

Introdução

A ininterrupta revolução dos meios tecnológicos de informação impulsionam um redirecionamento e reorganização das vidas e ações humanas, que abandonam o eixo estritamente local, em torno do eixo global-local, acarretando um processo de transformação estrutural, multidimensional, relacionado ao assomo de um novo paradigma tecnológico, baseado nas tecnologias de comunicação e de informação, evidenciando a necessidade crescente de incentivo às atividades de inovação tecnológica e de promoção de políticas voltadas à expansão sustentada da economia e do emprego¹.

Neste cenário de profundas alterações, os programas de computadores representam um importante veículo capaz de redefinir e revolucionar a comunicação, a estrutura organizacional das empresas nacionais, a inovação tecnológica e o nível de vida dos trabalhadores.

Recentemente, em 19 de fevereiro de 2014, o Facebook² anunciou um acordo para a compra do aplicativo WhatsApp. A transação totalizou o montante de 16 bilhões de dólares, podendo atingir a marca de 19 bilhões de dólares, ante as previsões contratuais para pagamento de adicional de 3 bilhões em ações, para fundadores e funcionários, nos próximos quatro anos. Em comunicado oficial o Facebook/WhatsApp informou que mais de 450 milhões de pessoas usam o aplicativo mensalmente, sendo que mais de 320 milhões de usuários ativos o utilizam diariamente.

Estes dados revelam a importância e o poder que o direito patrimonial de propriedade intelectual dos autores de *softwares* representa para as empresas e para a sociedade.

Desta maneira, a segurança jurídica em torno da proteção destes direitos se apresenta como tema atual, relevante e fundamental para a estruturação das novas bases mercadológicas e apto a auxiliar os organismos sociais à promoção de profundas e importantes transformações.

Assim, o presente trabalho tem por intuito analisar a segurança jurídica da imbricada relação entre empregado e empregador autor de programa de computador em face da titularidade do direito patrimonial de propriedade intelectual. E, ao final, estudar se a implantação de uma política de *software* na empresa nacional revela-se como uma solução possível.

Trata-se de pesquisa que adota uma abordagem qualitativa e quanto aos objetivos, exploratória.

1 BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas à globalização*. 1999, p. 31.

2 Disponível em: <<http://blog.whatsapp.com/499/Facebook>>. Acesso em: 07/07/2014.

Para a realização da pesquisa será utilizado o método teórico-bibliográfico, pelo qual serão aplicados textos constantes de livros, artigos e publicações jurídicas no geral, valendo-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Objetivando melhor expor o tema, ao final, far-se-á um estudo de caso. Abordar-se-á o tema de maneira dedutiva, indutiva e dialética, partindo-se da análise de dispositivos do Direito Internacional e do Direito brasileiro no que toca especificamente à definição dos conceitos relevantes para o deslinde do trabalho e a segurança jurídica da relação entre empregador e empregado autor de programa de computador em face da titularidade do direito patrimonial de propriedade intelectual.

1 Definição da Propriedade Intelectual

A evolução industrial propiciou o surgimento de uma nova categoria de direitos de propriedade: a propriedade intelectual.

A propriedade intelectual é constituída por bens imateriais e direitos a eles relacionados.

Os bens imateriais ou incorpóreos são aqueles que não existem materialmente, mas que possuem um valor intrínseco que os caracteriza, e, ainda, por aqueles que, suportados por um meio material, tenham valor intrínseco substancialmente superior ao valor do suporte material.

Neste sentido, Renato Dolabella Melo³:

Dois fatores principais têm atribuído maior valor à PI no mundo hodierno. O primeiro é sua visibilidade política, devido à grande importância econômica para os países. O segundo é que os bens imateriais superaram a tradicional estimativa concedido aos bens materiais e imóveis. Assim, não raro, os bens imateriais de uma indústria são mais valiosos que o conjunto dos seus ativos materiais.

O Código Civil não faz distinção entre bens materiais (corpóreos) ou imateriais (incorpóreos), o que não impede que esta classificação seja depreendida do ordenamento jurídico, especialmente da Constituição Federal vigente (1988), nos incisos XXVII, XXVIII e XXIX do seu artigo 5º.

Desta maneira, pode-se inferir que os bens imateriais comportam tanto os bens e direitos de personalidade, quanto os bens intelectuais.

Os bens intelectuais são fruto do esforço intelectual humano. Ou seja, são aqueles que derivam das atividades intelectuais e inventivas dos homens, incluindo: os direitos autorais, a propriedade industrial e a proteção *sui generis*.

Estas observações auxiliam na definição do instituto da propriedade intelectual,

³ MELO, Renato Dolabella. *Patentes e Desenhos Industriais: Instrumentos Legais para Coibir os Abusos*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

entretanto não são suficientes. Assim, é equivocado limitar o direito de propriedade intelectual à propriedade de bens intelectuais.

Ao longo dos anos, muitos autores empreenderam esforços no sentido de erigir uma definição de propriedade intelectual. Nesta tentativa, subdividiram a propriedade intelectual em ramos e áreas para melhor compreender suas diferentes manifestações, sem estabelecer um conceito preciso.

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI⁴) definiu o instituto da propriedade intelectual como um conjunto de direito legais resultantes da atividade intelectual nos campos industrial, científico, literário e artístico⁵.

Ana Cristina França Souza⁶ entende que a propriedade intelectual constitui uma classe única e especial de ativos intangíveis, uma vez que seu uso e sua exploração são protegidos por leis específicas.

Ante as pesquisas empreendidas, o presente trabalho entende a propriedade intelectual, enquanto expressão, como um termo genérico e abrangente. Enquanto instituto, ela excede os limites traçados pelo artigo 1.228 do Código Civil, compreendendo a titularidade dos bens intelectuais – direitos autorais, propriedade industrial e proteção *sui generis*; a exclusividade de uso de certos bens imateriais, competindo apenas aos seus titulares a exploração dos resultados econômicos perante o mercado, por um período determinado de tempo; o direito de clientela e a concorrência desleal. Sempre pautado pela função social da propriedade e por ética e justiça, que devem permear as relações verticais e horizontais.

Nos termos da definição que ora se adota, estão contidos, os ramos e as áreas da propriedade intelectual, estrategicamente estabelecidos pela doutrina, os quais serão objeto de análise no item seguinte.

1.1 Ramos e áreas da Propriedade Intelectual

A constatação de que a geração de conhecimento está diretamente relacionada à produção de riqueza⁷ e, conseqüentemente, a acumulação de poder, a partir da segunda metade do século XX, impulsionou o estudo e o aprimoramento de técnicas aptas a resguardar

4 A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) é uma das 16 agências especializadas da ONU, criada em 1967, com sede em Genebra. A agência se dedica à constante atualização e proposições de padrões internacionais de proteção às criações intelectuais em âmbito mundial. (WIPO, 2014)

5 WIPO, 2008. *Intellectual Property Handbook*. 2ed. Genebra: WIPO, 2008. ISBN 978-92-805-1291-5.

6 SOUZA, Ana Cristina França. *Avaliação de Propriedade Intelectual e Ativos Intangíveis*. Revista da ABPI, nº 39, 1999.

7 Neste sentido, Ulrich Beck e Joseph Schumpeter

a incipiente categoria de direitos da propriedade intelectual.

Assim é que visando entender, relacionar e diferenciar as diversas manifestações possíveis decorrentes do intelecto humano, na criação de novos conhecimentos e tecnologias, a doutrina, seguida pela legislação, inclusive internacional, convencionou dividir a propriedade intelectual, inicialmente, em dois grandes ramos: os direitos autorais e a propriedade industrial.

