XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

CARLA EUGENIA CALDAS BARROS

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Carla Eugenia Caldas Barros, João Marcelo de Lima Assafim, Renata Albuquerque Lima– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-050-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Inovação. 3. Propriedade intelectual. 4. Concorrência I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Como forma de valorizar e prestigiar a pesquisa científica, o diálogo, as experiências e visões no meio acadêmico e no profissional, este livro é resultado de importantes contribuições de pesquisadores, professores e alunos da área do Direito Concorrencial e de Propriedade Intelectual. Referidos trabalhos foram apresentados durante o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Aracajú-SE, em junho de 2015. Teve como objetivo congregar referidos trabalhos no Grupo de Trabalho de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência.

Assim, com o tema A proteção jurídica do conhecimento tradicional: uma reflexão a partir da obra epistemologia do Sul, Marcus Vinícius Viana da Silva e José Everton da Silva analisaram a construção jurídica e social do conhecimento tradicional, através da obra Epistemologia do Sul, de Boaventura de Sousa Santos. A obra trata da divisão social que existe entre os países do norte e do sul, evidenciando que a maioria das produções, legislações, direitos e deveres que favorecem o norte, acabam por não favorecer, ou ainda excluir a região sul do mundo. Dessa forma, o artigo estabeleceu a análise do conhecimento tradicional sobre a perspectiva de beneficiar mais uma região do globo em relação à outra.

Já as autoras Bárbara de Cezaro e Thami Covatti Piaia, com o artigo Ativismo digital no Brasil: considerações sobre o marco civil da internet, fizeram uma abordagem sobre o Marco Civil da Internet, Lei nº 12. 965/14, uma legislação que trouxe ao país, um rol de normatizações e princípios, que buscam servir de base jurídica para as relações estabelecidas entre cidadão, internet, tecnologias da informação e comunicação.

Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza e Arlindo Eduardo de Lima Júnior, no trabalho intitulado Contratos internacionais e propriedade intelectual: a necessidade de adequação de regras, fizeram uma análise da propriedade intelectual como instituto apto a possibilitar o desenvolvimento dos países desprovidos de tecnologia de ponta. Em relação aos contratos internacionais envolvendo este tema, busca-se verificar se o tratamento jurídico dispensado pela ordem jurídica brasileira é adequado aos desafios postos por aqueles que transacionam estes bens imateriais.

Thais Miranda Moreira e Marcos Vinício Chein Feres, no trabalho denominado Direito como identidade, patentes farmacêuticas e doenças negligenciadas: o caso da leishmaniose no Brasil , analisaram a ineficácia da Lei de Propriedade Industrial (LPI), lei nº 9.279/96, quanto ao estímulo de investimentos em pesquisa e desenvolvimento de medicamentos para doenças negligenciadas, mais especificamente pela análise de dados relacionados à Leishmaniose.

Mário Furlaneto Neto e Larissa Stefani, no trabalho Direito de autor e direito à educação na sociedade da informação: a questão do livro digital, abordaram o livro digital como instrumento para a efetivação do direito à educação e a promoção do Direito de Autor. A partir de uma abordagem histórico-evolutiva verifica-se que o livro impresso influenciou as transformações sociais ao tornar-se essencial às instituições de ensino, ao desenvolvimento humano e à formação da legislação autoral. Com o advento da revolução da tecnologia, a obra literária, agora em formato digital, retomou o seu destaque, ampliando as possibilidades de acesso ao conhecimento.

Já Paulo Gomes de Lima Júnior, no trabalho Direitos da personalidade do autor, aborda a discussão acerca dos direitos autorais compreenderem tanto o âmbito dos direitos de propriedade material quanto à esfera dos direitos conexos, abrangendo ainda os direitos patrimoniais e morais do autor. A proteção dos direitos autorais não deve ser restrita à propriedade literária ou intelectual do autor, mas deve alcançar também os direitos dos intérpretes, executantes, rádio difusores e televisivos, sem o quais a obra intelectual não atingiria o público alvo e toda a sociedade a qual a obra é destinada.

As autoras, Marília Aguiar Ribeiro do Nascimento e Rafaela Silva, na obra Empresas de base tecnológica e gestão da propriedade intelectual, tratam de empresas intensivas em conhecimento e tecnologia, que apresentam particularidades em relação às empresas de setores tradicionais. Assim, propõe-se uma revisão teórica e apresenta-se um modelo de gestão da Propriedade Intelectual, voltadas às empresas de base tecnológica, partindo-se da premissa de que produzir tecnologias com alta agregação de valor contribui para o desenvolvimento da nação.

Sabrina Alves Zamboni e Paula Maria Tecles Lara, no trabalho Ghost Writer: autonomia privada e a possibilidade jurídica da renúncia aos direitos morais de autor analisou a figura do ghost writer, tendo como base o Direito Autoral Brasileiro e a possibilidade de renúncia ao direito moral de paternidade da obra intelectual, fundamentando tal ato no princípio da autonomia privada.

Maria Isabel Araújo Silva dos Santos e Cristiani Fontanela, no artigo Habitats de inovação aberta: a gestão do conhecimento nos parques científicos e tecnológicos, buscam contribuir na discussão da importância da Gestão do Conhecimento (GC) nos PCT, enquanto habitats de inovação aberta, cujo objetivo é o desenvolvimento social e econômico das regiões em que estão inseridos, mediante a difusão de uma cultura inovadora e empreendedora, estimulando a criação e crescimento de empresas voltadas à inovação, promovendo um relacionamento entre a universidade e o setor empresarial, ações estas compreendidas como fundamentais no desenvolvimento da sociedade do conhecimento.

