

A PROTEÇÃO JURÍDICA AO "SOFTWARE"

Adelmo Emerenciano

INTRODUÇÃO

Após a turbulenta e controvertida aprovação da Lei nº 7232/84, que criou a reserva de mercado para a indústria brasileira de informática, deparou-se o Governo e a Comunidade Jurídica com um novo e preocupante tema: Qual o regime jurídico a ser adotado para a proteção do mercado de "Software" (Sistema e Programa de Computador)? O de Patentes ou o de Direito Autoral?

A necessidade da urgente definição não decorre apenas da natural evolução dos institutos jurídicos para sua adaptação às novas realidades. Antes, a regulamentação da comercialização do "Software" atingirá diretamente aos produtos estrangeiros e em especial à indústria Norte-Americana de "Software", cuja participação no mercado internacional era de 70% em 1983, num volume de negócios estimado em US\$18 bilhões, e cuja previsão para o ano de 1987 é de US\$55 bilhões.

Em um mercado de tais cifras, as pressões pela adoção de um sistema de amplas garantias ao inventor, principalmente ao estrangeiro, e a liberdade para o crescimento e remessa de lucros, tornam-se crescentes, senão insuportáveis, a quase reduzir a questão jurídica a um simples regramento de estratégias de mercado dos grandes conglomerados transnacionais que o dominam.

Inúmeros reflexos advirão da adoção de um ou de outro regime, que irão desde os problemas de estruturação do sistema de comercialização até a já recente questão enfrentada pelo Brasil, nas conversações no âmbito da GATT (GENERAL AGREEMENT TARIFFS AND TRADE) em Punta Del Este no Uruguai, sobre incluí-los nas conversações sobre bens ou sobre serviços, onde, definiu-se sobre o primeiro ao invés do segundo, evitando assim de correr o risco de aguardar definição mais ampla sobre um setor ainda não regulamentado.

Face à multiplicidade de enfoques possíveis sobre o tema apresentado, e as singelas proporções deste trabalho, restringir-nos-emos a um mero esboço dos regimes sobre os quais têm gravitado as discussões.

1 – A QUESTÃO DA PROTEÇÃO INDUSTRIAL NO ÂMBITO INTERNACIONAL E NO BRASIL

O "Software", componente imaterial dos sistemas de tratamento das informações, já suscitou em outros Países uma definição Legislativa através da adoção do "Copyright" (Direito Autoral), um dos tradicionais sistemas de proteção as obras de criação intelectual.

No entanto, a atualidade de controvérsia é facilmente verificável, pois em um desses Países, já se conhece de decisões judiciais que entendem ser aplicável ao "Software" o regime de patentes, quando este "é um veículo intrínseco e indissociável, e em si mesmo patenteável".

No Brasil a propriedade imaterial a princípio, goza da proteção no âmbito Civil e Criminal. No primeiro, surge em decorrência da responsabilidade por atos ilícitos, prevista no Direito das Obrigações e no segundo, em virtude da tipificação do ato de Contrafação. O titular de um registro de patentes, possui em termos processuais dois métodos diferentes de proteção: A Ação de Contrafação e a Ação de Concorrência Desleal.

É comum o engano quanto ao alcance de cada uma das ações, embora se distingam por sua natureza, pelo âmbito, pelas condições da ação e pelos objetivos que colimam.

A Ação de Contrafação pressupõe necessariamente, a existência de um registro válido, enquanto a Ação de Concorrência Desleal dispensa privilégios e registros, e se funda nos pressupostos da responsabilidade Aquiliana.

As duas ações Cíveis não tendem a um mesmo fim. A Ação de Contrafação de natureza real, objetiva, por um rol de sanções graves, assegurar um direito específico e invocado. A Ação de Concorrência Desleal, de natureza especial, não pode, em princípio, obter sanções graves, pois busca-se inibir o aliciamento da clientela, considerado doutrinariamente desleal, haja visto o escopo de causar prejuízos.

Há que diferenciar-se também a proteção dada à invenção da proteção aos direitos do inventor. Enrico Lizzato faz referência às ações acessórias que seriam viáveis quando ocorressem fatos lesivos do direito do inventor e não Contrafação propriamente dita. O fundamento desta ação era o art. 1151 do Código Civil Italiano de 1865, que continha regra idêntica à do art. 159 do nosso Código. Comentando dizia:

"Perchè l'azione di contraffazione è il rimedio dato dalle legge all'inventore contro le violazioni dei suoi diritto e quando la legge rende possibile l'azione specifica di

contraffazione nessun'altra può essere proposta in sua vece dal possessore dell'attestato".