Neste sentido, Isabel Vaz⁸ entende que:

[...] sob a denominação de “propriedade intelectual”, agrupam-se duas grandes categorias de bens, dando origem a direitos resultantes da atividade intelectual, com reflexos no domínio industrial, científico, literário ou artístico. Na primeira categoria, chamada “propriedade industrial”, incluem-se direitos relativos a invenções, marcas de fábrica ou de comércio, dentre outros. A segunda, sob título de “direito do autor” e correlatos, engloba as obras literárias, científicas, musicais, artísticas, filmes, fonogramas e demais criações semelhantes.

Para A. L. Figueira Barbosa⁹, a proteção da propriedade imaterial possui, basicamente, dois campos de atuação:

[...] a propriedade intelectual, especialmente o direito de autor e o copyright, e a propriedade industrial. Para alguns, a propriedade intelectual inclui a industrial, opinião reforçada pela prática de organismos internacionais – Organização Mundial da Propriedade Intelectual, OMPI, NU – ou mesmo por tratados multilaterais em negociações - “Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights”, Trips, GATT. Esta última abordagem é um indício de uma deficiente compreensão dos princípios dessas distintas formas de propriedade. De fato, tratar de maneira semelhante as propriedades intelectual e industrial é defini-las como categorias atemporais, a-históricas, entendendo a propriedade com a mesma funcionalidade independentemente do sistema econômico.

Em âmbito internacional¹⁰, a propriedade intelectual também é entendida a partir de sua divisão neste dois ramos:

8 VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

9 FIGUEIRA, A.L. Barbosa. *Sobre a propriedade do trabalho intelectual. Uma perspectiva crítica*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999.

10 “The Two Branches of Intellectual Property. Intellectual property is usually divided into two branches, namely industrial property and copyright. Copyright. Copyright relates to artistic creations, such as poems, novels, music, paintings, and cinematographic works. In most European languages other than English, copyright is known as author’s rights. The expression copyright refers to the main act which, in respect of literary and artistic creations, may be made only by the author or with his authorization. That act is the making of copies of the literary or artistic work, such as a book, a painting, a sculpture, a photograph, or a motion picture. The second expression, author’s rights refers to the person who is the creator of the artistic work, its author, thus underlining the fact, recognized in most laws, that the author has certain specific rights in his creation, such as the right to prevent a distorted reproduction, which only he can exercise, whereas other rights, such as the right to make copies, can be exercised by other persons, for example, a publisher who has obtained a license to this effect from the author. Industrial Property. The broad application of the term “industrial” is clearly set out in the Paris Convention for the Protection of Industrial Property (Article 1 (3)): “Industrial property shall be understood in the broadest sense and shall apply not only to industry and commerce proper, but likewise to agricultural and extractive industries and to all manufactured or natural products, for example, wines, grain, tobacco leaf, fruit, cattle, minerals, mineral waters, beer, flowers, and flour.” (WIPO, 2014a. *Intellectual Property Handbook. Understanding Industrial Property*. (WIPO Publication n° 895(E), Geneva, ISBN 978-92-805-1257-1). Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/en/intproperty/895/wipo_pub_895.pdf>. Acesso em: 07 de junho de 2014, tradução do autor)

Os dois ramos da Propriedade Intelectual.

Propriedade Intelectual é comumente dividida em dois ramos, denominados propriedade industrial e copyright.

Copyright

Copyright está relacionado às criações artísticas, como poemas, romances, música, pinturas e trabalhos cinematográficos. Na maioria das línguas diferentes do inglês, “copyright” é conhecido como direitos de autor. A expressão copyright refere-se à ação principal que, com respeito a criações literárias e artísticas, pode ser feita somente pelo autor ou com sua autorização. A ação é a realização de cópias de trabalho literário ou artístico, como um livro, um quadro, uma escultura, a fotografia, ou uma figura em movimento. A segunda expressão, direitos de autor refere-se à pessoa que é a criadora do trabalho artístico, seu autor, ressaltando então o fato, reconhecido na maioria das leis, de que o autor tem certos direitos específicos em sua criação, como o direito de evitar a reprodução alterada, a qual somente ele pode exercer, enquanto outros direitos, como o direito de fazer cópias, pode ser exercido por outras pessoas, como por exemplo, uma editora que tenha obtido a licença do autor para este efeito.

Propriedade Industrial

A aplicação ampla do termo “industrial” é claramente estabelecida na Convenção de Paris para Proteção da Propriedade Industrial (Artigo 1(3)): “Propriedade Industrial deve ser entendida no sentido mais amplo e deve se aplicar não somente a indústria e comércio propriamente, mas igualmente às indústrias agrícolas e extrativas e a todos os produtos manufaturados ou naturais, como por exemplo, vinhos, grãos, folha de tabaco, fruta, gado, minerais, água mineral, cerveja, flores, e farinha.

A evolução dos processos tecnológicos e a acessibilidade dos meios de informática em todo o mundo viabilizam a criação constante de novos conhecimentos e novas tecnologias, a demandar formas originais de proteção. Tais conhecimentos e tecnologias agruparam-se, convencionalmente, em um terceiro ramo na classificação da propriedade intelectual, denominado de Proteção *Sui Generis*.

Cada um destes três ramos da propriedade intelectual se divide em áreas, segundo a natureza e as características do conhecimento a ser protegido.

Os direitos autorais, *copyright*, incluem tanto os direitos de autor, quanto os direitos conexos e a proteção dos programas de computador - *software*¹¹.

A propriedade industrial é constituída dos direitos sobre patentes de invenção, sobre patentes de modelos de utilidade, sobre desenhos industriais, sobre marcas, sobre as indicações geográficas e sobre a repressão à concorrência desleal.

O art. 1º da Convenção de Paris, de 1883, com redação alterada pela Convenção de Estocolmo de 1967, nos termos do Decreto nº 635, de 21 de agosto de 1992, esclarece que:

a proteção da propriedade industrial tem por objeto as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de procedência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal.

11 Este autor optou por não diferenciar as expressões direitos autorais e *copyright*, bem como programa de computador e *software*, a despeito de ter ciência das diferenças entre elas. Esta opção não interferirá no desenvolvimento do presente tema.

Já a proteção *sui generis* é constituída pelos direitos relativos à topografia de circuitos integrados, pelas cultivares, pelos conhecimentos tradicionais e outros conhecimentos que demandam uma proteção diferenciada e específica.

Ante a proposta do presente trabalho, optar-se-á pela não definição de cada uma das áreas que compõem os ramos da propriedade intelectual. Apenas, convém observar, que no ordenamento jurídico brasileiro existem legislações específicas para cada um dos diferentes ramos e áreas acima mencionados, dentre elas merecem destaque: o Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, que promulga a ata final que incorpora os resultados da rodada Uruguai de negociações comerciais multilaterais do GATT- Acordo TRIPS; a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial; a Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997, que institui a lei de proteção de cultivares e dá outras providências; a Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências; a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências; e, a Lei nº 11.484, de 31 de maio de 2007, que dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos de TV digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados.

Feitas estas observações, passar-se-á à análise do principal ramo da propriedade intelectual atinente ao presente trabalho: o direito autoral.

2 Direito Autoral

O direito autoral é um ramo da propriedade intelectual.

Frente as peculiaridades do tema, convencionou-se dividi-lo em três áreas: os direitos de autor, os direitos conexos e a proteção dos programas de computador.

O direito autoral tem previsão constitucional como direito fundamental. O ordenamento jurídico brasileiro reconhece o direito exclusivo dos autores quanto à utilização de suas obras, no inciso XXVII, do artigo 5º da Constituição Federal.

