

## **A complexidade do domínio público relativamente ao *software*.**

Marcos Wachowicz\*

**Resumo:** O presente artigo analisa a complexidade dos direitos morais do criador do programa de computador numa análise sistêmica do software como elemento intrínseco à Revolução Tecnológica da Informação, para estabelecer as bases críticas da ampliação do prazo de duração dos direitos intelectuais imposta pela Organização Mundial do Comércio – OMC. A metodologia de abordagem é necessariamente transdisciplinar para fixar o conceito de revolução tecnológica e a partir deste construir todo o enquadramento teórico-conceitual do software. A questão da extensão dos direitos patrimoniais do software de 25 anos para 50 anos repercute sobremaneira sobre o setor tecnológico gerando assimetrias de proteção. Ademais a questão do domínio público ainda carece de uma solução legislativa mais clara e adequada para uma efetiva tutela no tocante ao *software*.

**Palavras-chaves:** DIREITOS MORAIS – DOMINIO PÚBLICO – PROGRAMA DE COMPUTADOR.

### **1. O AUMENTO DO PRAZO DOS DIREITOS AUTORAIS DO SOFTWARE**

Em princípio, o prazo de duração dos direitos dos autores sobre o programa de computador, pela Lei n.º 7.646/87/87, era de exclusivos vinte e cinco anos, contados da data de lançamento, ou seja, data na qual o autor do programa o utiliza ou coloca à disposição de terceiros.

---

\* Professor de Direito na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor permanente no Curso de Pós-Graduação – programas de Mestrado e Doutorado em Direito CPGD/UFSC. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, Mestre em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa – Portugal. Autor da obra: Propriedade Intelectual do software e a Revolução da Tecnologia da Informação. E-mail: [marcosw@ccj.ufsc.br](mailto:marcosw@ccj.ufsc.br)

Os resultados da Rodada do Uruguai e os acordos da OMC estabelecidos pelo TRIPs são expressivos no tocante ao prazo de duração dos direitos autorais sobre os programas de computador e compiladores de dados, em código fonte ou objeto.

Com efeito, o artigo 12 do TRIPs ampliou o prazo de proteção para até cinquenta anos, “contados a partir do ano civil da publicação autorizada da obra ou, na ausência dessa publicação autorizada, nos 50 anos subseqüentes à realização da obra, a 50 anos, contados a partir do fim do ano civil de sua realização”. Em decorrência direta do TRIPs no Brasil foi editado o Decreto n.º 1.263, de outubro de 1994, que ratificou adesão.

### **1.1. A Situação ambígua gerada pela ampliação do prazo.**

No Brasil, instaurou-se uma situação ambígua entre a legislação interna e a imposição do TRIPs.

Por um lado, a Lei de *Software* de 1987 continuava em vigor disciplinando o prazo de vinte e cinco anos de proteção, ao mesmo tempo em que o Decreto de adesão ao TRIPs elastecia o prazo por mais vinte e cinco anos. Esta situação perdurou até a publicação da Lei n.º 9.609/98 que, no parágrafo 2.º, do artigo 2.º, assegurou a tutela dos direitos relativos a programas de computador “pelo prazo de cinquenta anos contados a partir de 1.º de janeiro do ano subseqüente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação”.

A construção jurídica empreendida no âmbito internacional, capitaneada pela OMC, pela própria amplitude e abrangência dos direitos intelectuais que engloba o acordo TRIPs, não percebe as especificidades intrínsecas do *software*, que o diferencia dos demais bens intelectuais protegidos pelo Direito Autoral ou Industrial. De tal sorte, vislumbra-o como parte isolada da Revolução Tecnológica, definindo-o sem considerar o todo em que está envolvido.

É preciso analisar a proteção tecnológica da informática de maneira sistêmica e integrada entre os demais bens informáticos; a saber, a proteção patenteária do *hardware* e do *firmware* é vintenária.

Quer-se com isso evidenciar 04 (quatro) pontos fundamentais que foram desconsiderados no tocante ao aumento do prazo de duração dos direitos autorais sobre os programas de computador, a saber:

#### **a) A proteção ampliada é inócua**

Em primeiro lugar, considerando que todo avanço tecnológico é fruto de investimentos que devem ser recuperados com a proteção intelectual da inovação, e que, no setor informático, o tempo entre o lançamento da inovação e sua obsolescência é inferior a dois anos, a proteção ampliada agora para cinquenta anos é inócua na prática para a maioria absoluta dos *softwares* existentes no mercado.

