICA, op. cit. Nota 51.

3.2.3 Programas utilitários

Utilitários seriam os programas não estritamente artísticos que, embora possuam uma função equiparável à mecânica, não resultam em alterações diretas no mundo concreto, mas apenas no mundo digital, sendo os resultados possíveis no mundo concreto derivados.

Nesse caso, o programa, embora incutido em um equipamento, não apresenta relação simbiótica necessária com ele, o programa e o equipamento não são exclusivos um ao outro. Portanto, mesmo que o equipamento gere alterações no mundo natural, tem sido difícil se estender a adequação do equipamento ao critério de aplicação industrial ao programa que o controla.

Contudo, tal dificuldade é oriunda de um pensamento arcaico. Como visto anteriormente neste trabalho, já surge no direito comparado situação de reconhecimento de patenteabilidade a programa de computador cujo impacto no mundo natural, como classicamente entendido, seria derivado, e não direto.

Esse é o pensamento mais lógico. Em um mundo cada vez mais digital, onde soluções não só industriais, mas cotidianas, saem cada vez mais da esfera de equipamentos mecânicos diversos e passam a uma existência digital, ilógico seria defender que tais programas sejam equiparáveis a obras literárias, ou artísticas, quando suas contrapartes mecânicas são patenteáveis.

E não apenas estes programas, que derivam de uma migração digital do que antes era mecânico devem possuir natureza utilitária. Programas cuja função seja a funcionalidade ou acessibilidade em meio digital possuem a capacidade de gerar uma alteração do mundo fenomênico; ainda que não uma alteração direta do mundo natural como classicamente entendido, embora alterações indiretas no mundo natural como classicamente considerado possam ocorrer.

Dada à complexidade, alguns exemplos se fazem necessários para ilustrar a questão. Um computador pessoal precisa de um sistema operacional. Contudo, vários sistemas diferentes podem servir. Nesse caso não se está diante de um programa mecânico, não há simbiose necessária, mas de um programa utilitário, necessário para o funcionamento adequado do equipamento aos fins que se almejam.

Esse fim almejado pelo equipamento, ainda que não gerador de alteração no estado natural clássico, gera uma alteração óbvia no estado fenomênico correspondente ao resultado que o usuário espera obter daquele equipamento. Logo, ao se aplicar uma acepção expansiva

do conceito de alteração do mundo natural se obterá a adequação ao critério, nem que tal alteração do mundo natural se limite à satisfação do usuário em conseguir utilizar seu equipamento para os fins pretendidos.

Um sistema operacional, pela sua necessidade para o funcionamento do equipamento, ainda que não simbioticamente ligado a ele, torna fácil a percepção utilitária dele. Mas também se pode verificar tal utilidade em outros tipos de programas.

Um programa voltado especificamente para a compactação de arquivos tem uma função. Não é artístico. Não é mero cálculo abstrato. Não gera alteração no mundo natural em sua acepção clássica. Contudo, cumpre uma função mecânica dentro do mundo digital que, se transladada ao mundo real, um compactador de lixo, por exemplo, seria passível de proteção por patente.

Portanto, ainda que esse compactador de arquivos apenas apresente resultados digitais, possui uma alteração no mundo natural (classicamente considerado) de forma derivada, quando se reconhece que graças a ele é necessário um menor envio de dados, gastando-se menos em energia, capacidade de processamento e espaço de armazenamento de memória.

Então, o que se verifica é que programas utilitários são todos estes que exercem uma função útil que, por sua natureza, ainda que não consigam gerar alteração direta no estado natural classicamente considerado, acabam por gerar alterações indiretas em função de sua manifestação no estado fenomênico das coisas.

A obtenção de patente para estes programas, no Brasil, apresenta uma maior dificuldade. Em razão do distanciamento do conceito clássico de mundo natural, para a habilitação ao critério de utilidade industrial, fica particularmente difícil patentear tais inventos em solo pátrio. Porém, há um caminho possível.

Deverá se iniciar do mesmo modo que quanto à obtenção de patente para os programas mecânicos, seguindo a convenção de Paris, o art.º 2º da Lei nº 9609/98¹⁰⁰ e os argumentos de afastamento do inciso V do artigo 10 da Lei nº 9279/96¹⁰¹.

Contudo, deverá se focar em apresentar os efeitos derivados do programa no mundo natural, buscando se estender ao máximo o conceito de mundo natural da maneira mais adequada aos resultados do programa em questão.

Por exemplo, no caso de um programa de computador bancário, feito para avaliar posições de investimento e definir quando comprar ou vender ativos financeiros, a alteração que tal programa trará será sensível ao mundo natural, em razão de sua alteração fenomênica

¹⁰⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁰¹ BRASIL, op. cit., nota 64.

óbvia.