2 – DAS FORMAS JURÍDICAS DE PROTEÇÃO AO "SOFTWARE"

No Brasil as normas mais discutidas de proteção, têm gravitado em torno dos regimes tradicionais, o de Patentes e o de Direito Autoral, embora já esteja crescente a opinião favorável à adoção de um regime especial, opinião aliás, contrária à posição governamental.

Mesmo que sucintamente, verifiquemos cada um dos regimes:

REGIME DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

No Brasil este regime visa proteger as criações intelectuais, dando-lhes o caráter de um direito privado patrimonial e real, garantindo ao autor de invenção de modelo de utilidade, de modelo industrial e de desenho industrial a respectiva propriedade e o uso exclusivo a que alguns autores denominam Direito de Monopólio.

Para a obtenção do privilégio, é indispensável o conteúdo econômico da suscetibilidade de utilização industrial e o caráter de novidade. Como conceito desta, entende-se uma invenção como nova quando não compreendida no estado da técnica, entendendo-se como tal tudo aquilo que, em qualquer ramo de atividade, tenha sido colocado ao alcance do público, em qualquer parte do mundo, por qualquer meio de comunicação e/ou pelo uso, antes da data do depósito do pedido de privilégio, ressalvada a prioridade mais antiga. Como suscetível de utilização industrial o objeto da invenção deve permitir sua produção para o consumo e/ou aplicação em pelo menos um setor do sistema produtivo.

À primeira vista, parece ser perfeitamente aplicável ao "Software" o regime de patentes, uma vez que tem as características de uma obra intelectual de caráter tecnológico (Know-how), e não de caráter científico (know-why), e possibilita a aplicação industrial. No entanto, o regime de patentes exige a divulgação ilimitada e irrestrita da informação, referente ao bem protegido através de um relatório descritivo. Isto por si só é suficiente para desaconselhar a utilização de regime de patentes, haja visto que qualquer pessoa poderia, conhecendo o sistema patenteado, introduzir alterações que dificilmente poderiam ser detectadas, a ponto de não permitir qualquer ação do detentor do privilégio.

Do mesmo modo, o requisito da novidade dificilmente será atendido, face à própria maneira de desenvolvimento do "Software" ou ainda, à quase impossibilidade de classificá-lo como não compreendido no estado da técnica.

Cumprе ressaltar, que tais entraves da aplicação decorrentes da nossa legislação interna, não podem ser superados por simples revogação, uma vez que todo o sistema brasileiro de patentes, funda-se em acordos e tratados internacionais de que o Brasil é signatário, como por exemplo a Convenção da União de Paris, de 20-3-1883.

REGIME DE DIREITO AUTURAL OU "COPYRIGHT"

O caráter utilitário para este regime, não tem qualquer importância. O seu conteúdo consiste em garantia ao autor do direito exclusivo de autorizar a reprodução de suas obras de qualquer maneira e de qualquer forma.

Como no regime de patentes, a legislação vigente sobre o Direito Autoral, funda-se também em acordos internacionais: A Convenção para a proteção das obras literárias e Artísticas, a chamada Convenção de Berna, e a Convenção Universal sobre o Direito do Autor, denominada Convenção de Genebra.

Se este regime assegura ao autor a exclusividade do uso de obra intelectual de sua criação, onde estão os fatores que desaconselham o seu uso? Muitos argumentos concorrem contrariamente à adoção deste sistema, inobstante o fato da sua adoção na maior parte dos países desenvolvidos.

O primeiro argumento contrário que se alinha, é quanto ao reconhecimento dos direitos morais, próprio do Direito Autoral. Neste, confere-se ao Autor, o direito de conservar inédita a obra, o de opor-se a qualquer forma de modificação da mesma, o de retirá-la de circulação e a de a qualquer tempo, suspender qualquer forma de utilização anteriormente autorizada. O reconhecimento destes direitos é inaceitável face a natureza utilitária do "Software", onde, mormente em nosso país, ensejaria desde a situação de abuso de poder econômico até a paralização de atividades produtivas e científicas.

Insurge-se ainda, contrariamente, o fato de que a finalidade utilitária do "Software" exige também a proteção ao usuário sendo que o Direito Autoral, volta-se e protege apenas o Autor e mais, por um tempo excessivo de proteção: — toda a vida do autor, de seu filho, dos pais e do cônjuge e para os sucessores do autor, por sessenta anos. Este último detalhe é incompatível com a natureza e dinâmica tecnológica requerida ao "Software".

