A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS PROGRAMAS DE COMPUTADOR

CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO*

1. Introdução. 2. As convenções internacionais sobre os direitos de autor e o direito interno brasileiro. 3. Definição de obra protegida pelos direitos de autor. 4. Análise de elementos que caracterizam as obras protegidas por direitos de autor. 5. O que é programa de computador. 6. Os programas de computador como obras protegidas por direitos de autor. 7. O direito comparado.

1. *Introdução*

O problema da proteção jurídica aos programas de computador tem suscitado a preocupação da comunidade de informática brasileira. Diversas manifestações sobre a questão têm surgido em congressos, conferências, entrevistas e publicações. O Instituto dos Advogados Brasileiros e a Assespro tomaram a iniciativa de elaborar anteprojetos de lei sobre a matéria, no que, aliás, não fogem ao velho hábito nacional de produzir uma nova lei sempre que surge um novo problema, sem tentar resolvê-lo pela aplicação inteligente do sistema jurídico já existente.

Há quem sustente que os programas de computador não gozam de proteção legal, como se fosse possível a uma ordem jurídica civilizada admitir que alguém pudesse, comercializando cópias não autorizadas de um programa, lo-cupletar-se tranqüilamente do esforço criativo do seu autor. Outros professam

* Advogado no Estado do Rio de Janeiro e professor no Instituto de Estudos do Direito de Empresa.

que os interesses da segurança e do desenvolvimento nacional estariam a requerer uma abordagem “macrojurídica” (*sic*) do problema, incompatível com o reconhecimento dos direitos naturais de propriedade intelectual sobre programas de computador.

Em direito comparado, prevalece firmemente o entendimento de que os programas de computador são objeto de direitos de autor. No Brasil têm sido publicados artigos de doutrina que refletem a perplexidade — então justificada e hoje ultrapassada — que imperou sobre a matéria na década de 70, quando ela surgiu no mundo jurídico.

As definições de obras protegidas por direitos de autor constantes das convenções internacionais de Berna e de Genebra, das quais o Brasil é signatário, abrangem os programas de computador. Como as normas dos tratados internacionais são de hierarquia superior, não poderá a lei interna estabelecer que os programas de computador se sujeitarão a regime diverso do concernente aos dos direitos de autor.

A nossa vigente Lei de Direitos Autorais — Lei nº 5.988, de 1973 — confere proteção adequada aos programas de computador, em consonância com as convenções internacionais de que o Brasil é parte.

2. As convenções internacionais sobre os direitos de autor e o direito interno brasileiro

O Brasil é signatário das duas mais importantes convenções internacionais relativas à proteção dos direitos de autor: a Convenção de Berna e a Convenção de Genebra,¹ que têm por objetivo instituir um regime universal de proteção dos direitos de autor. Côncios de que o intercâmbio intelectual entre os povos requer uma base jurídica internacionalmente uniforme, os países signatários acordaram mutuamente subordinar seus poderes soberanos de legislar sobre a matéria às restrições que a uniformidade internacional requer. Quase todos os países do mundo civilizado firmaram as convenções em exame.

No direito brasileiro — como nos demais países em que o Estado é organizado segundo uma ordem jurídica — os tratados internacionais têm prevalência sobre as leis internas. A lei interna só é legítima e merecedora de aplicação pelos tribunais se não conflita com normas jurídicas de ordem superior,

¹ Designaremos abreviadamente por “Convenção de Berna” e “Convenção de Genebra”, respectivamente, a Convenção para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, assinada em 1886, em Berna e revista em 1948, cujo texto foi promulgado no Brasil pelo Decreto nº 34.954, de 18 de janeiro de 1954, e a Convenção Universal sobre o Direito do Autor, assinada em Genebra, em 1952, sob os auspícios da Unesco, cujo texto (Revisão de Paris de 24.7.71) foi promulgado no Brasil pelo Decreto nº 76.905, de 24 de dezembro de 1975.

dentre as quais sobressaem as da Constituição e as dos tratados internacionais celebrados na forma da Constituição.