#### **b) A queda em domínio público da tecnologia**

Em segundo lugar, deve-se considerar que os avanços tecnológicos na área de informática conjugam pesquisa e desenvolvimento tanto de *hardwares* como de *softwares*, isto é, *softwares* cada vez mais elaborados requerem *hardwares* cada vez mais potentes, com capacidade para processá-los.

A tecnologia de *hardware*, portanto, cairia em domínio público trinta anos antes daquela prevista para o *software*.

#### **c) Disparidade da proteção industrial e autoral no *firmware***

Em terceiro lugar, considerando o *firmware* como um bem híbrido, parte *software*, parte *hardware*, os investimentos dispendidos para sua inovação tecnológica não podem ser dissociados; não há como justificar a existência da

disparidade de proteção industrial e autoral se a tecnologia tem a mesma origem e funcionalidade.

#### **d) A ampliação do prazo como criação de monopólio**

Em quarto lugar, toda inovação tecnológica é fruto de investimentos que devem ser recuperados com a proteção do bem intelectual.

A projeção de retorno dos investimentos de inovações de *hardwares* sendo de vinte anos faz com que o custo do produto seja projetado para um retorno até esse limite.

De igual modo, a proteção do *software* que, de vinte e cinco, passou para cinqüenta anos, implicaria que aqueles custos de investimentos inicialmente previstos para vinte e cinco anos, já retornaram, o que justificaria o *plus* de mais vinte e cinco anos, a não ser a manutenção ou criação de monopólio.

### **1.2. O termo inicial da contagem do prazo prescricional de direito autoral do software.**

A falta desta percepção sistêmica do *software* como elemento indissociável da Revolução Tecnológica acarreta também a existência de imprecisões no seu tratamento ao tentar amoldar programa aos clássicos institutos de Direito Autoral, no caso de publicação de uma obra.

É preciso ter claro que o *software* não é publicado.

Daí, diante desta imprecisão de técnica legislativa, podem-se vislumbrar as dificuldades para a comprovação do termo inicial de contagem do prazo prescricional.

Contudo, pode-se considerar o termo inicial a partir da divulgação do *software* operada por sua comercialização,<sup>1</sup> o que pode ser comprovado por meio de nota fiscal ou contrato de desenvolvimento do *software*.

---

<sup>1</sup>“De toda maneira, cumpre enfatizar que a nova lei manteve a tese já vigente de que a comercialização de *software* não se opera pela mera tradição, ou seja, com a transferência da

Por outro lado, a comprovação de sua criação para termo inicial, sem que haja a comercialização, dependerá de comprovação, sendo então importante o registro do *software* junto ao INPI para aferir a data de sua criação.

## 2. OS DIREITOS AUTORAIS E O SOFTWARE

O Direito Autoral trata da propriedade literária, científica e artística, protegendo o autor e seus sucessores em relação às obras criadas.

O direito de autor foi objeto de várias convenções internacionais a partir da Convenção de Berna em 1886, e suas revisões foram incorporadas no ordenamento interno brasileiro.

O Direito Autoral confere ao seu titular uma exclusividade de utilização da obra, entendida como o direito de utilizar, publicar, divulgar e reproduzir quantos exemplares forem necessários para atingir o público a que se destina a obra.

Trata-se, pois, de direitos individuais, subjetivos, de caráter absoluto, que por um determinado tempo serão exercidos pelo autor<sup>2</sup> e/ou seu titular.<sup>3</sup>

---

propriedade, pois, como já visto, existe a vinculação permanente do produto com o seu titular dos direitos, seja qual for o mecanismo pelo qual o mesmo adquiriu tal prerrogativa. Assim, não há que se falar em compra e venda de *software* e sim, em licença de uso. Não há, portanto as figuras do vendedor e do comprador. A relação se ultima sempre entre o titular de direitos e o usuário final, ainda que a forma de apresentação do produto tenha se alterado para competir nesse novo mercado.” WEIKERSHEIMER, Deana. **Comercialização de Software no Brasil**. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2000, p. 35.