Já Luciana Tasse Ferreira, no trabalho Licença compulsória de patentes: um instrumento para a funcionalização social do direito de propriedade intelectual, explora as condições necessárias para que a licença compulsória seja efetiva, isto é, propicie a incorporação da tecnologia em questão à capacidade produtiva do licenciado. A relevância do tema adquire contornos mais significativos mediante a necessidade de tornarem-se efetivas as transferências de tecnologia em geral para países em desenvolvimento, o que se faz particularmente urgente no caso da licença compulsória, instrumento importante para viabilizar o acesso dessas populações a medicamentos e à saúde.

Daniel Fernando Pastre, no artigo Propriedade industrial, direito da concorrência e desenvolvimento sustentável, analisa os fundamentos e objetivos gerais da proteção concedida pelo Estado aos direitos de propriedade industrial, contrapondo-os àqueles relativos à concorrência, e ao desenvolvimento sustentável.

Tiago Baptistela e Claudete Magda Calderan Caldas, no artigo Propriedade intelectual e direitos humanos: para uma outra ordem jurídica possível no acesso aos medicamentos abordam a questão do acesso aos medicamentos a partir das normas internacionais sobre a propriedade intelectual, em especial do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), discutindo questões como a proteção das patentes farmacêuticas, o direito à saúde e o acesso a medicamentos ter repercutido em diversos foros internacionais.

Victor Hugo Tejerina Velázquez e Michele Cristina Souza Colla de Oliveira, no trabalho Propriedade intelectual, função social e direitos humanos: patentes de medicamentos em confronto com os princípios constitucionais relacionados à saúde pública, discutem a função social da propriedade intelectual e particularmente a função social da propriedade industrial patentes de medicamentos. As discussões em torno do tema da saúde pública implicam, necessariamente, em uma análise dos princípios que regem nosso ordenamento jurídico e os acordos e os tratados internacionais atinentes.

Natália Cepeda Fernandes e Maria Cristina Pinto Gomes da Silva, no artigo Reflexões sobre o Direito de Propriedade intelectual do criador a partir do previsto na lei de software brasileira , analisam quem é coautor de programa de computador quando este for criado e desenvolvido por mais de uma pessoa, tendo em vista as limitações que a lei impõe à proteção dos softwares.

E, por último, Mauricio José dos Santos Bezerra, no artigo Registrabilidade das marcas sonoras, o direito da voz e a interpretação jurídica, aborda conteúdos sobre registrabilidade de marcas sonoras e do direito de voz no Direito Brasileiro, levando-se em conta as regras de hermenêutica e o direito comparado.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima

Profa. Dra. Carla Eugenia Caldas Barros

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim

REFLEXÕES SOBRE O DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL DO CRIADOR A PARTIR DO PREVISTO NA LEI DE SOFTWARE BRASILEIRA.

REFLECTIONS ON THE INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS OF THE CREATOR FROM WHAT IS FORESEEN IN BRAZILIAN SOFTWARE LAW

Maria Cristina Pinto Gomes da Silva
Natália Cepeda Fernandes

Resumo

Resumo A criação e desenvolvimento de um software pode envolver uma pluralidade de autores cada um realizando determinada atividade de acordo com a sua especialidade. Entretanto, nem todas as pessoas envolvidas no desenvolvimento recebem proteção autoral, uma vez que a lei restringe a sua proteção ao programa de computador e não a totalidade do trabalho desenvolvido na criação do software. O objetivo do presente trabalho é analisar quem é coautor de programa de computador quando este for criado e desenvolvido por mais de uma pessoa, tendo em vista as limitações que a lei impõe à proteção dos softwares. O presente estudo desenvolveu-se pelo método qualitativo, de análise de conteúdo. Conclusões: A lei 9.609/98 protege a expressão do programa de computador e não a ideai em si. A proteção não está adstrita ao código fonte. A configuração da autoria dos programas de computador exige - além dos requisitos comuns a todos direitos autorais; a proteção da criação pela lei 9.609/98. De regra, a titularidade originária é concedida aos autores. A lei sub-roga os direitos do criador quando a obra for coletiva, ou resultado de contrato de trabalho ou de contrato de prestação de serviço. A titularidade pode ser objeto de contrato. A complexidade de auferir o que é protegido pela Lei 9.609/98 surte efeitos na questão da autoria e por consequência da titularidade. A legislação brasileira, por si só, não garante qualquer proteção a quem participou da criação do software, mas não é autor.

Palavras-chave: Software, Direitos autorais, Autoria, Titularidade.

Abstract/Resumen/Résumé

The creation and development of a software may involve a plurality of authors, each performing a specific activity according to their own specialty. However, not all people involved in the development receive copyright protection, since the Brazilian law limits its protection to the computer program in itself, and not to all work dedicated to the creation of the software. The objective of this study is to analyze who is co-author of a computer program when it is created and developed by more than one person, given the limitations imposed by law to the protection of software. This study was developed by use of the qualitative method of content analysis. Conclusions: The Law 9.609/98 protects the expression of the computer program and not the idea in itself. Protection is not enrolled to the source code. The configuration of the authorship of computer programs requires - in addition

to the commonrequirements to all copyright; the protection of the creation by the law 9.609 /98. By rule, the original title is granted to authors. The law subrogated the rights of the creator when the work is collective, or when it is the result of a contract of employment or the provision of a service contract. The complexity of deriving what is protected by the Law 9.609 / 98 produce its effects on the question of authorship and consequently of ownership, Brazilian law, by itself, does not guarantee any protection to those who participated in the software creation, but is not the author.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Software, Copyright, Authorship, Ownership.