Os tratados e convenções internacionais celebrados pelo Poder Executivo e ratificados pelo Congresso Nacional ingressam no direito interno brasileiro quando promulgados por decreto, e passam a ser norma de observância obrigatória, de hierarquia superior às leis.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou por diversas vezes nesse sentido, cabendo lembrar a copiosa jurisprudência que faz prevalecerem normas do GATT e da Aladi sobre leis que instituem tributos incidentes na importação de mercadorias, assim como as decisões memoráveis que concluíram que as leis uniformes sobre a letra de câmbio e o cheque, aprovadas pelas convenções internacionais de Genebra, aplicam-se direta e imediatamente no direito interno brasileiro, inclusive para revogar as disposições em contrário das leis ordinárias que regulavam aqueles institutos.²

Desnecessário esclarecer que a nossa lei de direitos de autor — a Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973 — segue as normas uniformizadoras das convenções de Berna e de Genebra. Não fosse assim e certamente os tribunais, consoante o entendimento supracitado, lhe negariam aplicação.

Tanto a Convenção de Berna como a de Genebra, por visarem a instituição de um regime uniforme, têm como ponto básico a identificação das obras protegidas pelos direitos de autor (daqui por diante a serem designadas simplesmente por “obras protegidas”).

Com efeito, a definição das obras protegidas é pedra capital, que determinará o âmbito de aplicação do regime uniforme e os limites dentro dos quais a força vinculatória do tratado internacional restringe o poder soberano dos estados convenientes.

Por isso mesmo, ambas as convenções iniciam pela definição das obras protegidas, sendo certo que na observância dessas definições reside a própria eficácia de todas as demais normas uniformizadoras constantes daqueles atos internacionais. Em outras palavras: se os estados convenientes fossem livres para se desviarem das definições de obras protegidas constantes das convenções, e assim submeterem essa ou aquela obra protegida a regime diverso do uniforme, toda a eficácia do ato vinculatório cairia por terra.

² Cf., entre muitos outros, o acórdão do STF — Pleno no RE nº 71.154-PR, in *RTJ* 58/70. Ainda que se negasse a integração das convenções internacionais no direito interno, contrariando a citada jurisprudência do STF, seria forçoso admitir, pelo menos, que as normas das convenções de Berna e Genebra prevalecem em relação às obras originárias dos demais países convenientes. Nesse caso, a lei interna que viesse restringir a proteção jurídica às obras contempladas por aquelas convenções aplicar-se-ia tão-somente às obras produzidas no Brasil. Fácil avaliar os efeitos catastróficos de tal situação.

Daí se infere, portanto — e ingressando no tema específico deste trabalho —, que os programas de computador somente poderão ser objeto de disciplina legislativa diversa das previstas nas convenções de Berna e de Genebra se não se enquadrarem nas definições de obras protegidas constantes daqueles diplomas internacionais.

3. *Definição de obra protegida pelos direitos de autor*

Examinemos, então, as definições de obras protegidas, constantes dos textos das aludidas convenções.

Diz o art. 2º da Convenção de Berna:

“A designação de ‘obras literárias e artísticas’ abrange todas as produções no domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, tais como os livros, brochuras e outros escritos; as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza, as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantomimas, cuja execução cênica se fixa por escrito ou de qualquer outra maneira; as composições musicais, com ou sem palavras; as obras cinematográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da cinematografia; as obras de desenho, de pintura, de arquitetura, de escultura, de gravura e de litografia; as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo da fotografia; as obras de arte aplicada; as ilustrações e as cartas geográficas; os projetos, esboços e obras plásticas respeitantes à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências.”

Diz o art. 1º da Convenção de Genebra:

“Os Estados contratantes comprometem-se a tomar todas as disposições necessárias para assegurar a proteção suficiente e eficaz dos direitos dos autores e de quaisquer outros titulares dos mesmos direitos sobre as obras literárias, científicas e artísticas, tais como os escritos, as obras musicais, dramáticas e cinematográficas, as obras de pintura, gravura e escultura.”

Ambos os dispositivos transcritos definem obra protegida como produção do espírito nos domínios literário, científico e artístico, acrescentando, para precisar melhor o conceito, por via de ilustrações, um elenco exemplificativo de obras protegidas, precedido da sugestiva locução “tais como”.

Daí se inferirá forçosamente que as obras referidas nos elencos exemplificativos das definições são indiscutivelmente obras protegidas; assim como também o são as produções do espírito nos domínios literário, científico e artístico que, embora não expressamente listadas, sejam da mesma natureza das obras exemplificativamente elencadas.