Motivos de ordem econômica também desautorizam a proteção do "Software", pelo regime de Direito Autoral. Com efeito, como mercado industrial e tecnológico que representa, o "Software" deve ter regulamentação que permita o controle cambial e fiscal, no entanto, este regime permite a livre remessa para pagamento de "royalties". Assim um fabricante de equipamentos, poderá vender seus computadores no Brasil, a preço de custo, mas tudo que ele cobrar pelo "Software", que hoje já possui maior valor econômico que o "Hardware", será enviado para a matriz no exterior, destruindo em pouco tempo tudo que construímos na informática brasileira nos últimos vinte anos de autoritarismo.

O atual desenvolvimento mundial dos estudos da inteligência artificial, também indicam em sentido contrário à adoção do sistema de Direito Autoral. Hoje a tendência mundial é de que a maior parte dos programas de computador passe a ser desenvolvida por máquinas especializadas (os "ambientes" no jargão do setor), como então, considerar algo produzido por máquinas como uma obra de criação?

Da mesma forma que o regime de patentes, o regime de Direito Autoral também encontra as mesmas dificuldades para alteração da legislação interna, face aos mencionados acordos de âmbito internacional no qual o Brasil é signatário.

Em decorrência das dificuldades acima apontadas, a tendência das Autoridades brasileiras é de encaminhar a discussão para o estabelecimento de uma legislação específica, que não seria nem o Direito Autoral nem o regime de Propriedade Industrial, em que isso pese, porém, há que ressaltar que já possuímos em nosso Estado um princípio de Jurisprudência, indicando uma tendência para a adoção do Direito Autoral. É o que se verificou na recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no processo da SINCLAIR contra a MICRODIGITAL, na qual um dos Juízes declarou que o "Software" deve ser protegido por direito autoral, inobstante um segundo Juiz, tenha considerado que "Software" em ROM (READ ON MEMORY) é "hardware" e, portanto, sujeito a proteção como propriedade industrial.

REGIME ESPECIAL

Como este é o País de meio termo, não poderia faltar uma proposta que resumisse os princípios de um e de outro regime jurídico tradicional, carreando-lhe porém, outros mais próximos da natureza singular do "Software".

Esse regime especial foi recomendado pelo Conselho Nacional de Direito Autoral, pelo Instituto Nacional de Propriedade Indus-

trial — INPI e pela Assessoria Jurídica da Secretaria Especial de Informática — SEI. Neste novo regime procurava-se indicar um prazo especial e adequado para a duração dos direitos relativos ao "Software", e sua extensão aos usuários, a explicação das infrações e do processo de apuração destas e a definição de regras cambiais e fiscais de proteção ao mercado nacional.

Nenhuma restrição existe para a adoção deste sistema, a não ser que o mesmo não interessa aos EUA que pretende, para garantir o seu mercado, a adoção do "Copyright" pelo Brasil. Convém registrar que apesar da tendência do CONIN de adotar um regime especial, o projeto de Lei enviado ao Congresso para regular a matéria foi inopinadamente modificado, passando a adotar o regime de "Copyright". Bastou para isso a ameaça da retaliação americana à nossa já existente reserva de mercado, baseada na denominada Lei de Informática.

Que esses sucintos comentários forneçam dados, ainda que elementares, a uma maior reflexão sobre o assunto nesta nova obra de Criação do Direito.

BIBLIOGRAFIA

COMENTÁRIOS, ao Código da Propriedade Industrial — Edit. Resenha Universitária.

CERQUEIRA, João da Gama — Tratado da Propriedade Industrial — Forense, 1956.

DOMINGUES, Domingos Gabriel — Marcas e Expressões de Propaganda — Edit. Forense, 1984.

DOMINGUES, Douglas Gabriel — Edit. Forense, 1980.

DURVAL, Hermano — Concorrência Desleal — Saraiva, 1976.

FERREIRA, Waldemar — Instituições Di Direito Comercial — Saraiva, 1962.

FRANCESCHINELLI, Remo — Studi Riuniti Di Diritto Industriale — Gluffre Editore — Milano, 1972.

PAES, P. R. Tavares — Ação de Contrafação da Propriedade Industrial — 1986.

SOARES, J. C. Tinoco — Regime das Patentes e Royalties — 1972.