<sup>2</sup>Neste sentido ver: GUTIÉRREZ, José Antonio Valbuena. **Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor**. Granada : Editorial Gomares, 2000, p. 179.

<sup>3</sup>Neste sentido aponta Eduardo Viera MANSO: “Dada a natureza muito especial do bem que é objeto do Direito Autoral, isto é, pelo fato de ser esse bem uma obra intelectual, cujo propósito é atender a uma necessidade cultural (estética, técnica, didática, religiosa, de entretenimento, etc.), o seu autor é investido em direitos individuais, subjetivos, de caráter absoluto, temporário, geral, alienável e, como se viu, exclusivo”. MANSO, Eduardo Vieira. **Violações aos direitos morais**. in NAZO, Georgette N. (org.) **A tutela jurídica do direito de autor**. São Paulo : Savaiva, 1991, p. 3.

Os Direitos Autorais se categorizam em Direitos Morais, Direitos Patrimoniais e Direitos Conexos.

## 2.1 Os Direitos Morais do Autor.

A expressão Direitos Morais, no Direito Autoral, tem sua origem na doutrina francesa baseada na teoria dualista, que reconhecia no direito do autor elementos de duas ordens diferentes:

- (i) uma pauta na relação criativa entre o autor e sua obra e outra,
- (ii) no direito de utilização da obra economicamente (*droit de suite*).<sup>4</sup>

Os Direitos Morais do autor seriam reconhecidos e introduzidos no direito internacional pela Convenção de Berna, a partir da Revisão de Berlim de 1908, por não possuírem qualquer categoria estética e serem direitos subjetivos do titular dos direitos autorais, de caráter personalíssimo.<sup>5</sup>

Contudo, na Rodada do Uruguai em 1994 a disposição final do TRIPs não obrigou aos Estados-membros a cumprir o disposto no artigo 6 bis da

---

<sup>4</sup>A nomenclatura usual é direito moral, que foi usada pela primeira vez por André Morillt, na França, em 1872, para indicar as prerrogativas, que tem a personalidade do autor, sobre sua criação intelectual – a obra. O que fez no livro intitulado *De la Personalité du Droit de Copie qui Appartient à un Auteur Vivant*. Motillot entendia que: “o direito moral origina-se antes do direito natural que do direito positivo. Na sua opinião, o direito moral não tem necessidade de ser especialmente consagrado por nenhum texto.” PIMENTA, Eduardo. **A jurisdição voluntária nos Direitos Autorais**. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2002, p. 71.

<sup>5</sup>Tem, como aspecto moral do direito autoral esse fundamento original de se exigir para o criador intelectual o respeito no que tange à sua pessoa, seu espírito criativo e sua ligação com a obra, podendo, ao revés, combater tudo o quanto venha a prejudicar sua boa fama enquanto autor, ou a qualidade de sua criação.” ARAUJO, Edmir Netto de. **Proteção Judicial do Direito de Autor**. São Paulo : 1999, p. 33.

Convenção de Berna,<sup>6</sup> que estabelece no seu ordenamento jurídico interno a tutela dos direitos morais do autor.

Neste sentido, pode-se compreender melhor o atual estágio do direito de *copyright* e sua relação com os direitos morais.

Isto porque, com a adesão dos Estados Unidos à Convenção de Berna no ano de 1988, esperava-se como consequência uma ampliação na legislação do país no conteúdo moral do *copyright*.

Detecta-se, no entanto, uma repercussão limitada apenas às legislações estaduais dos estados da Califórnia, Massachusetts, Nova Iorque e Louisiana.

Assim, o reconhecimento de direitos morais no sistema *copyright* está muito distante do sistema europeu continental e latino-americano.<sup>7</sup>

No Brasil os direitos morais do autor já estavam consagrados a teor do artigo 25 da Lei n.º 5.988/73.

A nova Lei n.º 9.610/98 veio apenas ampliar os direitos morais em consonância à Convenção de Berna, independentemente do TRIPs.

---

<sup>6</sup>Convenção de Berna em seu artigo 6.º bis: 1) Independentemente dos direitos patrimoniais de autor e, mesmo depois da cessão dos citados direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a toda deformação, mutilação ou outra modificação dessa obra, prejudiciais à sua honra ou à sua reputação. 2) Os direitos reconhecidos ao autor por força do parágrafo 1.º antecedente, mantêm-se, depois de sua morte, pelo menos até a extinção dos direitos patrimoniais e são exercidos pelas pessoas físicas ou jurídicas a que a citada legislação reconhece qualidade para isso.