1. Introdução

A criação e desenvolvimento de um software pode envolver uma pluralidade de autores cada um realizando determinada atividade de acordo com a sua especialidade. Entretanto, nem todas as pessoas envolvidas no desenvolvimento recebem proteção autoral, uma vez que a lei restringe a sua proteção ao programa de computador e não a totalidade do trabalho desenvolvido na criação do software.

A criação do software conta com o desenvolvimento de várias etapas, sendo algumas delas: a identificação da função do programa, o *desing*, a codificação, a comercialização, a publicidade, etc. Assim, são diversos os profissionais que podem se encontrar envolvidos no processo de criação, e que, mesmo desenvolvendo algo inédito, não terão sua criação protegida por direitos autorais. Por conseguinte, não serão considerados autores.

É que a legislação brasileira concede proteção às criações que evolvem os programas de computador, através da Lei dos programas de computador – Lei 9.609/98 e da Lei dos direitos autorais - Lei 9.610/98. As criações dos programas de computador são equiparadas as obras literárias o que torna desnecessário o registro para a concretização dos direitos do autor. A lei de software protege a "(...) expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada(...)"[1] o que é interpretado como o código fonte.

Esta interpretação limita a autoria apenas àqueles que participaram da redação do código fonte, que é a é o conjunto de regras com a descrição dos procedimentos lógicos do programa. Os colaboradores que participaram somente da criação do *desing*, da publicidade, do planejamento, por exemplo, não seriam considerados autores.

O valor do software, todavia, está relacionado com a aceitação que o produto tem no mercado que vai depender da sua funcionalidade, da interação que permite ao usuário, e da sua operacionalidade. A forma que o código-fonte está redigido é indiferente para a escolha do usuário que tem como opção softwares que se destinam ao mesmo propósito.

O objetivo do presente trabalho é analisar quem é coautor de programa de computador quando este for criado e desenvolvido por mais de uma pessoa, tendo em vista as limitações que este impõe à proteção dos softwares.

Este estudo desenvolveu-se pelo método qualitativo, de análise de conteúdo. A análise de conteúdo, que se caracteriza pelo conjunto de técnicas de análise das comunicações, é proposta para, sistematicamente, obter os seguintes dados: a) o que abrange a proteção jurídica concedida às criações intelectuais dos programas de computador; b) como se configura autoria e titularidade de direitos das criações dos programas de computador; c)

[1] Lei 9.0609/98, atrigo 1º.

quais os reflexos das limitações da proteção jurídica dos programas de computador na configuração da autoria.

2. Definição jurídica de programa de computador

Para definir quais as criações são protegidas pela lei 9.609/98 é necessário estudar a real definição de programa de computador. Para isso distingue-se programa de computador de software, já que os termos são por vezes utilizados pela doutrina como sinônimos e outras vezes não. Após, será verificado se a proteção jurídica garantida aos programas de computador está adstrita ao código fonte; e se não estiver, identificar-se-á quais as criações que merecem tal proteção.

2.1 O software e o programa de computador

A proteção concedida as criações dos programas de computador é a mesma conferida às obras literárias como disposto no artigo 1º da lei 9.609/98, que dispõem sobre questões específicas da proteção da propriedade intelectual de programa de computador e da sua comercialização no Brasil.[2]É aplicada subsidiariamente a Lei 9.610/98, que dispõem sobre direitos autorais e também classifica os programas de computador como obras intelectuais.[3]

Boa parte da legislação internacional também considera os programas de computador como obras intelectuais protegidas pelos direitos autorais. A equiparação da proteção dos programas de computador à proteção conferida a uma obra literária está presente na Convenção de Berna (1971) e no Acordo TRIPS (sigla em inglês para Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), adotado em 1995, no âmbito da Organização Mundial do Comércio. Nesse sentido, este Acordo estabelece que:

> Art. 10 (1) TRIPS - Programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna (1971).

A proteção dos programas de computador também pode ocorrer através do direito patentário. O patenteamento dos programas de computador, por exemplo, é uma das formas de proteção adotada nos Estados Unidos. A concessão de patentes aos programas de computador, no entanto, não faz parte do sugerido pelas legislações internacionais.

[2]Art. 2º 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.
[3]Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: XII - os programas de computador;

(MATSUYA, 2012, p.17). No Brasil é vedado o patenteamento de programas de computador uma vez que os mesmos não são considerados invenções nem modelos de utilidade. [4]

A lei brasileira que trata das especificidades da proteção das criações intelectuais que envolvem programas de computador é a Lei 9.609/98. Esta determina que:

> Art. 1º 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. (grifo nosso)

Apesar de ser usualmente denominada como "Lei do Software", tal legislação protege apenas uma parte do software: o programa de computador que é a parte relativa à sua codificação. Isto ocorre porque o programa de computador – tal como previsto na Lei 9.609/98 - é a linguagem codificada, ou seja, o código-fonte ou código objeto do software. O código fonte é o conjunto de regras com a descrição dos procedimentos lógicos do programa, tendo como base o próprio idioma humano, enquanto que o código objeto é a conversão do código fonte em linguagem de máquina. (SANTOS, 2008, p. 39)

