

ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO "SOFTWARE" UMA ABORDAGEM HISTÓRICA, CRÍTICA E PRÁTICA

Direitos autorais de Clovis Silveira - reprodução autorizada contanto que citada a fonte.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL, INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO ANO XXXI
Nº 85 Jan-Mar/1992 (Ed. Revista dos Tribunais Ltda.)

ÍNDICE

I – Uma visão histórica: O Tao Te Ching

II – Uma visão crítica: Da natureza da luz

III – Uma visão prática: Curationes Quinque

I – Uma visão histórica

O Tao Te Ching

Lao Tse, fundador do Taoísmo, sintetizou sua filosofia no século VI A.C., em apenas 81 pensamentos; no quadragésimo-terceiro, encontramos, na tradução inglesa, **“The softest thing in the universe overcomes the hardest thing in the universe”** ou seja, vence o soft, perde o hard. E, em seu pensamento quinquagésimo-sétimo, encontramos, **“The more laws and restrictions there are, the poorer people become ... the more rules and regulations, the more thieves and robbers.”**

Em 1946, a *Convenção Interamericana de Direitos de Autor* (da qual o Brasil é signatário) reuniu-se em Washington e definiu os campos de aplicação dos direitos (em seu artigo III). Nessa época o termo *software* ainda não era utilizado. Na década de 50, quando as primeiras máquinas tabuladoras e os primeiros “computadores” comerciais foram colocados no mercado, não havia nenhum problema com o *software* porque, até então, nesse campo, tudo era *corpus mechanicum*.

Na década de 60, quando a “programação” dos computadores já deixava de ser feita através de pinos e cabos elétricos e começava a ser realizada através de linguagens de programação, tipo Fortran etc., o termo *software* passou a ter o significado de conjunto ou de seqüência de instruções etc. utilizadas para produzir resultados de uma máquina.

Só em 1963 é que o computador e suas criações, pela primeira vez, se defrontaram com juízes e tribunais devido a ter ficado claro ao *Patent Office* americano que um “método de conversação de números de notação decimal para notação binária” não era patenteável, por entenderem os examinadores estar a reivindicação no campo da matemática e não no das chamadas artes-úteis. Foi o conhecido caso Benson.

Algum tempo depois, o mesmo *Patent Office* aceitava o pedido de privilégio de invenção para “uma solução de otimizar o uso do computador em ambiente de multiprogramação”. Foi o caso Chatfield. O *Patent Office* acolheu essa reivindicação porque tratava a questão como sendo de um novo método para operar um sistema particular de máquina, de um modo também particular. Assim foi firmada uma jurisprudência nos EUA acerca da privilegiabilidade das invenções denominadas *Computer Implemented*.

Os casos Benson, Christiensen, Waldbaum, Richman e outros não obtiveram sucesso: os inventores tiveram negada sua proteção por patente porque não reivindicaram aplicações práticas para seus novos algoritmos; enquanto que nos casos Chatfield, Dentsch e Flok, por exemplo, seus requerentes obtiveram sucesso: conseguiram os privilégios, porque os inventores reivindicaram “novos algoritmos aplicados ao controle das máquinas”.

Sucedeu que em 1964, o *Copyright Office* comunicou que passaria a aceitar *copyrights* para programas de computador.

Em 1969 a IBM iniciou a sua política comercial, conhecida como *unbundling*, a saber, de separar, em seus negócios, a comercialização do *hardware* da comercialização do *software*, que antes era entregue gratuitamente aos clientes que adquiriam seu *hardware*.

Esses fatos levaram a um considerável grau de confusão, controvérsias e debates a respeito de ser ou não ser a programação de computadores digitais entendida como pertencente ao campo das “artes-úteis”.

As discussões envolveram tribunais federais, a Suprema Corte dos EUA, os criadores de *hardware* e de *software*, o Congresso Americano, o executivo e, particularmente, o *Patent Office*.

Depois de longos debates, ações judiciais etc., parece que o entendimento vigente foi o de que programas de computador seriam patenteáveis dentro de certas circunstâncias (e, portanto, enquadráveis no *Patent Act*) (Tit. 35 do USC).

Em 1976 o *Copyright Office* emitiu circular definindo o que é um programa de computador e estabelecendo requisitos básicos para seu registro.

Esses fatos ocorriam nos EUA em paralelo e se antecipando às diferentes conclusões que iriam resultar das iniciativas da OMPI e da UNESCO que, já desde 1971, iniciavam estudos, com a colaboração de um Grupo Internacional de Experts Governamentais, cujos trabalhos tendiam à indicação de que o *software* merecia um regime especial de proteção jurídica.