Ora, tal programa é responsável por uma série de transações financeiras que podem significar a riqueza ou a pobreza de alguém, o sucesso ou a falência de uma empresa. Logo, ainda que ele não gere diretamente alterações no mundo natural, é inegável que tais alterações serão sentidas.

Pela alteração do estado fenomênico, consubstanciado na mudança de propriedade de riquezas, poderá se verificar alterações no mundo natural relativas à situação dos indivíduos beneficiados, ou prejudicados, pelo programa. Logo, preenchido o requisito de aplicação industrial do invento.

Nesse sentido, para corroborar a ideia, vale o operador do direito mencionar o supracitado caso *State Street Bank & Trust Co. vs. Signature Financial Group Inc.*¹⁰², em que foi considerado patenteável programa similar ao aludido nesse exemplo ficto do programa de computador bancário.

¹⁰² UNITED STATES OF AMERICA, op. cit., nota 41.

CONCLUSÃO

A partir da conceituação primária de que a propriedade intelectual é gênero, do qual o direito autoral e a propriedade industrial são espécies, se passou a apresentação histórica dos institutos.

Foi apresentado como, no Brasil, apesar de ser um país tradicionalmente alinhado ao *Droit D'auteur* no que se refere a direitos autorais, se acabou, no que concerne aos programas de computador, adotando uma versão híbrida entre *droit d'auteur* e *copyright*, em função da pressão sofrida para adesão ao acordo TRIPS e da aceitação das alterações feitas à convenção de Berna.

As críticas ao modelo de proteção dos programas de computador por meio de direito de autor foram exaustivamente combatidas em cada parte deste trabalho, não por uma aversão pessoal deste pesquisador, mas em função da própria incoerência lógica que, inclusive, foi apontada por doutrina comparada, devidamente citada.

As mais recentes jurisprudências da matéria no direito comparado foram apresentadas. O foram para demonstrar a insensatez de se adotar a proteção dos programas de computador como direito autoral de forma absoluta.

O histórico e os requisitos da propriedade industrial foram apresentados, assim como as vantagens para os criadores, e para a sociedade, que adviriam de uma maior adoção desse modelo para a proteção dos programas de computador.

Se mostrou que o atual paradigma, ontológico, que valora programas de computador como obras artísticas é risível e ineficaz para a devida proteção do invento. Logo após se apresentou o paradigma proposto, o teleológico, que visa classificar os programas de computador por sua finalidade, afastando as discussões infundáveis quanto a estrutura deles em prol de uma valoração prática e funcional, capaz de dar a proteção adequada aos inventos.

Também se apresentou formas de se aplicar o paradigma individualmente, tanto como aplicador quanto como intérprete da lei, de maneira que não seja necessário esperar uma adesão internacional ao paradigma para a implementação de suas vantagens dentro do paradigma ilógico e arcaico vigente (tão ilógico que é possível utilizar o paradigma proposto nas naturais brechas deixadas pelo atual).

Por fim se conclui que se uma sociedade espera possuir um ordenamento avançado, capaz de acompanhar o desenvolvimento tecnológico, é necessária uma mudança de paradigma que afaste as indagações herméticas quanto à estrutura dos inventos, e se passe a adotar um paradigma atento às funções e objetivos deles, sob ameaça de ficarem os aplicadores do direito

a cassarem moinhos de vento enquanto os criadores de programas ficam perdidos em uma distopia futurista sem lei.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Propriedade Intelectual: Direitos Autorais, Direitos Conexos e Software*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: Novos estudos de teoria do direito*. Tradução: Daniela Beccaccia, rev. téc. Orlando Seichas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

_____. *Lei nº 9.609*, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19609.htm>. Acesso em: 07 out. 2019.

_____. *Lei nº 9.610*, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 07 out. 2019.

_____. *Decreto nº 1.355*, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2019.

_____. *Decreto nº 75.699*, de 6 de maio de 1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm>. Acesso em: 07 out. 2019.

_____. *Decreto nº 9.233*, de 28 de junho de 1884. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-9233-28-junho-1884-543834-publicacaooriginal-54426-pe.html>>. Acesso em: 06 jun. 2020.

_____. *Lei nº 9.279*, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.279%2C%20DE%2014,obriga%C3%A7%C3%B5es%20relativos%20%C3%A0%20propriedade%20industrial.&text=Art.&text=6%C2%BA%20Ao%20autor%20de%20inven%C3%A7%C3%A3o,nas%20condi%C3%A7%C3%B5es%20estabelecidas%20nesta%20Lei.>. Acesso em: 05 jun. 2020.

DEAZLEY, Ronan. 'Commentary on the Stationers' Royal Charter 1557', in: *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, 2008. Disponível em: <http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary_uk_1557>. Acesso em: 04 abr. 2020.