O software não está limitado a sua codificação, uma vez que "a descrição detalhada do programa, as instruções codificadas para criar o programa, a documentação escrita auxiliar deste, bem como outros materiais de apoio relacionados" também integram o software. O software compreende todo o conjunto de instruções para o processamento, produção e interpretação e transferência de textos, manuais, codificações, dentre outros. As ferramentas e documentos que integram o software, mas não constituem o programa de computador não são protegidos pela lei 9.609/98. (PIMENTEL, org, 2009, p. 32)

O software também se confunde com o respectivo suporte físico, que é denominado hardware. As unidades físicas são denominadas de *hardware*, a exemplo do disquete, *chip*, teclado, CPU, monitor e demais elementos mecânicos, elétricos ou eletrônicos. O *hardware* necessita do software para ter funcionalidade e utilidade. (PIMENTEL, org, 2009, p.)

São elementos do software a arquitetura do software, o algoritmo, código, a documentação, a base de dados e o uso do sistema. A arquitetura é a modulação ou a estrutura do software. O algoritmo é a metodologia geral de um programa, "trata-se do código de uma determinada sequência de símbolos, para leitura mecânica ou humana, a ser operada por *hardware* computadorizado, tal como código-objeto e código-fonte." A documentação engloba os textos explicativos de funcionamento para a leitura do usuário. A base de dados é

[4] Lei 9.279/96 Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade: V - programas de computador em si

o conjunto de dados eletrônicos que devem ser utilizados com o programa. Por fim, o uso do sistema é a função desempenhada pelo software. (PIMENTEL ,org, 2009, p. 39/40)

O núcleo abstrato do software é o algoritmo, mas com aquele não se confunde. Os algoritmos são as breves instruções que permitem a resolução de problemas em determinado *hardware*. A linguagem de programação é o que permite que o algoritmo seja entendido pela máquina (*hardware*). A Proteção realizada pela Lei 9.609/98 é dirigida ao conjunto esquemático de algoritmos desenvolvidos para resolver um problema predeterminado em um sistema informático de tratamento de dados, que é a linguagem da programação. A proteção é sobre o texto escrito (linguagem) e não sobre as letras (algoritmos). (PIMENTEL. (org), 2009, p. 34) Apenas a expressão é tutelada, as ideias, os ensaios e as cogitações, os planos, os algoritmos e os cálculos não são. (BARBOSA, 2003, p. 150)

Barbosa explica que o software compreende "um segmento em suporte informático (disquete, cd-rom, *chips*, etc) e outro em suporte convencional: livros, papéis, manuais, etc." O segmento de suporte convencional traz as instruções dirigidas ao receptor humano e, como não constituem o programa de computador, não são protegidos. Os documentos tangíveis, segundo o autor, são meros acessórios "ainda menos intrínsecos ao bem intelectual do que o papel em relação ao livro, a tela para um quadro, o mármore para a Pietá". (BARBOSA, 2003, p 143) Barbosa explica

> [a] intenção do legislador da Lei 9.609/98, assim, era proteger pelo regime especial exclusivamente o programa de computador, deixando de lado a documentação técnica associada – que, em princípio, será objeto do Direito Autoral genérico e do regime fiscal e regulatório próprio aos livros e documentos, conforme sua natureza. (2003, p 143)

A parte do software que não compõe o programa de computador poderá então estar protegida por outra forma de proteção intelectual. Se cumprirem os requisitos de proteção exigidos pelos direitos autorais, a tutela dos direitos será regulamentada especificamente pela lei 9.610/98. (PIMENTEL, org, 2009, p. 32)

Está claro que os vocábulos "programa de computador" e "software" não são sinônimos, já que o primeiro é apenas uma das partes que compõe o segundo. As criações que atribuem valor ao software, como o *desing*, a funcionalidade, ou determinada ferramenta de uso não serão protegidas, se considerado como programa de computador apenas a redação do código fonte. Cabe, desta forma, refletir sobre as delimitações realizadas pela lei 9.609/98 a cerca das criações intelectuais que tutela. [5]

[5]MATSUYA observaque: Copyright protection for a computer program covers only the expression and not the underlying idea of the program. The borderline between the expression and the idea may be controversial but no lawyer would find this statement incorrect for describing the current legal framework. This statement, however,

2.2 Os limites da proteção concedida pela lei 9.609/98

As criações tuteladas como programas de computador estão delimitadas no artigo 1º da lei 9.609/98. A redação do artigo que conceitua programa de computador especifica que o mesmo é a "expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada [...]", a partir desta colocação parece ser possível afirmar que a interpretação literal de tal assertiva, jamais permitiria a proteção de ideias. A interpretação da doutrina, todavia, contempla que a proteção conferida pela legislação não se restringe ao código fonte ou código objeto.