4. *Análise de elementos que caracterizam as obras protegidas por direitos de autor*

Cumpra perquirir a substância das obras listadas no elenco, para, assim, abstrair o que lhes é próprio, caracteriza e distingue das demais produções do espírito.

4.1 Exteriorização da obra protegida

A primeira característica substancial das obras protegidas é o fato de se exteriorizarem, isto é, de serem perceptíveis pelos sentidos humanos.

Os direitos de autor não protegem as idéias, enquanto idéias, que são patrimônio da humanidade e têm *libre parcours*, na expressão de Desbois.

A obra protegida surge tão logo a idéia ingressa no âmbito das coisas perceptíveis, de modo que passa a poder ser utilizada por terceiros, independentemente da vontade do autor, seja mediante reproduções, seja mediante representações. Quando exteriorizada por qualquer meio que atinja os sentidos de terceiros, a idéia destaca-se do intelecto do autor e passa a ter curso independentemente de qualquer ação do seu criador.

Daí a necessidade de a ordem jurídica proteger o autor contra indevidas apropriações por terceiros, até porque a obra protegida é um bem intangível de natureza patrimonial. Com efeito, na criação da obra protegida, o autor “investe” o seu tempo útil e os seus recursos do espírito, criando um bem que pode ser objeto de negócios e, portanto, ser trocado por outros bens ou por dinheiro. Esse bem, ao se exteriorizar, torna-se vulnerável à apropriação por terceiros. Repugna à ordem jurídica que um terceiro possa negociar tal bem em benefício próprio, sem autorização de seu criador.

4.2 Proteção da forma pela qual se exterioriza a criação intelectual. A originalidade da forma

Como a idéia em si é patrimônio da humanidade, o direito de autor protege a forma concreta pela qual a idéia se exterioriza para atingir os sentidos humanos.

Essa exteriorização, para ser protegível pelo direito, tem de ser original. Não necessariamente a idéia em abstrato, que pode ser garimpada no imenso repositório de idéias que constitui o patrimônio cultural da humanidade. É a forma concreta pela qual se exterioriza a idéia que deve ter o caráter de originalidade, para merecer a proteção dos direitos de autor. Isso explica por que o direito admite que, sobre um mesmo tema (como, por exemplo, os

temas da mitologia grega), diversos autores criem diferentes obras protegidas. Não é por outro motivo que a tradução, a compilação e os arranjos musicais podem ser objeto de direitos de autor, a par das obras traduzidas, compiladas ou arranjadas. É que nesses casos há trabalho criativo, ou seja, originalidade, criação do espírito. Quantas obras não mereceram diversas traduções, tendo cada tradutor encontrado, para cada trecho, soluções diferentes, que refletem com maior ou menor grau de adequação a idéia veiculada na obra traduzida?

4.3 Distinção entre o meio físico (bem tangível) e a obra protegida (bem intangível)

A obra protegida é objeto dos direitos de autor qualquer que seja o modo de sua exteriorização. Na maioria das vezes a obra se exterioriza através de um meio físico (livro, disco, fita magnética, tela e tintas, foto etc.) e por via desse meio físico pode ser reproduzida. Outras vezes, atinge os sentidos humanos diretamente, como acontece nos discursos, conferências, sermões, improvisos musicais etc. Frequentemente, é necessária a utilização de um aparelho ou instrumento, para que a idéia se exteriorize, como ocorre na música instrumental.

A proteção jurídica independe da forma de exteriorização, como, em fórmula sucinta, dispõe a nossa Lei nº 5.988/73: "São obras intelectuais as criações do espírito de qualquer modo exteriorizadas."

Cumpra não confundir a obra protegida com o meio físico que a exterioriza. Os direitos de autor têm por objeto um bem intangível, que não se confunde com o bem tangível (livro, disco, fita magnética etc.) no qual a obra se encontra gravada. O comprador de um livro adquire a propriedade sobre o livro e terá todos os remédios jurídicos contra quem pretenda turbar-lhe a posse. Nenhum direito tem sobre o bem intangível, isto é, o poder jurídico que tem o autor de se opor *erga omnes* contra a reprodução inautorizada.