As leis federais nº 9.609 e 9.610, ambas de 19 de fevereiro de 1998, dispõem, respectivamente, acerca dos programas de computador e dos direitos autorais.

O artigo 7º da Lei nº 9.610/98 estabelece que as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, são obras intelectuais protegidas.

Para José Carlos Costa Netto¹², “o objeto do direito de autor – ou o bem jurídico protegido – é a criação ou obra intelectual, ‘qualquer que seja seu gênero, forma de expressão, mérito ou destinação.’”

O Acordo sobre aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS, 1994), no âmbito da Organização Mundial do Comércio -OMC, nos termos do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, estabelece na parte II, seção 1, artigo 9.2, que “a proteção do direito do autor abrangerá expressões e não idéias, procedimentos, métodos de operações ou conceitos matemáticos como tais.”

Considerando as definições insertas nos documentos acima apresentados, pode-se compreender que os direitos autorais têm como principal objeto o de proteger as expressões das criações, relacionadas às obras literárias, artísticas e científicas, ou seja, as chamadas criações do espírito, dissociadas de eventual caráter industrial.

Segundo Henry Jessen¹³, o direito do autor deve preencher três requisitos: “a) pertencer ao domínio das letras, das artes ou das ciências; b) ter originalidade; c) achar-se no período de proteção fixado pela lei.”

Conforme o disposto nos incisos I e VII, do artigo 8º da Lei nº 9.610/98, observa-se que a originalidade, um dos requisitos a habilitar a proteção autoral, não se relaciona à ideia em si. O ordenamento jurídico brasileiro não confere proteção às ideias, tampouco ao aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras, mas apenas às expressões das criações. Logo, a originalidade, como elemento integrante do direito autoral, deve ser compreendida de maneira subjetiva, como a forma pela qual as ideias são exteriorizadas¹⁴.

No que tange aos direitos conexos aos direitos de autor, os mesmos são protegidos de modo semelhante aos de autor, uma vez que decorrem de obra previamente protegida pelo direito autoral, e, da mesma forma, estão relacionados à difusão criativa da primeira, p. ex. o direito dos intérpretes, executantes produtoras de gravação e empresas de radiodifusão, art. 14, do TRIPS.

Neste ponto, convém ressaltar algumas diferenças marcantes entre os ramos da propriedade industrial e do direito autoral com vistas a ilidir eventuais dúvidas futuras.

Enquanto as obras protegidas pelo direito de autor têm, como único requisito a originalidade, que deve ser entendida em sentido subjetivo, isto é, em relação à esfera

12 NETTO, José Carlos da Costa. *Direito Autoral no Brasil*. São Paulo: Ed. FTD, 1998, p. 38.

13 JESSEN, Henry. *Direitos Intelectuais*. Rio de Janeiro: Ed. Itaipu, 1967.

14 SILVEIRA, Newton. *Estudos e Pareceres de Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

individual do autor; no campo da propriedade industrial, as criações dependem da comprovação de novidade, considerada sob prisma objetivo, ou seja, em face da coletividade.

Outra diferença importante, apontada por José Oliveira Ascensão¹⁵, é aquela inserta no artigo 5.2 da Convenção de Berna¹⁶, de 1886, que entende que o gozo e o exercício dos direitos de autor não estão subordinados a nenhuma formalidade. No mesmo sentido, o artigo 18 da Lei nº 9.610/98, assevera que a proteção destes direitos independe de registro. Ou seja, eventual registro, depósito ou qualquer outra formalidade em sede de direito autoral, não possui caráter constitutivo de direitos, mas efeitos declarativos, na medida em que a proteção do direito autoral decorre do próprio ato de criação. Por sua vez, a proteção da propriedade industrial, depende da concessão do registro ou da patente, conforme o caso, motivo pelo qual a formalidade possui caráter constitutivo de direito.

Feitas estas distinções, torna-se imprescindível a delimitação da autoria das obras intelectuais (literária, artística ou científica).

2.1 Da autoria das obras intelectuais

A Constituição Federal no inciso XXVII, do artigo 5º confere prerrogativas aos titulares de direitos autorais, no que tange à utilização, publicação ou reprodução de suas obras.

Em consonância com o dispositivo constitucional, o artigo 28 da Lei sobre direitos autorais, prevê o direito exclusivo do autor para utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Neste ponto, convém esclarecer como o ordenamento jurídico interno delimita a autoria das obras intelectuais.

Segundo o artigo 11 da lei federal supracitada, como regra geral, “autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.”, podendo, nos casos expressos em lei, esta proteção ser extensiva às pessoas jurídicas.

Destarte, autor é aquele que cria, que idealiza, que elabora uma obra intelectual, imprimindo sua própria individualidade no produto da criação de seu intelecto. Sendo a obra expressão do espírito, nos termo do artigo 7º da Lei nº 9.610/98, a mesma está intimamente relacionada à pessoa física que a materializou.

Quanto ao vínculo existente entre o autor e sua obra, Newton Silveira¹⁷ conclui que:

15 ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito Autoral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

16 “Artículo 5. 2) El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad” (BERNA, Convenio. Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. 1886)

17 SILVEIRA, Newton. *Op. cit.*

“autor é quem cria obra intelectual, criação do espírito e que, por sua criatividade, originalidade e forma de expressão, é protegida pelo direito de autor. Assim, apenas quem cria pode ser considerado autor, quem não participa do processo de criação da obra não pode ser considerado autor.”

Sob este prisma, o ordenamento jurídico nacional diferencia as figuras do coautor e do colaborador.

Há colaboração, quando o indivíduo executa atividades de modo meramente acessório em relação à criação intelectual autônoma, na elaboração, na concretização ou na divulgação, resguardados os direitos conexos. Assim, as contribuições meramente acessórias¹⁸ não conferem nenhum tipo de autoria. Por sua vez, há coautoria quando o interveniente imprime na obra intelectual suas manifestações pessoais, de modo a individualizá-la, a particularizá-la em relação ao outro coautor. O coautor é aquele que contribui para a criação, de modo que seja possível identificá-la ou verificá-la a partir do todo complexo.

É neste sentido que o legislador ordinário cunhou a norma inserta no artigo 15 da lei dos direitos autorais, especialmente nos parágrafos primeiro e segundo.

Art. 15. A co-autoria da obra é atribuída àqueles em cujo nome, pseudônimo ou sinal convencional for utilizada.

§ 1º Não se considera co-autor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra literária, artística ou científica, revendo-a, atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio.

§ 2º Ao co-autor, cuja contribuição possa ser utilizada separadamente, são asseguradas todas as faculdades inerentes à sua criação como obra individual, vedada, porém, a utilização que possa acarretar prejuízo à exploração da obra comum.

Todavia, nada impede que os direitos do autor sejam objeto de cessão, a conferir titularidade diversa daquele que a originou. Referida possibilidade encontra mandamento expresso nos artigos 49 e 50 da mencionada lei, devendo-se realizar sempre por escrito e presumindo-se onerosa. Entretanto, estão ressalvados dos licenciamentos, concessões e cessões de direitos autorais, os direitos de natureza moral e aqueles que estiverem expressamente excluídos por lei.

2.2 Dos direitos do autor

Por serem os programas de computador classificados como uma área do ramo dos direitos autorais, antes de se adentrar à análise dos programas de computador, tendo em vista o tema proposto, convém esclarecer que o direito do autor é composto por direitos morais e por direitos patrimoniais. Assim, ao criador intelectual da obra pertencem direitos morais e

18 ASCENSÃO, José Oliveira. *Op. cit.*

patrimoniais, a merecerem regulação diversa na legislação específica.