Wachowicz, por exemplo, considera que o criador não tem a exclusividade do uso da sua ideia, mas sim sobre a "expressão desta ideia materializada nas soluções expressas do programa de computador que desenvolveu." Isto porque o doutrinador considera que o programa computador necessita ter uma funcionalidade para ser protegido já que é elemento da noção de programa de computador "fazer com que determinado hardware desempenhe determinada função". Tal elemento, para o autor, consubstancia como característica única do software. (PIMENTEL, org., 2009, p. 37)

Barbosa também considera a exigência dos softwares possuírem uma finalidade. Explica que não há na legislação uma limitação de quais as finalidades necessárias para a concessão da proteção. Por isto, podem ser protegidos tanto os programas que se voltem à própria operacionalidade de máquinas, ou outras parcelas do sistema operacional quanto os programas que tenha fins externos ao hardware. O autor explica que "o emprego de programas para fins *técnicos* não impede a proteção desta lei, nem transfere integralmente tal utilização prática para a área das leis de patentes." Barbosa explica que a finalidade do programa de computador "é requisito de proteção sob a Lei do Software, mas não modifica a natureza da proteção, que será sempre a da lei específica." (BARBOSA, 2003, p. 160)

A expressão da funcionalidade é protegida, A proteção, portanto, não se resume ao código. (BARBOSA, 2003, p. 151) Barbosa explica que

> Exatamente a organização do conjunto de instruções, a sucessão de rotinas e subrotinas, a sabedoria e arte da ordem, destino e sucessão temporal dos comandos é o que caracteriza a originalidade no uso de uma linguagem de computação dentro de

---

can sound nonsense to an IT engineer. The most difficult and fun part of programming for an engineer is to create a sophisticated algorithm which enables fast, streamlined processing. Writing source code based on an algorithm requires much less creativity than designing the algorithm. Moreover, what gives value to a computer program for users is the functions achieved by the program. The difference in expressions counts little if two programs offer the same functions." MATSUYA, Yuko; Legal Protection of Software - Copyright, Patent and Open Source: Challenges for Business in a Mixed Environment, *MIPLC Master Thesis (2011/12)*, p. 17. DisponívelemSSRN: http://ssrn.com/abstract=2244216. Acesso em 07/09/2014.

> determinados limites de hardware. É o que dá o valor comparativo a um programa em face de outro.
> Assim, entre a simples idéia e sua expressão de um código em linguagem de máquina existe um vasto campo de atividade intelectual e de investimento. A presente proteção legal não inclui a idéia, mas cobre toda a criação feita a partir desta idéia, a qual vai resultar em algum momento na expressão final de um conjunto de comandos suscetíveis de leitura por uma máquina.

A proteção não abrange a ideia em si, mas abrange o resultado da ideia que vai resultar na expressão final. A tutela não se restringe ao conjunto de instruções em forma legível por máquina, estando protegida a sua formulação em linguagem de outra natureza. A tradução a uma outra linguagem de computador exige, portanto autorização do titular. (PIMENTEL, org., 2009, p. 69)

Mesmo que a proteção não esteja adstrita ao código fonte, ela não atinge qualquer funcionalidade.A lei 9.609/98 limita a proteção da funcionalidade do código quando define, em seu artigo 6º, III que não constitui ofensa aos direitos do titular de programa de computadora "(...)semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão".

É permitido, portanto ,pela legislação que programadores e analistas se inspirem em ideias de softwares já existentes e desenvolvam programas similares. (PIMENTEL, org, 2009, p. 43)A lei permite inclusive que uma parte do novo código seja idêntica a de outro código já existente, desde que não exista uma forma alternativa para a expressão de certa funcionalidade. A semelhança permitida é a forma de garantir a possibilidade de dois softwares terem a mesma funcionalidade.

O ordenamento jurídico brasileiro também permite semelhança na aparência e funcionamento dos programas de computador, o que é denominado de *look and feel* ou "jeitão". O *look and feel* não se refere apenas a aparência, mas a forma como o programa de computador interage com o usuário. São fatores que interferem diretamente no valor comercial do software, uma vez que o usuário irá se basear na facilidade de manuseio de um software para escolher entre dois programas de computador que possuem a mesma funcionalidade. A semelhança do *look and feel* entre programas de computador é permitida para facilitar a inserção de programas concorrentes no mercado, já que o "usuário não sente maiores dificuldades de aprendizado decente de cada um deles, pela coincidência de telas, pela sequência de comandos ou pelo tipo da resposta". (BARBOSA, 2003, p. 150)

É complexo auferir o que realmente está protegido pelos direitos autorais em um programa de computador, já que existe até a possibilidade de uma parte do próprio código não

estar protegida. Por isso, cabe averiguar a interpretação do termo "semelhança" utilizado pela lei para afastar a proteção de uma obra.

A identidade de código é permitida quando não houver outra forma para representar certa funcionalidade. Logo, a semelhança permitida pela lei tem relação coma sua funcionalidade central. Por exemplo, a existência de um programa de computador que permita controlar processos judiciais não impede que se crie um outro com a mesma funcionalidade. Este novo programa terá diversas ferramentas que são inerentes à sua função, pois ele não cumpriria sua função sem elas. Essas são as semelhanças que a lei permite.

A forma como um programa de computador desempenha a funcionalidade, as suas características especificas e distintivas, é que está protegida. Logo, plágio não exige identidade de código.