4.4 Necessidade de caráter estético e não utilitário: falácia hoje desacreditada na doutrina

De há muito a doutrina e a jurisprudência abandonaram o entendimento de que a obra protegida deve necessariamente ter caráter estético.

Não se nega que obras científicas são protegidas por direitos de autor, quando exteriorizadas sob forma literária, ou seja, por escritos, não obstante ser inegável a inexistência de qualquer elemento ou mesmo preocupação estética em inúmeras obras científicas. São protegidos, também, os guias, manuais, catálogos e outras obras que, evidentemente, só se explicam por seus fins uti-

litários. Negar-se-ia, por exemplo, direitos de autor ao conhecido guia rodoviário popularizado com o título *Guia quatro rodas?* Há caráter estético nesta obra? Entretanto, é inegável que constitui produção do espírito, de caráter criativo e original, organizando e apresentando as informações turísticas de modo interessante e acessível ao leitor. Nesse trabalho criativo, resultante de pesquisa e organização de informações, que representa o resultado do investimento de tempo e recursos, reside o bem intangível protegido pelos direitos de autor, já que a ordem jurídica não admite que terceiros se aproveitem ilicitamente do valor econômico criado pelo autor, para vender cópias obtidas sem maior esforço do que o do plágio.

Como salientam Ulmer e Kolle:³

“A grande maioria dos livros, tratados, artigos etc., possui uma substância intelectual mas não faz apelo ao senso de beleza.”

Na verdade, certas correntes da arte contemporânea sustentam e praticam a teoria de que a essência da obra artística não está no apelo ao sentido de estética. Nem por isso se negará às obras artísticas dos seguidores dessas correntes a proteção dos direitos de autor.

Acresce que, como salienta Desbois, “aos juízes não cabe fazer apreciações de ordem estética”, até porque o juízo do estético é subjetivo e insuscetível de ser predeterminado em termos de norma geral.⁴

5. O que é programa de computador

Numa visão muito esquemática, apenas para esboçar os conhecimentos necessários à apreciação jurídica da matéria, pode-se dizer que um computador (*hardware*) é um sistema de circuitos eletrônicos: um verdadeiro labirinto de circuitos de dimensões microscópicas. A infindável variedade dos percursos da corrente elétrica por esses circuitos determina a atuação da máquina para executar as tarefas que lhe são requeridas.

³ Ulmer, Eugen & Kolle, Gert. Copyright protection of Computer programs. *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, Munique, Instituto Max Planck, 14(2): 159-89, 1983. Esse magnífico trabalho, cuja leitura é vivamente recomendada; será citado freqüentemente a seguir, e inspira quase tudo o que consta do item 7, referente ao direito comparado. O Prof. Eugen Ulmer, da Universidade de Munique, é uma das maiores autoridades do mundo em direitos de autor; Gert Kolle é o chefe do Departamento Internacional do Escritório Europeu de Patentes.

⁴ Desbois, Henry. *Le Droit d'auteur en France*. 3. ed. Paris, Dalloz, 1978. p. 3. Eis as palavras do autorizado mestre: “Les tribunaux n'ont pas davantage à faire une ventilation entre les oeuvres qui ont une *mission culturelle* e celles qui ont une *raison d'être purement utilitaire*: protection est due aussi aux catalogues, aux prospectus publicitaires, aux opuscules destinés à expliquer le mode d'emploi des appareils menagers qu'aux traités de philosophie ou de théologie.”

Como essas tarefas são complexas, a atuação do computador não se determina por apenas um percurso da corrente elétrica através de seus circuitos. São necessários diversos percursos sucessivos e variados para que se atinja a solução de um problema e, como um resultado pretendido freqüentemente depende de soluções de um encadeamento de problemas, a sucessão de percursos a serem induzidos é normalmente muito longa.

Os programas de computador são seqüências de comandos para que a corrente elétrica perfaça sucessivamente diversos percursos para executar as tarefas desejadas. Como tais tarefas constituem-se basicamente em receber dados e processá-los logicamente, define-se o programa de computador como uma seqüência de definições de dados e de instruções.

Esses dados e instruções somente poderão ser reconhecidos e executados pelo computador se lhe forem transmitidos em “linguagem de máquina”. A linguagem de máquina utiliza apenas dois algarismos ou dígitos — 1 e 0 —, significando o 1 a passagem do circuito elétrico, e o 0 o seu bloqueio.