_____. 'Commentary on Millar v. Taylor (1769)', in: *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, 2008. Disponível em: <http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary_uk_1769>. Acesso em: 27 fev. 2020.

FERNANDES, Jorge Henrique Cabral. *O que é um Programa (Software)*. Disponível em: <<https://cic.unb.br/~jhcf/MyBooks/iess/Software/oqueehsoftware.html>>. Acesso em: 07 out. 2019.

FRANCE. *Les Débats de la Période Révolutionnaire: Droit D’Auteur et Domain Public*. Disponível em: <<https://www.senat.fr/rap/105-308/105-3084.html#:~:text=La%20loi%20de%201791%20est,leurs%20oeuvres%20limit%C3%A9%20dans%20le>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

_____. *Loi n° 57-298*, de 11 de março de 1957. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000315384>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

_____. *Loi n° 85-660*, de 03 julho de 1985. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000693451>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

_____. *Loi n° 92-597*, de 01 julho de 1992. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

_____. *Arrêt Schlumberger de la Cour d’appel de Paris*, 15 du juin 1981. Disponível em: <<https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-paris-4eme-chambre-section-a-arret-du-15-juin-1981/>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

EUROPEAN IP HELPDESK. *Copyright or Patent – how to protect my software?* Disponível em: <<https://iprhelphdesk.eu/Copyright%20or%20Patent%20%E2%80%93%20how%20to%20protect%20my%20software%3F>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

UNITED KINGDOM. *The Statute of Anne*; April 10, 1710. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/anne_1710.asp>. Acesso em: 04 abr. 2020.

_____. *Case Donaldson v. Beckett*. Disponível em: <<https://www.copyrighthistory.com/donaldson.html>>. Acesso em: 27 fev. 2020

UNITED STATES OF AMERICA. *Copyright Act of 1790*. Disponível em: <<https://www.copyright.gov/about/1790-copyright-act.html>>. Acesso em: 05 abr. 2020.

_____. *United States Supreme Court case Wheaton v. Peters, 33 U.S. (8 Pet.) 591 (1834)*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/33/591/>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

_____. *The United States Court of Customs and patente appeals. Case 79-1112, march 03, 1981*. Disponível em: <https://ocw.mit.edu/courses/sloan-school-of-management/15-628j-patents-copyrights-and-the-law-of-intellectual-property-spring-2013/readings/MIT15_628JS13_read06.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. *United States Court of Appeals, Federal Circuit. Case 96-1327, july 23, 1998*. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-federal-circuit/1152542.html>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

MACQUEEN, Hector. *The War of the Booksellers: Natural Law, Equity, and Literary Property in Eighteenth-Century Scotland*, *The Journal of Legal History*, 2014, 35:3, 231-257. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/267104071_The_War_of_the_Booksellers_Natural_Law_Equity_and_Literary_Property_in_Eighteenth-Century_Scotland>. Acesso em: 05 abr. 2020.

OREN apud BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. *Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

PIMENTA, Eduardo. *Princípios de Direitos Autorais: Os Direitos Autorais do Trabalhador (Estudo sobre a obra intelectual criada em cumprimento de dever funcional)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PIMENTEL, Luiz Otávio; FIGUEIREDO E SILVA, Cláudio Eduardo Régis de. Conceito Jurídico de Software, Padrão Proprietário e Livre: Políticas Públicas. *Sequência*, Florianópolis, n. 68, p. 291-329, jun. 2014.

ESPACE CULTURE MULTIMEDIA DE POINTIERS. Centre d'études sur la coopération juridique internationale. *Rencontre avec le droit d'auteur*. Disponível em: <<https://www.irma.asso.fr/IMG/pdf/droitAuteurECMpoitiersCECOJI.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2020.

BIBLIOTHÈQUE DE L'UNIVERSITÉ DE POINTIERS. *Arrêt du Conseil d'Etat du Roi, portant Règlement sur la durée des Privilèges en Librairie - 30 août 1777*. Disponível em <http://controverses.mshparisnord.fr/notices/not_arret_1777.html>. Acesso em: 24 mar. 2020.

STORY, Alan. *Intellectual Property and Computer Software*. ICTSD – UNCTAD. Disponível em: <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ictsd2004ipd10_en.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2020.

STROWEL, Alain. *Le droit d'auteur et le copyright entre histoire et nature*. Disponível em: <<https://books.openedition.org/pusl/23478#authors>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

EUROPEAN UNION. *Directive 2001/29* de 22 de maio de 2001. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l26053&from=EN>> Acesso em: 27 mar. 2020.

_____. *The European Patent Convention*. Disponível em: <<https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2016/e/ar52.html>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). *Copyright Treaty*. Disponível em: <https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295166#P56_5626>. Acesso em: 07 out. 2019.