Isso significa que a proteção não está adstrita ao código, ainda que não atinja a ideia. A análise do que está protegido pela lei de programas de computador deve ser feita caso a caso, considerando o grau de criatividade e de individualidade da obra, e a relação entre a funcionalidade e o código. [6]

A fim de verificar a relação de uma criação com determinada obra diferentes Barbosa identifica e individualiza as diversas fases seguidas na elaboração de um programa de computador. O autor considera que o desenvolvimento de um software ocorre em 06 fases, e a classificação da criação em cada fase ajuda a determinar como ela se relaciona com o o código fonte

> (1) a concepção da ideia que soluciona o famoso problema técnico de que falam as lei de patentes; (2) a formulação do método a seguir, usualmente expresso em fórmulas matemáticas ou lógico-matemáticas, denominado algoritmo; (3) o organograma ou plano de solução, resultante do algoritmo; (4) um texto em linguagem de programação - BASIC, C, PASCAL - que toma os elementos do organograma, chamado de programa fonte ou código fonte; (5) um texto em linguagem intermediária, assembly ou de compilação; (6) um texto legível diretamente pela máquina, denominado código objeto. (BARBOSA, 2003, p. 154)

Barbosa explica que até a terceira fase o texto é expresso na linguagem natural. O código fonte, e por conseguinte o código objeto, são resultados de tal fase. Apesar de escrito de outra forma constituem-se na mesma obra, pois já se constitui no conjunto de instruções. O autor entende que as criações classificadas a partir da terceira fase são protegidas. (BARBOSA, 2003, p. 154)

[6] Como explica Asenssão para ser protegida pelo direito autoral um obra deve ter um mínimo de originalidade de originalidade, tendo em vista que se protege a criação. A individualidade, também é considerada como requisito de proteção das obras de direito autorais, necessitando constar a marca do autor.

As criações classificadas nas duas primeiras fases, ou seja, a concepção da ideia ou o desenvolvimento do algoritmo, não são tuteladas pela Lei 9.609/98.As criações que se classificam na primeira fase não são protegidas, já que a lei não protege as ideias. Mesmo que seja algo totalmente inovador, não receberá a proteção, sendo permitido que terceiros utilizem a ideia. As criações da segunda fase não são protegidas, pois não constituem linguagem.

A análise de qual parte da criação está protegida identifica a relação desta com o código fonte. Apesar de ser o objeto central da proteção, o código não é a parte mais importante do software. O usuário não utiliza um programa de computador porque ele possui um certo texto, mas sim porque ele possui uma certa funcionalidade. O objeto do software é justamente a sua funcionalidade, e não a comunicação, já que sua primeira fonte de valor é o seu comportamento. (REICHMAN, 1994, p. 2315)

A proteção, todavia, não se relaciona com o valor que a participação atribuiu a obra, mas sim com o quão criativa está é. Diante da possibilidade de uma pessoa ter participado do desenvolvimento de um software e de suas contribuições terem atribuído valor a obra, mas não serem protegidas, cabe discutir como o problema do que é protegido em um programa de computador reflete nas questões de autoria e titularidade.

3. Titularidade e autoria dos programas de computador

Cabe investigar o instituto jurídico da autoria e da titularidade para verificar a possibilidade daqueles que participaram do desenvolvimento do software, mas não realizaram a programação, terem algum direito em relação à obra realizada. Seja como autor, seja como titular.

3.1 A autoria dos programas de computador

A autoria é concedida ao criador intelectual de uma obra protegida por direitos autorais, como é o caso dos programas de computador. O autor sempre será considerado como tal, ainda que não seja o titular de direitos da obra. (ASCENSÃO, 1997, p. 71)

A legislação brasileira não exige que o autor registre a obra para ter os seus direitos reconhecidos, o direito se origina com a criação da obra. (HAMMES, 2002, 60) O registro da obra facilita a prova da autoria, mas a inexistência dele não prejudica a proteção. A realização do registro é realizada no Brasil pelo INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial, mesmo órgão que registra as propriedades industriais.

A autoria é garantida àquele que originou a obra, o que afasta a possibilidade de pessoas jurídicas serem consideradas autoras. Uma obra só é protegida por direito autoral

quando é resultado de atividade intelectual, por isso só pode ser autor um ser inteligente. Pode ser autor uma pessoa natural ou um grupo de pessoas.(HAMMES, 2002, 134)

Uma obra criada com o real empreendimento criativo de mais de uma pessoa caracteriza-se como obra em coautoria.[7] Entre os coautores constitui-se uma relação recíproca de colaboração, e não havendo disposição em contrário, as partes possuem igual proporção de direitos. O simples auxílio ao autor não configura coautoria, para tanto é necessária uma relação de colaboração na criação da obra.

É complexa a análise da autoria nos programas de computador quando a criação é realizada de forma integrada, ou seja, por mais de uma pessoa. (ASCENSÃO, 1997, p. 91) Isto porque a coautoria exige a efetiva atividade criativa da obra protegida. Foi analisado, todavia, que a proteção concedida pela lei 9.609/96 é dirigida apenas aos programas de computador. A tutela está limitada as criações da linguagem, ainda que não se restrinja ao código-fonte.

A criação de um software pode contar com a participação de colaboradores de diversas especialidade, e, por isto, nem todos realizaram a redação do código fonte. É possível, portanto, que uma pessoa participe do desenvolvimento de um software sem ser coautora.

As criações que garantem autoria são apenas as que integram a parte protegida do software. Quando mais de uma pessoa participar do desenvolvimento de um software é necessário identificar o que cada um criou e se a criação está protegida.