Cada dígito — 1 ou 0 — constitui um *bit* e o conjunto de oito *bits* forma um *byte*, que, por sua vez, corresponde a um caractere da linguagem humana. É a ordenação convencional da série de *bits*, que compõem o *byte*, que determina o caractere correspondente.

Assim, por exemplo, a letra *a* em linguagem de máquina corresponde a 00010110, a letra *b* a 00100110, o número 1 a 01101100, o número 2 a 00110010.

Como a linguagem de máquina é de entendimento difícil e trabalhoso, desenvolveram-se linguagens mais aproximadas da linguagem humana, que adotam símbolos concisos, no lugar das seqüências de *bits*. Trata-se das chamadas “linguagens simbólicas” ou “de alto nível”, tais como, o Fortran, o Algol, o Cobol, o Basic e tantas outras linguagens perfeitamente acessíveis e utilizáveis por qualquer pessoa dotada de algum treinamento em programação.

Os computadores são dotados de um ou mais programas tradutores, que traduzem em linguagem de máquina — inteligível pelo computador — os dados e instruções que lhe são fornecidos em linguagem simbólica ou de alto nível, facilmente acessível ao programador e ao usuário.

Do que foi exposto, convém ressaltar que: a) os programas de computador são seqüências de dados e instruções, geralmente compreendendo muitas etapas, dados e instruções esses que devem ser ordenados segundo um critério lógico para atingir os resultados previstos; b) há muitas alternativas a cada passo dessa seqüência, de modo que constitui decisão pessoal do programador vislumbrar as alternativas possíveis e, a cada momento, escolher a que, segundo seu critério, contribuirá para atingir com maior adequação o resultado

desejado; c) os programas de computador não têm, como objetivo final, apenas alimentar a máquina de dados e instruções em seqüências lógicas; o verdadeiro objetivo final é a exteriorização de idéias (soluções de problemas, demonstrações, gráficos, textos etc.) que atingem os sentidos do homem, mediante o aparecimento de mensagens, figuras ou sons, na tela do monitor, no papel da impressora, ou no dispositivo sonoro.

6. *Os programas de computador como obras protegidas por direitos de autor*

6.1 Obras literárias

Cabe ressaltar que os programas de computador são obras literárias, no sentido em que essa expressão é empregada pelas Convenções de Berna e de Genebra, classificando-se comodamente na categoria “outros escritos” e “escritos” prevista nas listas exemplificativas de obras protegidas constantes, respectivamente, dos arts. 2º e 1º daqueles tratados internacionais.

Com efeito, os programas de computador são escritos em uma linguagem que, embora não acessível ao leigo, contém todos os elementos que caracterizam qualquer linguagem, como, por exemplo, letras, números, caracteres e outros símbolos e, até mesmo, uma sintaxe lógica própria. Aliás, não é por outro motivo que os computadores são geralmente munidos de um teclado semelhante ao das máquinas de escrever, por onde recebem dados e instruções, bem como de uma impressora, onde expressam os resultados de suas operações em letras, números, caracteres e símbolos.

Ainda mais: diversos elementos dos programas de computador são expressos em palavras da linguagem comum (notadamente abreviações de palavras inglesas).

Nem se poderá alegar que, ao converter-se em linguagem de máquina, perde o programa de computador a sua característica de “escrito”. Também a linguagem de máquina é perceptível, embora com dificuldade, pela mente humana, sendo acessível somente a pessoas altamente qualificadas. O mesmo ocorre com o sânscrito e nunca se ouviu dizer que uma obra escrita em sânscrito desmereça a proteção dos direitos de autor.

Acresce que o equipamento, ao fornecer os resultados de suas tarefas, converte a linguagem de máquina em linguagem de alto nível, perfeitamente acessível ao homem. A comunicação se faz, assim, de homem a homem, através da máquina; ou seja, o programa é elaborado em linguagem de alto nível, a máquina o traduz em linguagem de máquina, processa-o, e nos seus dispositivos de *output* apresenta ao usuário mensagens em linguagem de alto nível.

Exatamente como ocorre com outras obras inegavelmente protegidas — por exemplo, a música que atinge a sensibilidade de todos, quando a partitura, legível apenas pelos iniciados, se converte nos sons de um violino, de um piano ou de uma orquestra.