Os direitos morais do autor são direitos da personalidade, inalienáveis e irrenunciáveis. Representam o liame, o vínculo de natureza permanente entre o autor e sua obra intelectual. Nos termos do parágrafo primeiro, do artigo 24 da lei de direitos autorais, são transmissíveis aos seus sucessores.

São direitos morais do criador de obra intelectual: o de reivindicar a autoria da obra; o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado; o de conservar a obra inédita; o de assegurar a integridade da obra; o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada; e, ainda, o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem.

Quanto aos direitos patrimoniais do criador intelectual, os mesmos referem-se ao direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica, assegurado constitucionalmente como direito fundamental. Relacionam-se, assim, à utilização econômica da criação intelectual, sendo passíveis de licenciamentos, concessões e cessões a terceiros, os chamados titulares atuais.

Destarte, ante as peculiaridades quanto a titularidade dos direitos patrimoniais do criador de *software* na relação de emprego, entendeu-se relevantes e elucidativas as anotações ora impressas.

3 Os programas de computador

A proteção jurídica dos programas de computador (*software*) ganha força com a evolução dos processos tecnológicos e a acessibilidade dos meios de informática em todo o mundo. O capitalismo, adaptando-se às novas possibilidades, alterando o próprio sentido de produção, gradualmente incorpora todas as formas de trabalho intelectual à atividade econômica. Visto como um meio de produção intangível, a viabilizar um processo ou um produto de utilidade para a produção capitalista, demandou a necessidade de erigir um sistema de proteção jurídica.

As discussões iniciais, quanto a necessidade de proteção jurídica das criações intelectuais, consubstanciadas em programas de computadores, iniciaram-se na seara internacional, na década de 1970, com o objetivo de definir a natureza da proteção jurídica dos programas de computador, ou seja, se estariam sob proteção do ramo dos direitos autorais, sob o ramo da propriedade industrial ou se haveria a necessidade de elaboração de um sistema

*sui generis*¹⁹.

Inicialmente, a ideia de elaboração de um sistema *sui generis* emergiu e ganhou força. A proteção *sui generis* proposta cobria os três elementos dos programas de computador: código objeto, o código-fonte e documentação.

Código-fonte é o código original do programa de computador, escrito em linguagem de programação, que pode ser lido e compreendido por especialistas; Código objeto é uma versão do programa, diretamente utilizável em um computador, em formato binário (série de zeros e uns) que os processadores de computador podem entender, mas os seres humanos não podem se não for compilado, isto é transformado em código fonte; e, Documentação que são instruções escritas em uma linguagem legível de programação de computador.

Contudo, esta ideia inicial não prevaleceu.

Em fevereiro de 1985, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, juntamente com a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), promoveram um amplo debate sobre a matéria. A partir desta iniciativa, que resultou em um estudo aprofundado sobre o tema, com a participação de peritos e especialistas, convencionou-se internacionalmente, que a proteção mais adequada aos programas de computador era aquela afeita aos direitos autorais, *copyright*.

Duas publicações internacionais foram decisivas neste sentido: a primeira, em julho de 1991, *the Computer Programs Directive of the European Community*, e, em abril de 1994, o Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPS,1994). Estas duas publicações esclareceram que os programas de computador deveriam ser protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna.

O artigo 10.1²⁰ do Acordo TRIPS contém disposição interpretativa estabelecendo que os programas de computador, seja em código fonte ou objeto, serão protegidos pela Convenção de Berna. O artigo 4²¹ ° do Tratado de Direitos Autorais da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (WCT, 1996) inclui o mesmo esclarecimento em termos muito similares. Assim, quanto à extensão da proteção jurídica reconhecida, estas disposições estabelecem que a proteção ao direito de autor, no que tange aos programas de computador,

19 WIPO, 2014c. *International IP Protection of Software*. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wipo_ip_cm_07/wipo_ip_cm_07_www_82573.pdf> . Acesso em: 08/07/2014.

20 Acordo TRIPS. Artigo 10. Programas de Computador e Compilações de Dados. “1- Programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna (1971)”

21 WCT. Artigo 4 . “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.”

abrange todas as formas de expressão, quanto ao modo ou a forma (em código fonte ou objeto).

Estas publicações revelam o consenso internacional em proteger os programas de computador a partir das peculiaridades próprias do direito de autor, ou seja, como obras literárias. Entretanto, este posicionamento não vincula as legislações nacionais, que podem adotar um sistema de proteção mais próximo das patentes ou ainda *sui generis*, desde que resguardem o nível mínimo de proteção reconhecido às obras literárias pela Convenção de Berna.

Desta maneira, entende-se que os programas de computador não são apenas soluções técnicas, mas são documentos escritos, fruto do intelecto humano, tais como as obras literárias e artísticas, ou seja, são criações intelectuais originais. Assim, a finalidade para a qual o escrito é criado, sob o ponto de vista de sua qualificação como obra literária, é irrelevante. O *software* em si não é apenas um resultado técnico, mas representa “a criação de um autor que tem um caráter técnico. A única diferença é a natureza ativa do programa de computador, o que significa que ele tem efeitos técnicos, físicos, no hardware do computador durante o seu funcionamento”. Mas esta não é uma razão para a exclusão do software, como uma expressão original criativa, da proteção dos direitos autorais²².

Convém observar, que há países onde se admite a possibilidade de patentear programas de computador, desde que estes possuam um caráter técnico (*technical character*) ou envolvam uma função técnica (*technical teaching*). No Brasil, programas de computador que gerem uma funcionalidade técnica e que estejam embarcados, isto é, que possuam um suporte material associado, um *hardware*, podem ser patenteados, se presentes os requisitos legais. (art. 27.1 do Acordo TRIPS)

No Brasil, os programas de computador são regidos pela Lei Federal nº 9.609/98. E, segundo a legislação específica, são tidos como

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 técnicas digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Quanto ao regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador, no ordenamento jurídico brasileiro, adota-se também aquele conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País (art. 2º, *caput* da Lei nº 9.609/98),

22 WIPO, 2014c. *International IP Protection of Software*. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wipo_ip_cm_07/wipo_ip_cm_07_www_82573.pdf> . Acesso em: 08/07/2014.

cujas peculiaridades, relacionadas ao presente trabalho, serão analisadas no item seguinte.

4 O regime jurídico aplicável ao empregado autor de programas de computador.

O trabalho autoral possui características que o diferenciam da atividade desenvolvida pelos demais trabalhadores. Do autor exige-se e espera-se criatividade, originalidade, iniciativa própria e imaginação, qualidades que demandam uma enorme margem de liberdade no desempenho das atividades próprias.

O produto da atividade autoral excede àquele devido pelo trabalhador contratado, isto porque, uma obra, um programa de computador, corresponde a uma solução criativa, que não decorre do simples exercício de força, de lógica e de técnica, que compõem o trabalho operário.

As especificidades desta relação propulsionam o empregado autor a um *status* peculiar, mais compatível com suas qualidades e conforme com as regras e princípios constitucionais.

Este empregado é reinserido na relação laboral com um novo *status socialis*, tendo em vista suas potenciais habilidades, fundamentais para o desenvolvimento multidimensional e harmonioso da humanidade.

Este posicionamento, pode levar a duas principais críticas, são elas: o sensível aumento dos custos empresariais e o desestímulo do setor empresarial para investir em pesquisa, desenvolvimento, tecnologia e inovação, fatores essenciais ao desenvolvimento nacional e humano.

Neste conflito aparente de interesses entre autores e empresários estão contidas muitas questões de natureza jurídica, social, econômica e ambiental, que suscitaram a preocupação do legislador nacional, desde 1987, quanto a alocação de direitos patrimoniais referente aos programas de computador.