Como resultado de seis anos de trabalho, um Grupo Não Governamental de Experts, - que deu continuidade aos trabalhos - concluiu, em 1977, pela necessidade de uma proteção especial para o *software* (entendido o termo como compreendendo os programas, as documentações, o meio físico, etc.) e também concluiu pela incorporação

de um sistema de registro e de depósito específico do *software*; foi também debatida a idéia de um Tratado Internacional para proteção do *software*. Além disso, o Grupo produziu um Modelo de Provisões Jurídicas para a proteção do *software*, que foi distribuído aos países membros da OMPI.

No mesmo ano, a Presidência dos EUA designou uma comissão especial, denominada CONTU (Comissão Nacional de Novos Usos Tecnológicos de Trabalhos de Direito Autoral) que, em seu relatório final, sugeriu que o sistema de *copyright* seria o mais adequado à proteção dos programas de computador. O relatório foi encaminhado aos diversos países e é interessante aqui notar que, no ano seguinte, na chamada Letter from Japan, o Vice-Presidente do *Copyright Council*, referindo-se ao relatório do CONTU, embora tendo concordado com a idéia de ser o *copyright* o mecanismo mais adequado à proteção do *software*, comunicou não considerar urgente a modificação da legislação japonesa de *copyright*, por razões sociais, econômicas e legislativas.

Em 1977 ainda, a nova lei da propriedade industrial inglesa elencou expressamente não privilegiáveis como invenções os programas de computador, possibilitando, todavia, proteção de *software* quando se enquadrasse na figura das “*computer-inventions*”.

Em Junho de 1979, o “Grupo de Trabalho sobre Problemas de Direito de Autor Decorrentes da Utilização de Computadores”, formado pela OMPI/UNESCO, publicou trabalho em que discutiu a utilização de computadores na criação de obras artísticas e literárias, em particular a composição musical automática, e os aspectos jurídicos das traduções automáticas. O grupo de trabalho recomendou uma revisão da Legislação de Direitos de Autor.

No Brasil, em Outubro de 1979 foi criada a SEI – Secretaria Especial de Informática, órgão complementar do Conselho de Segurança Nacional, diretamente vinculada ao Presidente da República. Dentre outras atribuições, caberia ao novo órgão, manifestar-se tecnicamente, na fase de exame, sobre pedidos de patentes que envolvessem informática, sem prejuízo da competência do INPI.

À época, as preocupações principais da SEI eram a implantação de um sistema próprio de registro do *software* e a limitação das importações de *softwares* estrangeiros, dentro da nova Política Nacional de Informática vigente.

Em 1982, Ato Normativo da SEI dispôs sobre o cadastramento de programas de computador, sendo necessário à sua comercialização no país.

Em 1983 a OMPI preparou minuta de um Tratado Internacional para Proteção do *Software* e já levantava uma nova questão: a da proteção dos circuitos integrados (os *chips*, ou *microchips*, que se constituem de *hardware* e *software* integrados).

Em Março de 83 a SEI impediu a venda no Brasil da conhecida planilha eletrônica VISICALC, por considerar existir capacitação nacional para desenvolvimento de *software* similar no país.

Em Maio de 83 a SEI preparou a primeira minuta de anteprojeto sobre a disciplina

jurídica do *software*; estavam previstos direitos por cinco anos para a pessoa física ou jurídica que desenvolvesse o *software*, sendo necessário seu registro ou cadastramento na própria SEI, além do exame prévio dos contratos de transferência de tecnologia que envolvessem informática.

Ato Normativo da SEI definiu esdrúxulo conceito de Empresa Nacional, que veio a gerar grandes polêmicas no Brasil e no Exterior.

No mesmo ano, nos EUA, o Tribunal Federal de Recursos de Filadélfia decidiu que o *software* para os computadores APPLE, embutidos em chips, seriam protegidos pela legislação de *copyrights* (75 anos de proteção!).

A inovação do tribunal americano foi a de que material não visualizável passou a ser protegido por direito autoral.

A IBM, seguindo diferente estratégia empresarial, tornou públicas as especificações de seus *personal computers*, dentro de sua chamada “filosofia de máquina de arquitetura aberta”, na esperança de estimular as *software-houses* a desenvolverem *softwares* para seus PC’S, concorrentes dos Apples.