Fabíola Zibetti alerta que a contribuição, para configurar autoria, necessita ser realizada durante o período de consecução do programa. As contribuições realizadas após a criação não configuram autoria. Não é coautor, por exemplo, quem participa da exploração da obra.(PIMENTEL, org, 2009, p.95)

Foi visto que para facilitar a cerificação do que é protegido classificam-se as fases de desenvolvimento do software. A análise da autoria exige identificar em que fase do desenvolvimento enquadra-se a sua criação. Foi estudada a classificação realizada por Barbosa e identificado que o autor considera que a proteção inicia na terceira fase que abrange "o organograma ou plano de solução, resultante do algoritmo." A expressão está redigida em linguagem natural, ainda não está codificada, mas recebe a tutela da proteção concedida aos programas de computador. Isto porque a codificação é a simples "tradução" para linguagem máquina. (BARBOSA, 2003, p. 154)

[7] Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: VIII - obra: a) em co-autoria - quando é criada em comum, por dois ou mais autores, Lei 9.610/98

Os que colaboradores que participaram apenas da primeira fase não devem ser considerados autores, já que apenas tiveram uma ideia. Tampouco são considerados autores os que desenvolveram o algoritmo (segunda fase) que não é protegido por não caracterizar a linguagem.

A autoria não está limitada a redação do redigiu o código fonte, mas é estendida a todos que participarem da criação e desenvolvimento do software. Cabe verificar, portanto, se estes podem ser titulares, já que titularidade e autoria não se confundem.

3.2 A titularidade dos programas de computador

O titular de uma obra é aquele que detém os direitos patrimoniais relacionados, é a quem a lei confere "o direito exclusivo de usar, fruir e/ou dispor de um bem, tal como um programa de computador." (PIMENTEL, org, 2009, p. 81) O titular e o autor não serão necessariamente a mesma pessoa.

As obras de direito autoral concedem usualmente dois tipos de direitos: os patrimoniais e os morais. Os direitos morais sempre pertencerão ao autor, ainda que este não seja o titular dos direitos da obra. A Lei 9.609/98 restringe os direitos morais dos autores de programas de computador lhes garantindo apenas: (1) o direito de reivindicar a paternidade do programa, e (2) 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.[8]

Os direitos patrimoniais, que compreendem os direitos de explorar a obra economicamente, pertencem ao titular. Os direitos patrimoniais, diferentemente dos direitos morais, podem ser comercializados, transferidos, o que possibilita que o autor de uma obra não seja o titular da mesma. Tanto não se confundem os direitos do titular e do autor que uma pessoa jurídica pode ser titular de uma obra.

A lei indica a quem pertence a titularidade originária, mas não impede que a mesma seja objeto de contrato. De regra a titularidade originária dos programas de computador, assim como ocorre com as outras obras de direito autoral, é garantida ao autor de tal obra.

Há situações, todavia, que titularidade originária dos direitos sobre o programa de computador pertence a uma pessoa que se sub-roga em tais direitos. Destaca-se três situações em que ocorre tal sub-rogação prevista em lei: (1)obra coletiva, (2) obra resultado de contrato de trabalho e (3) obra resultado de contrato de prestação de serviço.

[8] Lei 9.069/98 ARTIGO 2º, parágrafo 1º.

A obra coletiva é a criada por "iniciativa, organização e responsabilidade" de um organizador, como previsto no artigo 5º, VIII, h, da lei de direitos autorais. Nestes casos o organizador é o titular dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva, nos termos do artigo 17 do parágrafo 2º da lei de direitos autorais – Lei 9.610/98.

As outras exceções estão previstas no artigo 4º da lei dos programas de computador que determina

> 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.

A titularidade originária pertencerá ao contratante quando a obra for resultado de contrato de prestação de serviço ou de trabalho. A lei permite, todavia, que as partes deliberem em contrário.

A lei de programas de computador garante a quem encomendar uma obra a titularidade do programa. Do artigo 4º depreende-se, portanto, que é reconhecida a importância do idealizador do programa de computador, mesmo não tendo participado criativamente das outras fases de desenvolvimento do programa de computador. Aquele que identificou um problema a ser resolvido, ou seja, tenha participado somente da primeira fase, terá titularidade quando organizar tal obra ou contratar alguém para executá-la. O que não lhe garante, por si só, o reconhecimento de autoria. A pessoa que teve a ideia, mas não a organizou nem contratou alguém para realizá-la, apenas contando para terceiros a sua ideia, não merece autoria e tampouco titularidade da obra, já que em nada ajudou para que a mesma tivesse alguma utilidade prática.

Não há uma regulamentação especifica estabelecendo a quem pertencerá a titularidade de um programa de computador que tem mais de um criador quando nem todos são considerados coautores. A regra aplicável é a regra geral, ou seja, são titulares originários os autores.

Nesses casos, não constituindo obra coletiva e não existindo contrato de prestação de serviço nem de trabalho, o programa de computador será de titularidade originária daqueles que podem ser considerados autores. Foi analisado que algumas pessoas podem contribuir significativamente para o sucesso de um software e não serem consideradas autoras. Estas pessoas não estão protegidas pela lei.

Os direitos patrimoniais podem ser objeto de contrato. Por isto, a realização de um contrato entre os participantes da criação de um software regulamentando a titularidade do programa de computador em desenvolvimento é a forma dos participantes que não são coautores garantirem direitos patrimoniais sobre a obra.

4. Resultados

Os programas de computador são equiparados no ordenamento jurídico brasileiro às obras literárias, sendo suscetíveis de proteção por direitos autorias. A lei de direitos autorais de número 9.610/98 é aplicada de forma subsidiaria, pois as especificidades das proteções das criações intelectuais dos programas de computador são regulamentadas pela Lei 9.609/98.