6.2 Esforço intelectual criativo

Antes de mais nada, é preciso lembrar que a proteção dos direitos de autor tem sido reconhecida a obras de baixo teor intelectual, como é o caso dos guias e catálogos, os materiais de propaganda etc. Parafraseando Desbois, também, não cabe ao direito julgar o nível intelectual das obras do espírito. Na verdade, só se tem recusado proteção a obras que constituem o resultado de um trabalho eminentemente rotineiro.

Mas nos programas de computador, a exigência de esforço intelectual atinge níveis elevadíssimos. A prova disso é que muitos dos melhores cérebros da humanidade estão dedicados à atividade de programação, alguns deles bafejados pela aura da celebridade, por seu gênio criador.

Na verdade, a criatividade está em ebulição na área de programação. Contam-se aos milhares os programas originais que a cada mês estão sendo lançados no mercado de *software*, aliás um dos mais ágeis e inovativos. A todo momento são criados novos programas que resolvem novos problemas ou executam com maior precisão ou mais rapidamente as tarefas de programas existentes. Basta compulsar os catálogos ou as revistas especializadas para avaliar o clima de vertiginosa originalidade e inovação que anima o mercado de programas de computador.

Para exercer suas funções, o programador tem de ter capacidade analítica de alto nível, conjugada com a aptidão para atingir generalizações abstratas; tem de ter o hábito de pensar em estágios, segundo um planejamento; tem de selecionar e organizar as informações relativas ao setor de conhecimentos e de atividades no qual se aplicará o programa. Basta lembrar que a elaboração de um programa de computador tem de ser precedida de uma fase em que o programador, após estudar, analisar e compreender as atividades do usuário, define *a priori* os objetivos do programa, para em seguida passar a determinar suas especificações funcionais e elaborar o seu projeto. Esse projeto nada mais é do que o resultado de uma projeção mental das seqüências de dados e instruções que comporão o programa. Daí se passa, então, à elaboração das diversas seqüências, com a solução passo a passo de cada um dos problemas que o compõem, adrede testados e aperfeiçoados até chegar-se ao programa-produto.

6.3 Criação pessoal

Uma das características da obra protegida é envolver o toque pessoal de seu criador ou seus criadores, porquanto sua exteriorização, a cada passo, importa na escolha, consciente ou inconsciente, mas sempre pessoal, de uma variedade de alternativas e nuances. Se a 50 jornalistas for solicitada uma reportagem sobre um mesmo acontecimento, é certo esperar que serão produzidas 50 reportagens diferentes. Se a dois pintores for solicitado o retrato de uma mesma pessoa, na mesma pose e com as mesmas vestes, é certo que não serão obtidos dois quadros iguais, salvo plágio. O mesmo não acontece com uma fórmula, ainda que das mais complicadas, da química orgânica: dois químicos, trabalhando isoladamente, deduzirão a mesma fórmula, porquanto nesse campo as leis da natureza não permitem variedade. Uma tábua de logaritmos será sempre igual qualquer que seja o matemático que a elabore. A fórmula química e a tábua de logaritmos não são obras protegidas, pela falta do requisito “pessoalidade”.

Ora, a elaboração de programas de computador importa necessariamente em larga margem de variação na escolha, a cada momento, de soluções e caminhos. Os programadores, por isso mesmo, sempre deixam sua marca pessoal nos programas que produzem, em decorrência das decisões e opções que tiveram de escolher ao elaborar o programa. Por essa razão, nos grandes centros de computação eletrônica, em que são utilizados programas longos e sofisticados, é comum exigir-se dos programadores consignarem detalhadamente em manuais e memorandos as linhas de pensamento e as decisões que tomaram a cada passo da elaboração de seus programas. Somente assim os pósteros, no caso de falecimento ou de mudança de emprego dos programadores, poderão retomar sem muita dificuldade o fio da meada para introduzir melhoramentos ou modificações que a prática ulterior vier a requerer.

O Prof. Sérgio Carvalho, da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, presta um depoimento interessante ao afirmar que costuma solicitar, como exercício de classe a seus alunos, a tarefa de elaborarem — cada um isoladamente — um programa para resolver um mesmo predeterminado problema. Trata-se evidentemente de programas simples, próprios para o aprendizado e treinamento de programação. Pois bem: quando são produzidos dois programas idênticos, ainda que parcialmente, o professor entrevista os alunos que os produziram e invariavelmente descobre que houve “cola”.