<sup>7</sup>Neste sentido ver: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2.ª Ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p. 4; SAHM, Regina. **O Direito Moral de Autor e o Fundamento do Direito à Intimidade**. In BITTAR, Eduardo C.B. CHINELATO, Silmara Juny. **Estudos de Direito de Autor, Direito da Personalidade, Direito do Consumidor e Danos Morais**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2002, p. 48.

A Lei brasileira<sup>8</sup> indica distintas prerrogativas irrenunciáveis e inalienáveis que são atribuídas ao autor da obra, como os direitos:

- (i) de personalidade ou paternidade, que liga definitivamente o autor como criador intelectual de sua obra;
- (ii) de denominar a obra, que é a atribuição exclusiva do autor de livremente nominar sua obra;
- (iii) de inédito, que consiste na possibilidade, a critério do autor, de não publicar ou divulgar sua obra;
- (iv) de modificação, em que só o autor poderá proceder a qualquer alteração, adaptação ou revisão da obra;
- (v) de retirada ou arrependimento, que compete exclusivamente ao autor; de repúdio de projeto; e
- (vi) de integridade da obra, a qual não poderá ser mutilada ou dividida sem prévia anuência do autor.

Contudo, tratamento diverso é dado ao *software*.

## 2.2 Os Direitos Morais mitigados relativamente ao *software*

A Lei n.º 9.609/98 é categórica ao prever, no parágrafo 1.º do artigo 2.º, que não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de opor-se

---

<sup>8</sup>“A Lei 6.910/98 inovou em matéria de direito moral, criando em parte, restrição ao seu exercício, no que diz respeito à retirada de circulação ou de suspensão de utilização já autorizada. A restrição reside no fato de limitar o exercício de tal direito moral a hipótese em que a “circulação ou utilização implicarem afronta” a reputação ou à imagem do autor. É tema que, por certo, suscitará muita divergência, tanto no campo doutrinário quanto no próprio cumprimento da lei, não sendo difícil prever que daí advirão muitas demandas”. SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. **Direito Autoral**. Brasília : Editora Brasília Jurídica, 1998, p. 25.

à paternidade do programa de computador e 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.

Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis, significando que a autoria de um programa de computador não pode ser transferida para uma titularidade alheia.

Os direitos morais são personalíssimos.

Sua transferência somente ocorrerá por *causa mortis* do autor a seus sucessores, no exercício do direito, mas nunca na autoria dos mesmos. Isto nos termos do parágrafo primeiro do artigo 24 da Lei n.º 9.610/98. Aponta Luiz Fernando Gama PELLEGRINI:

O legislador foi bastante claro, ao determinar que por morte do autor os direitos morais previstos nos incisos I a IV do artigo 24, transmitem-se aos herdeiros. Qual o alcance deste parágrafo? Trata-se, em primeiro lugar, da aquisição do exercício de direitos, e não dos direitos morais, uma vez que o art. 27 determina expressamente serem os direitos morais inalienáveis e irrenunciáveis. Vale dizer, que ocorrendo a morte do autor, os herdeiros passam a ter o exercício dos direitos morais, adquiridos através sucessão *causa mortis*, que consiste na preservação da obra, manutenção da sua integridade.<sup>9</sup>

O autor de um *software* será sempre o seu criador, podendo a qualquer tempo reivindicar a paternidade, inclusive seus herdeiros.

### **3. A complexidade do domínio público relativamente ao *software***

Independentemente do exposto, a questão da extensão dos direitos morais e sua aplicabilidade no tocante ao *software* merece maior atenção de análise, pois os direitos morais do criador do *software*, de opor-se à

---

<sup>9</sup>PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. **Direito Autoral do Artista Plástico**. São Paulo : Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 21.

paternidade do programa de computador e de opor-se a alterações não- autorizadas, persistirão após o prazo de proteção de cinquenta anos, depois do qual o *software* cairá em **domínio público**, uma vez que tal direito se reveste de quatro características fundamentais: é um direito pessoal, perpétuo, inalienável e imprescritível.<sup>10</sup>

Da mesma forma pode-se indagar sobre a quem competirá a defesa da integridade de um *software* que eventualmente venha a cair em **domínio público**, o qual poderá ser livremente reproduzido.