4.1 O empregado autor de programas de computador. Sistematização legislativa.

A regra geral da propriedade sobre as criações intelectuais está consignada nos incisos XXVII, XXVIII e XXIX, do artigo 5º do texto constitucional, nos termos seguintes:

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

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

O artigo 5º da Constituição Federal, em seus citados incisos, assegura aos criadores intelectuais a titularidade originária do produto de seu trabalho intelectual. Segundo Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco²³, o inciso XXVII da Constituição Federal assegura tanto os direitos morais, de caráter inalienável, quanto os direitos patrimoniais relativos à forma de uso, fruição e disposição, alienáveis pelo autor ou eventualmente por seus herdeiros, nos seguintes termos:

A doutrina considera que o artigo 5º, XXVII, da Constituição busca assegurar a proteção do direito intelectual do autor em relação às obras literárias, artísticas, científicas ou de comunicação pelo tempo em que viver, que envolva não só os direitos morais concernentes à reivindicação e ao reconhecimento da autoria, à decisão sobre a circulação ou não da obra, inclusive sobre a sua conservação como obra inédita, à possibilidade de se lhe introduzirem modificações antes ou depois de utilizada, à adoção de medidas necessárias à proteção de sua integridade, mas também os direitos patrimoniais relativos à forma de uso, fruição e disposição.

Obedecendo ao regramento constitucional, o artigo 11 da Lei n. 9.610/98 estabelece que “Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”. À primeira vista, portanto, pertenceriam aos empregados os programas de computador por eles desenvolvidos. A autoria seria determinante para o direito de propriedade. Contudo, não foi este o entendimento dado à matéria pelo legislador ordinário.

A primeira vez que o legislador nacional dispôs sobre os direitos patrimoniais de propriedade intelectual do empregado autor de programas de computador foi com a publicação da Lei nº 7.646/87, que em seu artigo 5º estabeleceu que:

Art. 5º Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador ou contratante de serviços, os direitos relativos a programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, servidor ou contratado de serviços seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos contratados. § 1º Ressalvado ajuste em contrário, a compensação do trabalho, ou serviço prestado, será limitada à remuneração ou ao salário convencionado. § 2º Pertencerão, com exclusividade, ao empregado, servidor ou contratado de serviços, os direitos concernentes a programa de computador gerado sem relação ao contrato de trabalho, vínculo estatutário ou prestação de serviços, e sem utilização de recursos, informações tecnológicas, materiais, instalações ou equipamentos do empregador ou contratante de serviços.

23 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 326.

Referido dispositivo legal foi expressamente revogado pelo artigo 16 da Lei nº 9.609/98, que em seu artigo 4º, trouxe regras muito próximas àquelas revogadas. A legislação em vigor acrescentou os órgãos públicos ao rol dos titulares de direitos referentes à criação de programas de computador; a expressão “segredos industriais e negócios” ao conjunto de elementos que não podem ser utilizados pelo empregado quando de sua criação, a fim de que o programa de computador desenvolvido lhe pertença com exclusividade; e, estendeu o tratamento previsto no artigo 4º aos casos em que o autor de programa de computador for bolsista, estagiário ou assemelhado.

Para o deslinde do tema, merece uma leitura atenta todo o texto do artigo 4º da Lei nº 9.609/98, especialmente, seu *caput* e parágrafo primeiro, tendo em vista sua complexidade e importância para a questão da titularidade do direito patrimonial decorrente da criação intelectual dos programas de computador nas relações empregatícias:

Art. 4º Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos. § 1º Ressalvado ajuste em contrário, a compensação do trabalho ou serviço prestado limitar-se-á à remuneração ou ao salário convencionado. § 2º Pertencerão, com exclusividade, ao empregado, contratado de serviço ou servidor os direitos concernentes a programa de computador gerado sem relação com o contrato de trabalho, prestação de serviços ou vínculo estatutário, e sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, da empresa ou entidade com a qual o empregador mantenha contrato de prestação de serviços ou assemelhados, do contratante de serviços ou órgão público. § 3º O tratamento previsto neste artigo será aplicado nos casos em que o programa de computador for desenvolvido por bolsistas, estagiários e assemelhados.

Da leitura atenta, pode-se depreender que a titularidade dos direitos patrimoniais de propriedade intelectual dos programas de computador desenvolvidos durante o contrato de trabalho possui três soluções distintas, condicionadas ao tipo de criação, se “de serviço”, “mista” ou “livre”²⁴. O ordenamento jurídico nacional propicia algumas regras acerca da autoria e da titularidade que podem trazer importantes subsídios para a sua aplicação ao Direito do Trabalho. Os programas de computador desenvolvidos e elaborados por empregado contratado expressamente para pesquisa e desenvolvimento deste tipo de tecnologia, ou para encargos, que por sua própria natureza, gerem a necessidade de desenvolver este tipo de criação, são entendidas como criações de serviço; já as criações realizadas por empregado que não tenha sido contratado para desenvolver ou elaborar programas de computador, mas que

24 MINHARRO, Francisco Luciano. *A Propriedade Intelectual no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2010, pp. 130-135.

tenha utilizado recursos, dados, meios, equipamentos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais ou instalações do empregador, da empresa ou entidade com a qual o empregador mantenha contrato de prestação de serviços ou assemelhados, recebem a denominação de criações mistas; todas as demais, ou seja, *softwares* desenvolvidos por empregados sem relação com o contrato de trabalho e sem a utilização de quaisquer recursos, dados, meios, equipamentos, etc, configuram as chamadas criações livres ou sem a cooperação do empregador.

Desta maneira, o regime jurídico aplicável contém exceções à regra geral prevista constitucionalmente. Conforme o regramento legal, o vínculo laboral justifica a titularidade do empregador. Há, assim, uma distinção entre o autor da obra e o titular dos direitos referentes à criação. O autor seria aquela pessoa que elaborou, desenvolveu e materializou uma ideia. Enquanto o titular do direito seria aquele que efetivamente pode usar, gozar e dispor da obra intelectual. Nas criações de serviço, o empregador não adquiriria *status* de autor de obra, mas, por força legal, seria o titular originário dos direitos decorrentes do esforço intelectual do empregado²⁵.

Toda a matéria da criação intelectual de empregados se desenvolve em torno da alocação de direitos em relação às criações de serviço e das criações mistas.

Na seara industrial, Mozart Victor Russomano²⁶ defende a existência e preponderância do direito originário de propriedade do empregador sobre os frutos do trabalho intelectual do empregado, nos seguintes termos:

O princípio geral é de que a invenção pertence ao autor, porque é fruto de seu trabalho, de suas tentativas, de seu raciocínio, de suas pesquisas pessoais, das horas gastas. Esse princípio, porém, sofre não de uma revogação, mas uma refração, quando o invento se dá no decurso de um contrato individual de trabalho, isto é, em momento no qual o empregado está prestado serviços em benefício de outrem, com material alheio, dirigido, fiscalizado e subordinado ao empregador. Os resultados do trabalho de um empregado, por outro princípio geral, pertencem ao empregador. O invento em serviço resulta da atividade do empregado. Poder-se-ia, portanto, sem grande esforço de dialética, concluir pela atribuição ao empregador do direito de propriedade da invenção.

Na tentativa de sistematizar este entendimento, Riva Sanseverinona²⁷ defende a existência de um contrato com causa mista informado por dois tipos de contrato: o contrato de trabalho e o contrato de venda de coisa futura.