Não é por outro motivo que Aron, citado por Ulmer e Kolle, afirma:⁵

“For every problem there is a large set of feasible programs one of which is better than all others (according to some set of criterial).”

⁵ Aron. The program development process. Apud Ulmer, E. & Kolle, G. op. cit. p. 177.

6.4 Conclusão

Quanto mais se aprofunda a análise da substância dos programas de computador mais se firmam as suas características de obra literária e mais aparecem os elementos que os fazem participar da mesma natureza das obras protegidas pelos direitos de autor, consoante as convenções de Berna e de Genebra.

7. O direito comparado

O problema da proteção jurídica dos programas de computador surgiu no direito comparado, com intensidade visível, na segunda metade da década de 70.

É natural que, nos primeiros anos, não fosse fácil aos juristas bem compreender o dado de fato — isto é, a natureza e a substância sobremodo complexas dos programas de computador — para enquadrá-lo na norma jurídica. Surgiram entendimentos e decisões, tanto reconhecendo a aplicabilidade dos direitos de autor, como negando-a sob diversos fundamentos (ausência de caráter estético, mero trabalho de rotina etc.). Houve quem defendesse e quem negasse a aplicação da legislação sobre a propriedade industrial, quem se declarasse em franca dúvida e quem sustentasse a necessidade ou a conveniência de se instituir um regime de proteção específico para os programas de computador.

Entre as iniciativas pioneiras voltadas para a definição da matéria, foi digno de destaque o estudo empreendido pela Organização Mundial da Propriedade Industrial (Ompi), que culminou na elaboração das *Normas-padrão para a proteção do software de computação*, publicadas em 1978. É de notar-se que o regime jurídico proposto nas normas-padrão da Ompi é calcado basicamente na disciplina da proteção dos direitos de autor. Não se tem notícia, contudo, de que algum país haja introduzido em sua legislação interna as normas-padrão preconizadas pela Ompi. Na II Reunião da Comissão de Especialistas em Proteção Legal de *Software* da Ompi, realizada em junho de 1983, as normas-padrão receberam a pá de cal, com a oposição dos representantes da Alemanha Ocidental, Grã-Bretanha, EUA, Países Baixos e Hungria, que alegaram sua desnecessidade, porquanto as legislações internas de direitos de autor e as convenções internacionais sobre a mesma matéria já conferiam suficiente proteção jurídica ao *software*.

Na Alemanha Ocidental a jurisprudência é decididamente favorável ao acolhimento dos programas de computador entre as obras protegidas por direitos de autor. Registre-se que a decisão do Tribunal Distrital de Mannheim, datada de 12.6.81, denegando a proteção dos direitos de autor por entender que os programas carecem de substância estética, foi reformada pelo Tribunal de Recursos de Karlsruhe. Em favor da proteção pelos direitos de autor, citam-se,

entre outras da jurisprudência germânica, as decisões da Corte Distrital de Kassel, de 21.5.81, da Corte Distrital de Mosbach, de 13.7.82, e, destacada por sua importância consagradora, a decisão de 21.12.82 da 7ª Câmara da Corte Distrital de Munique, especializada em matérias relativas à propriedade intelectual. Essa última decisão reconheceu direitos de autor sobre o famoso programa denominado "Visicalc", que estava sendo copiado e indevidamente comercializado por uma empresa local.

Ainda na Alemanha, as normas-padrão da Ompi foram objeto de exame pela Associação Germânica para a Propriedade Industrial e Direitos de Autor, que, em 1979, fez publicar um parecer sustentando ser desnecessária a adoção no direito interno dessas normas-padrão, porquanto a lei de direitos de autor já propiciava a proteção adequada aos programas de computador. No mesmo sentido, manifestou-se, em fins de 1981, o Ministério Federal da Justiça.

Na Grã-Bretanha, dois documentos elaborados por comissões governamentais assumem papel de relevo. São eles o Relatório Whitford, submetido ao Parlamento em 1977, e o chamado *Green Paper*, divulgado pelo Governo britânico em 1981. O primeiro considerava o termo "obras literárias" suficientemente amplo para abranger os programas de computador, pelo que se abstinha de recomendar a elaboração de legislação especial para a proteção respectiva. Já o segundo propunha que, apenas com vistas a eliminar incertezas, se explicitasse que aos programas de computador deveria ser reconhecida a proteção conferida às obras literárias.