Neste caso, aplicar-se-á o disposto no parágrafo 2.º da Lei n.º 9.610/98, que atribui competência ao Estado na defesa da integridade e autoria da obra.

A complexidade desta hipótese ainda é maior quando analisada a reciprocidade do princípio do Tratamento Nacional da Convenção de Berna e de Paris, em que estão asseguradas a cada nacional de todo Estado-membro as mesmas garantias que sejam asseguradas a um deles, incluindo-se as novas adesões; quer dizer:

- (i) competirá ao Estado brasileiro, composto pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a competência comum para a proteção de programas de computador já de **domínio público**.
- (ii) ou, ainda, como hipotiza Hercoles Tecino SANCHES, quando alguma Organização Não-Governamental ou uma pessoa física pretender defender a autoria ou a integridade de obra de terceiros caída já no **domínio público**, deverá ela provocar a iniciativa do Estado.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup>Neste sentido ver: WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software e Revolução da Tecnologia da Informação**. Curitiba: Juruá, p. 133.

<sup>11</sup>Neste sentido ver SANCHES, Hércules Tecino. **Legislação Autoral**. São Paulo: LTr, 1999, p. 101.

Portanto, as questões que revestem os direitos morais sobre o *software* e seus desdobramentos ainda estão por ocorrer, uma vez que tais direitos são imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis.

A complexidade do **domínio público** no tocante ao software merece especial atenção, isto porque, estamos diante de um bem intelectual indissociável do seu ambiente tecnológico, não se pode imaginar – ou ainda, concordar – que o **domínio público** de um programa de computador somente se opere quando estes já perderam sua utilidade, quando não mais existir interesse econômico e social.

A atual Lei de Software inobserva a finalidade do instituto do **domínio público**, pois é de se pressupor que, o software após 50 (cinquenta) anos nenhuma utilidade mais se poderá extrair dele, não havendo o que justifique no campo tecnológico a manutenção do direito de exclusivo por um período tão alargado sobre um bem intelectual (software) em total descompasso com a realidade do setor de informática.

Vale dizer: o **domínio público** mitigado projetado pela legislação no tocante ao software é antes uma maximalização do direito de exclusivo que está rigorosamente carente e dependente de uma justificação.

O alto nível de proteção do direito autoral nos programas de computador, mitigando os direitos morais e o **domínio público**, são parâmetros impostos pela OMC, numa via de sentido único, cuja proteção exacerbada tem sua medida rigorosamente demarcada pelos interesses econômicos tendentes inequivocamente para a perpetuidade.

A que se ter claro que o **domínio público** de um bem intelectual não é exceção, nem pode ser visto, no caso do software, como aplicável apenas para aquele programa de computador que não tenha mais serventia ou que se encontra completamente obsoleto.

O direito autoral não pode impedir a difusão e o acesso ao conhecimento e ao uso da tecnologia. Impõe-se uma cuidadosa e profunda

reflexão sobre o instituto do **domínio público** para rever os prazos de proteção excessivos.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Edmir Netto de. **Proteção Judicial do Direito de Autor**. São Paulo: 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2.<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

GUTIÉRREZ, José Antonio Valbuena. **Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor**. Granada: Editorial Gomares, 2000.

MANSO, Eduardo Vieira. **Violações aos direitos morais**. in NAZO. Georgette N. (org.) **A tutela jurídica do direito de autor**. São Paulo: Savaiva, 1991.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. **Direito Autoral do Artista Plástico**. São Paulo : Editora Oliveira Mendes, 1998.

PIMENTA. Eduardo. **A jurisdição voluntária nos Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

SAHM, Regina. **O Direito Moral de Autor e o Fundamento do Direito à Intimidade**. In BITTAR, Eduardo C.B. CHINELATO, Silmara Juny. **Estudos de Direito de Autor, Direito da Personalidade, Direito do Consumidor e Danos Morais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

SANCHES, Hércoles Tecino. **Legislação Autoral**. São Paulo : LTr, 1999.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. **Direito Autoral**. Brasília : Editora Brasília Jurídica, 1998.

WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software e Revolução da Tecnologia da Informação**. Curitiba: Juruá, 2004.

WEIKERSHEIMER, Deana. **Comercialização de Software no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.