O contrato com o qual o trabalhador promete os eventuais resultados da própria atividade inventiva (contrato relativo às chamadas invenções de serviço) não é um

25 CARVALHO, Nuno T.P. *Os inventos de empregados na nova lei de patentes* – I. Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual. Vol.22 mai/jun São Paulo, 1996^a, p. 15.

26 RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. I, pp. 497-498.

27 SANSEVERINO, Rita. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 1976, pp. 209-210.

verdadeiro contrato de trabalho, mas, uma vez admitida tal categoria genérica, um contrato com causa mista, no qual concorrem dois tipos diversos de contrato, contrato de trabalho e de venda de coisa futura (artigo 1.472 do Código Civil). E esta conclusão pode ser confirmada pelo fato que permite conciliar dois elementos inconciliáveis em um tipo unitário de relação, ou seja, o originário direito de propriedade sobre o fruto do trabalho, a favor do empregador e o originário direito de propriedade sobre a própria descoberta, a favor do inventor prestador de trabalho.

Nas criações de *softwares* misto, a legislação especial estabelece que a natureza ou o conteúdo do contrato de trabalho serve de critério para a atribuição do direito de propriedade ao empregador. O próprio contrato de trabalho que justificaria a titularidade da criação pelo empregador. Entretanto, Nuno T.P. Carvalho ressalta que:

é preciso verificar se o empregado desenvolveu o invento durante o horário de trabalho e com recurso a dados, meios e equipamentos do empregador; claro, é preciso determinar se o empregado, ao ser admitido no emprego, assinou contrato onde consta cláusula de cessão de direitos sobre invenções que viesse a realizar durante a vigência do contrato; além do contrato, há que apurar se existe regulamento na empresa dispendo sobre inventos ou se há alguma cláusula nesse sentido em contrato coletivo de trabalho.

O estudo do texto legal do parágrafo 2º do artigo 4º da Lei n. 9.609/98, entretanto, não esclarece se no caso das criações mistas a propriedade do empregador sobre os programas de computador desenvolvidos e elaborados pelo empregado seria exclusiva ou em copropriedade com o autor.

Neste ponto, o artigo 36 da Lei nº 5.988/73²⁸ foi o único a estabelecer a partilha equitativa do Direito do Autor entre empregado e empregador²⁹. Assim, os direitos de autor decorrentes de obra intelectual produzida em cumprimento ao dever funcional ou ao contrato de trabalho pertenceriam a ambas as partes.

Tanto a Lei n. 9.610/98, quanto a Lei n. 9.609/98 deixaram de regulamentar a matéria, o que permitiu um vazio normativo. Desta maneira, revela-se imperiosa a necessidade de se estipular nas empresas nacionais regramentos internos de modo a dispor sobre os desenvolvimentos de *softwares* realizados por empregado que não é contratado para criar, mas que o faz mediante a utilização de dados, meios, instrumentos e equipamentos do empregador.

28 “Art. 36. Se a obra intelectual for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos do autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes, conforme for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito do Autor. § 1º O autor terá direito de reunir em livro, ou em suas obras completas, a obra encomendada, após um ano da primeira publicação. § 2º O autor recobrará os direitos patrimoniais sobre a obra encomendada, se esta não for publicada dentro de um ano após a entrega dos originais, recebidos sem ressalvas por quem a encomendou”.

29 Esclarece-se que ao longo da evolução legislativa do tema, foram quatro as leis que regulamentaram os direitos autorais: a Lei n. 496 de 1898, o Código Civil de 1916, a Lei n. 5.988/73 e a Lei n. 9.610/98.

Nuno T.P Carvalho pautado pela legislação da propriedade industrial entende que no caso de criações mistas o regime legal é o da cotitularidade.

O regime legal reservado a estas invenções, as invenções mistas, de natureza supletiva (posto que admite estipulação em contrário), é o da co-titularidade, em partes iguais, entre patrão e empregado. É o que dispõem o artigo 42 do Código de 71 e o artigo 91 da Lei nº 9.279/96. Além disso, o empregador tem direito a uma licença exclusiva de exploração da invenção, cabendo ao empregado uma remuneração por essa licença. Note-se, portanto, que a co-titularidade reservada ao patrão não é objeto de compensação ao empregado. A remuneração que o empregado-inventor recebe é em pagamento da licença exclusiva, como o § 2º do artigo 91 da Lei nº 9.279/96 deixa bem claro. Portanto, a co-titularidade é oferecida ao patrão como consequência da utilização, pelo empregado, das horas de trabalho e de recursos, dados e meios que lhe pertenciam.

Não é objeto deste trabalho estudar a teoria da unidade da propriedade intelectual, que consiste em reconhecer a unidade das diversas formas de criação do intelecto humano, contudo, entendeu-se que a apresentação de elementos da propriedade industrial auxiliaria no estudo do presente ponto.

Alinhando-se ao consenso internacional e à legislação nacional específica que protegem os programas de computador a partir das peculiaridades próprias do direito de autor, não se pode concordar com a sistematização dos direitos decorrentes do desenvolvimento de programas de computador apresentada, tampouco com a adoção de regras de propriedade industrial para harmonizar temas de direito do autor.

O texto legal inserto no artigo 4º da Lei nº 9.609/98 não retirou apenas a exclusividade dos direitos decorrentes do desenvolvimento dos programas de computador pelos autores empregados, assegurado constitucionalmente no inciso XXVII do seu artigo 5º, foi além, em absoluta afronta ao dispositivo constitucional, alterou a própria titularidade dos direitos relativos aos programas de computador.

Não se pretende negar a relatividade dos direitos fundamentais. Este trabalho entende, em consonância, com o princípio da convivência das liberdades, que defende a máxima da cedência recíproca ou da relatividade dos direitos fundamentais³⁰, que existe uma variedade de hipóteses que balizam o alcance absoluto dos direitos fundamentais. Todavia, valendo-se do ensinamento de Dimitri Dimoulis³¹: “É proibido proibir o exercício do direito além do necessário”.

Logo, a legislação específica excluiu direito fundamental do empregado autor em absoluta afronta ao ordenamento jurídico nacional. Os textos legislativos defluem de objetivos e grupos divergentes dispostos em uma Assembleia e, por isso, podem incorrer em repetições

30 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

31 DIMOULIS, Dimitri. *Dogmática dos Direitos Fundamentais: Conceitos Básicos*. *Caderno de Comunicações: Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*, ano 5, n. 2, jan. 2001, p. 27.

despropositadas e inconsistências. Supor que toda lei representa um todo coerente “é se equivococar sobre a natureza do processo legislativo” possibilitando interpretações lúdicas³².

No inciso XXVII do artigo 5º, o legislador constituinte se dedicou a disciplinar uma matéria de cunho técnico. Destarte, os termos por ele utilizados quanto ao direito exclusivo para utilizar, publicar ou reproduzir suas obras devem ser compreendidos como o são na área do saber especializado. Neste sentido, a legislação sobre direitos autorais, no inciso I do artigo 5º entente que publicação corresponde ao “oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento do público” e, no inciso VI do mesmo artigo, que a reprodução corresponde à “cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido”. Se aos autores pertencem os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou (artigo 22 da Lei n. 9.610/98), podemos identificar “o direito exclusivo de utilização”, constitucionalmente consagrado, como àqueles referentes ao direito de propriedade do autor sobre o produto de sua criação, ou seja, os direitos patrimoniais do criador intelectual. Garantindo o direito de propriedade, encontram-se acolhidas as faculdades de usar, gozar e dispor da criação intelectual.