Nos EUA, o Congresso criou uma comissão especial para se pronunciar sobre as novas utilizações tecnológicas de obras protegidas pelos direitos de autor (Comtu). Essa comissão recomendou que fosse aprovada uma emenda à *Copyright Law*, para tornar explícito que os programas de computador são objeto de direitos de autor. A emenda recomendada pela Comtu veio a ser aprovada pela Lei nº 96.517, de 21 de dezembro de 1980, pelo que a matéria não é mais passível de controvérsia.⁶

Na França, temos uma decisão que nos parece de especial importância por vários motivos: primeiro, porque foi proferida em face de uma lei de direitos de autor em tudo semelhante à nossa, sob um sistema jurídico ao qual nos relacionamos estreitamente, de um país que, como o nosso, é signatário das convenções de Berna e de Genebra; segundo, porque foi proferida por um altíssimo tribunal francês, coroando jurisprudência elaborada no exame de diver-

⁶ Em 30.8.83, a Corte Federal de Recursos para o 3º Circuito proferiu decisão no *leading case Apple versus Franklin*, em que concluiu que também os programas operacionais gravados nas pastilhas ROM dos microcomputadores são objeto de direitos autorais, porquanto são bens intangíveis, criações intelectuais, que se não confundem com o meio físico onde estão gravadas. Nesse caso, o réu defendia fortemente a tese, rejeitada pelo Tribunal, de que os programas operacionais são parte integrante do *hardware* e, como tal, não sujeitos à proteção autoral (cf. *BNA's Patent, Trademark & Copyright Journal*, v. 26, p. 433).

dos litígios; terceiro, pelos sólidos fundamentos que apóiam suas conclusões, aliás admiravelmente comentados por Christian Le Stank na nota que acompanha o inteiro teor da decisão publicado pelo *Recueil Dalloz Sirey*.

Trata-se da decisão proferida pelo Tribunal de Grande Instância de Paris, em 21 de setembro de 1983, no *affaire Apple versus Segimex*.⁷

No caso, a Apple Computer Inc., dos EUA, acionou, por contrafação de direitos de autor, a sociedade francesa S.A.R.L. Segimex, que importou de Formosa, e comercializava na França, microcomputadores cujos programas operacionais constituíam cópias dos programas operacionais do microcomputador Apple II.

O Tribunal deu ganho de causa à Apple Computer Inc., sob os fundamentos resumidos na ementa que, traduzida livremente, se reproduz a seguir:

“Se os programas de computador não são imediatamente perceptíveis pelos sentidos de qualquer pessoa, eles são entretanto acessíveis e inteligíveis graças à sua transcrição em suportes materiais, e se sua leitura não está ao alcance de todos e requer uma certa técnica, esta particularidade não é suficiente para excluí-los da categoria de obras do espírito, pelos mesmos motivos que não se excluem as obras musicais.

A contribuição pessoal do criador de um programa de computador é determinante no resultado obtido, como o é a do compositor de uma música, sendo certo que a evidência requer que se confira o caráter de obra do espírito ao programa de computador.

Não há diferença de natureza entre os programas-produto e os programas operacionais, e a proteção conferida aos primeiros pela lei de 11 de março de 1957 deve ser reconhecida aos segundos.”

Cabe observar que a lei de 11 de março de 1957, citada no acórdão supra, é a Lei Francesa de Direitos de Autor, que, à semelhança da nossa, define as obras protegidas (*oeuvres de l'esprit*) mediante uma enumeração exemplificativa da qual não constam expressamente os programas de computador.

De se notar, por fim, que a Corte de Paris, já em 2 de novembro de 1982, pronunciando-se no *affaire Pachot*, havia concluído que os programas de aplicação ou programas-produto constituíam indubitavelmente obras do espírito protegidas por direitos de autor.

Como se vê, em direito comparado, não mais persistem dúvidas sérias quanto ao fato de serem os programas de computador protegidos, como obras literárias, pelos direitos de autor.

⁷ Cf. *Recueil Dalloz Sirey. Jurisprudence*. p. 77-80, 1984.