A equiparação dos programas de computador às obras de direito autoral afasta a proteção de ideias abstratas, sendo tutelada a expressão dessas ideias. É permitido, portanto, que dois programas computadores tenham como objetivo desempenhar a mesma funcionalidade, sem que isto caracterize em infração aos direito autorais.

A operação de certa funcionalidade pode exigir semelhança de ferramentas, e por consequência identidade de linguagem. É permitido pela lei, portanto, a semelhança com outro programa quando a ferramenta for necessária ao desenvolvimento da funcionalidade do programa. A criação dos programas de computador, assim como ocorre com as obras literárias para ser protegida necessita ser suficientemente criativa e individual. Desta forma, só é permitida a identidade dos códigos quando ela for essencial para o desempenho da funcionalidade, sendo exigido que os programas possuam entre si diferença significativa.

A lei, quando permite funcionalidades parecidas utiliza o termo “semelhança”, não afasta totalmente a proteção de uma certa funcionalidade. A proteção não está restrita ao código uma vez que, abrange o resultado da ideia que vai resultar na expressão final.

Uma criação, não será protegida, ainda que original e individual quando não tiver relação próxima com o código fonte, ainda que tenha atribuído valor à obra. A proteção ou não de uma criação que integra o software depende da caracterização dos requisitos exigidos pela lei (originalidade, individualidade e relação com o código fonte) e não do valor que a criação concedeu ao software.

A complexidade de auferir o que é protegido pela Lei 9.609/98 surte efeitos na questão da autoria e por consequência da titularidade. Isto porque, só é autor de um programa de computador aquele que, durante o desenvolvimento da obra, realizou uma contribuição protegida. A configuração da autoria dos programas de computador exige além dos requisitos comuns a todos direitos autorais: efetiva participação daquele que a busca e o grau de

criatividade e de identidade da ideia; participação da criação na parte protegida pela lei 9.609/98.

Identificar em que fase do desenvolvimento da obra alguém, que busca autoria, participou é relevante na verificação da autoria. Os integrantes que participaram apenas da identificação do problema a ser solucionado pelo software não será considerado autor, nos outros casos cabe a análise.

Poderá ser considerado autor tanto quem redigiu o código fonte quanto quem participou das fases que antecederam a programação. Para verificar se houve ou não a autoria de certa pessoa cabe a analisar se o código expressa essencialmente o resultado da sua ideia. Quando expressar o idealizador também merece o reconhecimento de autoria.

Os resultados deste trabalho demonstraram que um grupo de pessoas pode desenvolver um programa de computador de forma conjunta, mas apenas alguns integrantes serem considerados autores. Sendo irrelevante para configuração da autoria o valor que cada ideia atribuiu ao programa de computador.

Determinar quem são os autores de um programa de computador pode ter efeitos na delimitação dos titulares da obra. Isto porque, de regra, a titularidade originária é concedida aos autores.

As pessoas que participaram do desenvolvimento do software, mas não são considerados autores não terão a titularidade originária dos programas de computador. Esta consequência importa quando a obra criada em conjunto não for resultado de obra coletiva, de contrato de trabalho ou de contrato de prestação de serviço, já que nestes casos a lei não garante titularidade originária aos autores.

Os participantes do desenvolvimento de um software, que não participarem da redação do código fonte e desejam ser titulares da obra devem realizar um contrato com os autores do programa de computador. A legislação brasileira, por si só, não garante qualquer proteção a estas pessoas.

REFERÊNCIAS

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

BARBOSA, Denis Borges, **Propriedade Intelectual – Direitos Autorais, Direitos Conexos e Software** – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

BRASIL. **Lei nº 9.279,** de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm> acessado em 30 de março de 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.609,** de19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências.. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm> acessado em 30 de março de 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.610,** de19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm> acessado em 30 de março de 2015.

HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de Propriedade Intelectual**. 3ª ed. São Leopoldo: Editora Unisinos. 2002.

MATSUYA, Yuko; Legal Protection of Software - **Copyright, Patent and Open Source: Challenges for Business in a Mixed Environment**, *MIPLC Master Thesis (2011/12)*, p. 17. DisponívelemSSRN: http://ssrn.com/abstract=2244216. Acessoem 07/09/2014.

PAESANI, Liliana Minardi, **Direito de Informática**, Sexta Edição, São Paulo: Atlas, 2009.

PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). **A proteção jurídica da propriedade intelectual de software** [Recurso eletrônico]: noções básicas e temas relacionados – Florianópolis, Sistema Federação das Indústrias do Estado de Santa Catarina: IEL, 2009. Modo de acesso: http://www.ielsc.org.br/web/pt/publicacoes#platic_vol_II.pdf. Acesso em 10 de setembro de 2014.

REICHMAN, H. Jerome, **A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs,** 94 *Columbia Law Review* 2308-2431 (1994) disponívelem: http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/896, acessoem 10 de setembro de 2014

SAAVEDRA, Rui. **A Proteção Jurídica do Software e a Internet**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos, **A Proteção Autoral de Programas de Computador**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVEIRA, Newton, **A Propriedade Intelectual e as Novas Leis Autorais** - 2 Ed., rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 1998.

WACHOWICZ, M. **O software: instituto de direito autoral *sui generis***. Âmbito Jurídico, v. 07/07, p. 1-26, 2007**.**