Quando a Constituição garante a propriedade, mesmo sem definir, entende-se que acolhe o conceito firmado desse instituto, que possui um núcleo de significado a que se ligam as faculdades de usar, gozar e dispor.³³

O inciso XXVII do artigo 5º da Constituição Federal é norma de direito fundamental, “de âmbito de proteção estritamente normativo, cuja conformação depende, por isso, em grande medida, das normas de proteção fixadas pelo legislador”³⁴.

Cumpra aos direitos fundamentais regular diretamente as relações jurídicas, além de serem normas matrizes de outras normas³⁵. Não se pode considerar os direitos fundamentais somente pelo prisma individualista. Tais direitos “transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo”³⁶.

Este significado encerra a dimensão objetiva dos direitos fundamentais que impede uma orientação puramente utilitária do inciso XXVII do artigo 5º, pelo legislador brasileiro.

Neste sentido, o texto legal sobre a criação de programas de computador por

32 POSNER, Richard A. *Law and literature*. Cambridge, Mass., 2009, p.311.

33 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 87.

34 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 326.

35 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 276.

36 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 167.

empregado autor não pode exprimir exclusivamente o “peso do capital”, mas, ao mesmo tempo, deve prestigiar a contribuição do espírito criativo, a originalidade, o esforço característico que excede àquela energia pactuada no contrato de trabalho.

Incorre em equívoco, a alegação de que o artigo 4º da Lei nº 9.609/98, por ser *lex specialis* prevaleceria sobre o comando geral da Constituição. Esta lógica interpretativa restringe-se ao nível infraconstitucional, sob pena de subversão do ordenamento jurídico nacional.

Destarte, da norma constitucional pode-se defluir um verdadeiro direito de propriedade³⁷ decorrente da criação, ou seja, do trabalho intelectual do empregado autor, que não pode ser esvaziado pela via ordinária. É de se observar o trinômio criação-trabalho-propriedade que deve ser interpretado em consonância com a função social da propriedade, com a função solidária dos direitos, e com os princípios superiores de ética e de justiça, que devem permear as relações tanto verticais, quanto horizontais.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk³⁸ conceituam o termo salário como “atribuições econômicas devidas e pagas diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço”. Ou seja, o salário corresponde à contraprestação devida pelo empregador em decorrência dos serviços prestados pelo empregado, do dispêndio de sua energia ou da colocação da mesma à disposição do empregador.

Sob o prisma do instituto da propriedade, o direito patrimonial do empregado autor de programa de computador não pode ficar limitado à remuneração ou ao salário convencionado no contrato de trabalho.

A criação, corresponde a um produto derivado da prestação do serviço, que excede à retribuição representada pelo salário. Assim, a criação original, fruto do intelecto do empregado, não pode ser remunerada de maneira englobada, sob pena de se verificar um enriquecimento sem causa, injusto, do empregador. Deve-se procurar um equilíbrio entre os interesses do trabalhador e os interesses do capital posto a serviço da capacidade inventiva.

A criação original no âmbito de uma relação de emprego, a despeito do esvaziamento legal dos direitos do empregado autor, deve, ao contrário, merecer proteção tutelar própria do ordenamento jurídico, com o objetivo de equilibrar a imbricada relação entre empregador e

37 A Constituição da República Federativa do Brasil consagra o direito à propriedade, dentro do rol dos direitos individuais, no inciso XXII do art. 5º, limitando-a desde que atenda a sua função social, no inciso XXIII, do mesmo artigo e, ainda, nos incisos XXIV usque XXX do art. 5º; nos incisos II e III do art. 170; artigos 177 e 178; artigos 182 usque 186; e, ainda, nos artigos 191 e 222. Neste ponto essencial, as ressalvas já tecidas acerca das dessemelhanças e aproximações entre os institutos. Contudo, propôs-se, em consonância com Maristela Basso, a manutenção da concepção de propriedade.

38 GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson Guimarães. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990, p. 234.

empregado, respeitando-se o princípio da proporção entre os interesses e contribuições particulares dos dois.³⁹

Todavia, independentemente da existência de um mandamento legal, a empresa nacional - em nome do espírito de curiosidade, do empenho, do interesse e da iniciativa criadora - pode suscitar e respeitar o interesse de seus autores empregados fixando, ao menos, uma contraprestação própria, diferenciada e identificável pelo empregado.

Destarte, as novas possibilidades tecnológicas proporcionam o surgimento cada vez maior de pretensões resistidas no âmbito da justiça do trabalho, a suscitar um questionamento da legislação existente e a demandar iniciativas empresariais de modo a superar o texto em vigor.

Neste cenário de profundas transformações, as empresas nacionais devem considerar ações com vistas a implementar uma “política de *software*”.

Neste trabalho, a expressão política de *software* é adotada como um conjunto de ações e programas voltados ao fomento da criação original de programas de computador, dentro da empresa, objetivando a proteção do direito patrimonial de propriedade intelectual do empregado autor juntamente com a capacitação tecnológica da empresa, a atração de investimentos produtivos e o desenvolvimento econômico nacional, impulsionando a ampliação de seus índices de inovação.

Uma orientação puramente utilitarista, a despeito da pretensa preferência ao capital e ao desenvolvimento tecnológico e econômico, proporciona, na verdade, um enfraquecimento estrutural das organizações empresariais. A proteção dos direitos dos empregados é matéria de ordem pública e princípio da ordem econômica brasileira, cujo fim é o de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Desta maneira, considerando as disposições constitucionais já mencionadas em conjunto com o *caput* do artigo 218, que prevê que “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”, entende-se que na ordem jurídica brasileira tanto o trabalho, quanto o capital e o desenvolvimento científico e tecnológico não podem estar dissociados ou incompatibilizados. Este entendimento pode ser extraído do próprio artigo 218 em seu parágrafo 4º que prevê o fomento às “empresas que invistam em pesquisa e criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado,

39 Neste sentido, Nuno Carvalho: “cabe ao legislador proteger o interesse do trabalhador, nomeadamente através da reposição do menor poder de barganha que ele tem na alocação de direitos” (CARVALHO, Nuno T.P. *Os inventos de empregados na nova lei de patentes* – I. Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual. Vol.22 mai/jun São Paulo, 1996^a, p. 10).

desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho”.

Neste sentido, a ausência de uma política de *software* na empresa implicaria em perda de oportunidades e de mercado pela organização empresarial, uma vez que acarretaria o desestímulo ao desenvolvimento de programas de computador, a limitação à própria liberdade de criação de seus empregados, essenciais à garantia da dignidade humana, a desvalorização do trabalho intelectual humano e, via de consequência, da Política Nacional de Desenvolvimento.

Nesta linha de pensamento, Nuno Tomaz Pires Carvalho⁴⁰ defende uma política de incentivo a empregados inventores, que aufeririam benefícios decorrentes de suas criações intelectuais. Para o autor, este tipo de ação influencia diretamente na competitividade da empresa, uma vez que possui uma função de fomento à invenção, considerando, inclusive, empregados que não foram contratados expressamente para pesquisa, desenvolvimento e inovação.

[...], o Congresso, ao adequar (mediante leis ordinárias) a Propriedade Industrial aos fins constitucionalmente estabelecidos, não pode apenas buscar o desenvolvimento tecnológico e econômico, esquecendo do outro pilar que é a valorização do trabalho. Impõe-se, portanto, em matéria de inventos de empregados, o equilíbrio no tratamento do capital e do trabalho. A importância dos dois fatores não pode ser dissociada ou incompatibilizada.

Em defesa de suas ideias, o autor argumenta que o Japão é um exemplo prático da implantação desta política de incentivo aos empregados inventores. Para ele, sem a concessão dos incentivos aos empregados, tanto no que tange à proteção de suas invenções, quanto à compensação financeira obtida, o desenvolvimento japonês não teria alcançado os altos níveis de avanço tecnológico e econômico, verificados nas últimas décadas.

Desta maneira, adota-se o entendimento segundo o qual há uma correlação entre inovação tecnológica e emprego, e também entre inovação tecnológica, organizacional e níveis de vida dos trabalhadores.⁴¹

A política de *software* proposta, não deve estar voltada apenas para uma noção patrimonialista, mas ao contrário, deve deslocar-se em direção a um eixo ético de compromisso social.⁴² O presente trabalho entende que a promoção desse tipo de política é apta a agregar valor aos processos e produtos desenvolvidos e comercializados pela empresa,

40 CARVALHO, Nuno T.P. *Os inventos de empregados na nova lei de patentes* – I. Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual. Vol.22 mai/jun São Paulo, 1996^a, pp. 09-10.

41 CASTELLS, Manuel. CARDOSO, Gustavo. *A sociedade em Rede. Do Conhecimento à Acção Política*. Disponível em: <http://www.cies.iscte.pt/destaques/documents/Sociedade_em_Rede_CC.pdf> Acesso em: 12/05/2014.

42 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6^a.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

e, ainda, e fundamentalmente, a promover ações voltadas ao bem estar social e ao desenvolvimento da comunidade na qual está inserida.

Isto posto, propõe-se uma política de *software*, na instituição empresarial, pautada no sistema aberto de normas que é o princípio da proporcionalidade, onde prevaleça o princípio fundamental da vedação ao enriquecimento sem causa e que prime pelas norma e princípios constitucionais.

Como ponto de partida, reconhece-se a inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei nº 9.609/98 e que o mesmo encontra-se apartado da nova perspectiva tecnológica e dos princípios constitucionais. Em prosseguimento, em harmonização aos direitos constitucionais postos, sob certas circunstâncias, reconhece-se que não há direitos fundamentais absolutos. A partir da identificação dos princípios jurídicos fundamentais para cada caso concreto, competirá às partes, empregador e empregado autor, ponderar os diversos princípios jurídicos relevantes, segundo fatos e valores incidentes no caso. Não há tarefa fácil. Contudo, o consenso revela-se como sendo a melhor escolha possível, dentre os meios viáveis, para atingimento dos fins propostos.

Assim, adotam-se as considerações de Celso Ribeiro Bastos⁴³ que considera a proporcionalidade “um guia à atividade interpretativa”, uma vez que o considera aplicável em qualquer interpretação.

Conclusão

O incremento da propriedade intelectual no mundo alterou a velocidade das transformações sociais, demonstrando toda a sua importância no desenvolvimento das nações e das sociedades.

Neste sentido, a importância do tema proposto apto a auxiliar os organismos sociais à promoção de profundas e importantes alterações.

Delineou-se um conceito de propriedade intelectual, concluindo que o mesmo excede os limites traçados pelo artigo 1.228 do Código Civil. O instituto da propriedade intelectual compreende a titularidade dos bens intelectuais – direitos autorais, propriedade industrial e proteção *sui generis*; a exclusividade de uso de certos bens imateriais; o direito de clientela e a concorrência desleal.

43 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2 ed. São Paulo: IBDC, 1999, p. 185.

São ramos da propriedade intelectual: os direitos autorais, a propriedade industrial e a proteção *sui generis*. São áreas dos direitos autorais: os direitos de autor, os direitos conexos e a proteção dos programas de computador. Autor é aquele que cria, que idealiza, que elabora uma obra intelectual, imprimindo sua própria individualidade no produto da criação de seu intelecto. Sendo a obra expressão da criação do espírito, nos termo do artigo 7º da Lei nº 9.610/98, a mesma está intimamente relacionada à pessoa física que a materializou.

Ao criador intelectual da obra pertencem direitos morais e patrimoniais.

A análise do artigo 4º da Lei nº 9.609/98, em conjunto com o inciso XXVII, do artigo 5º da Constituição Federal, permitiu concluir que este artigo legal é inconstitucional e, assim, vulnera o direito patrimonial do autor criador de programa de computador, proporcionando uma insegurança jurídica nas relações entre empregador e empregado autor.

A norma do artigo 4º da Lei de *software* não retirou apenas a exclusividade do direito patrimonial do empregado autor, mas foi além, em absoluta afronta ao dispositivo constitucional, alterou a própria titularidade dos direitos relativos aos programas de computador.

Sob o prisma do instituto constitucional da propriedade, o direito patrimonial de propriedade intelectual do empregado autor de *software*, não pode ficar limitado à remuneração ou ao salário convencionado, mas deve ser objeto de contraprestação própria, diferenciada e identificável pelo empregado.

A criação original no âmbito de uma relação de emprego, a despeito do esvaziamento legal dos direitos do empregado autor, deve merecer proteção tutelar própria do ordenamento jurídico, com o objetivo de reequilibrar a imbricada relação entre empregador e empregado, na medida em que a criação compreende um esforço intelectual diferenciado, capaz de agregar valor à empresa e exceder a relação contratual inicialmente firmada.

Em um cenário de profundas transformações, uma solução possível é a adoção pela empresa nacional de uma política de *software*, objetivando a proteção do direito patrimonial de propriedade intelectual do empregado autor juntamente com a capacitação tecnológica da empresa, a atração de investimentos produtivos e o desenvolvimento econômico nacional, impulsionando a ampliação de seus índices de inovação.

Este trabalho permite concluir que há uma correlação entre inovação tecnológica e emprego, e também entre inovação tecnológica, organizacional e níveis de vida dos

trabalhadores, revelando a importância da implantação de uma política de software na empresa nacional.

Referências bibliográficas

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

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2 ed. São Paulo: IBDC, 1999, p. 185.

BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas à globalização*. 1999.

CARVALHO, Nuno T.P. *Os inventos de empregados na nova lei de patentes – I*. Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual. Vol.22 mai/jun São Paulo, 1996.

DIMOULIS, Dimitri. *Dogmática dos Direitos Fundamentais: Conceitos Básicos. Caderno de Comunicações: Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*, ano 5, n. 2, jan. 2001.

FIGUEIRA, A.L. Barbosa. *Sobre a propriedade do trabalho intelectual. Uma perspectiva crítica*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999.

GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson Guimarães. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990.

JESSEN, Henry. *Direitos Intelectuais*. Rio de Janeiro: Ed. Itaipu, 1967.

MELO, Renato Dolabella. *Patentes e Desenhos Industriais: Instrumentos Legais para Coibir os Abusos*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Sraiva, 2013.

MINHARRO, Francisco Luciano. *A Propriedade Intelectual no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2001.

NETTO, José Carlos da Costa. *Direito Autoral no Brasil*. São Paulo: Ed. FTD, 1998.

POSNER, Richard A. *Law and literature*. Cambridge, Mass., 2009.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. I.

SANSEVERINO, Rita. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 1976.

SILVEIRA, Newton. *Estudos e Pareceres de Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Ana Cristina França. *Avaliação de Propriedade Intelectual e Ativos Intangíveis*. Revista da ABPI, nº 39, 1999.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. WCT, 1996. *Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor*. Genebra: WIPO, 1996.

WIPO, 2008. *Intellectual Property Handbook*. 2ed. Genebra: WIPO, 2008. ISBN 978-92-805-1291-5.

WIPO, 2014b. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/ompi/>>. Acesso em: 14 maio de 2014.

WIPO, 2014c. *International IP Protection of Software*. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wipo_ip_cm_07/wipo_ip_cm_07_www_82573.pdf> . Acesso em: 08/07/2014.