No Japão, em dezembro de 83, o relatório “Aiming Towards Establishment of Legal Protection for Computer *software*” preparado pelo subcomitê para a melhoria e o fortalecimento dos fundamentos do *software*, do *Industrial Structure Council*, apresentou importante conclusão: Nova legislação especial era necessária, associada aos seguintes grandes objetivos: a promoção do desenvolvimento do *software*; a prevenção contra a duplicação de investimentos e a promoção do uso do *software*. O relatório, com sugestões claras e objetivas, foi encaminhada à OMPI, como contribuição ao Grupo de Experts.

Em Janeiro de 84, no Brasil, o INPI começou a se movimentar contra o projeto de Lei de *software* preparado pela comissão da SEI. O INPI não era favorável ao enquadramento jurídico do *software* naquele momento, e se a SEI encaminhasse o seu projeto ao Congresso, o INPI prepararia proposta alternativa. Logo em seguida a SEI divulgou sua minuta de lei do *software* (até então mantida reservada) para ouvir as críticas da comunidade brasileira.

Em Abril de 84, na Reunião da OMPI em Canberra, o chamado Grupo de Trabalho Encarregado de Questões Técnicas relativas à Proteção Jurídica do *Software* ofereceu novas definições para o termo e também considerou necessária a inclusão de proteção para os circuitos integrados.

Em Junho de 84 foram lançados os produtos PROLOK, XLOK, LOGIMETRE, na França, que ofereciam as chamadas proteções técnicas aos *softwares*, a despeito das eventuais proteções jurídicas.

Em Junho de 84 a SEI promoveu em Brasília um seminário Internacional sobre o Tratamento Jurídico do *Software*, onde estiveram presentes representantes da OMPI, EUA, Alemanha, Japão, Brasil e Hungria.

O objetivo foi fornecer subsídios a uma nova legislação brasileira que atendesse às peculiaridades do novo produto: o *software*. No mesmo mês, em parecer encaminhado a ASSESPRO, o Dr. Newton Silveira considerava: “o *software* constitui um meio técnico para a consecução de um resultado. Esse resultado por sua vez, podendo constituir-se em utilidade como também obra artística, como no caso de certos video-games, pinturas, músicas etc.”.

O meio, afirmou, é sempre técnico e, portanto, deveria estar excluído da incidência da Lei de Direito de Autor, sugerindo que legislação específica deveria ser desenvolvida para a proteção do *software* no Brasil.

Em setembro de 1984 a FICPI Federação Internacional dos Consultores em Propriedade Industrial relatou a situação de vários países a respeito da legislação de *software*. Incluiu, em seu longo comentário, resumo do andamento da questão no Brasil. Em suas conclusões encontramos: Discussões através de todo o mundo demonstram que as leis existentes e as convenções internacionais não são adequadas para cobrir o *software* em todos os seus aspectos. No Brasil a proteção por patentes parece estar excluída e o tratamento sob os conceitos de trade secret oferecem limitada proteção. No referente aos direitos de autor a proteção é considerada ineficaz e o entendimento final foi o de que uma legislação específica deveria ser desenvolvida.

Em Novembro de 1984, o I Seminário Latino Americano sobre o Fomento, Difusão e Proteção de *Software*, em Montevideo, recomendou a criação de um regime especial para a proteção do *software*. Foi ele considerado como obra tecnológica e sugeriu-se aplicar as mesmas regras do comércio de tecnologia, com um período de proteção similar aos das patentes.

Por outro lado, no Rio de Janeiro, em Maio de 1985, o Comitê Executivo do AIPPI, Associação Internacional para a Propriedade Industrial, propôs que o *software* fosse protegido de acordo com os sistemas nacionais e internacionais de direito de autor (diga-se de passagem que, já nessa ocasião, também aprovou resolução na área de biotecnologia, defendendo sua introdução nos inventos protegidos pelo CPI brasileiro).

Em Genebra, no mesmo mês, o subgrupo brasileiro do Grupo de *Experts* sobre Aspectos Relativos aos Direitos de Autor da Proteção de Programas de Computador e do Suporte Lógico informou estar preparando uma legislação *sui generis* para o Brasil. A lei 7.232 promulgada em 29.10.84 já instituiu a Política Nacional de Informática.

Em setembro de 85, no Brasil, uma empresa iniciou sua estratégia de ataque à chamada pirataria de *software*, enviando notificações contra outras empresas, acusando-as de usar cópias ilegais, isto com base na legislação nacional de Direitos de Autor.

Em Maio de 86, nos EUA, a Apple notificou a Digital por cópias de telas, alegando, com base na lei de *copyright*, estar a Digital copiando os *outputs* de seus programas protegidos.

No mesmo mês, Reagan ordenou retaliações contra o Brasil pela demora brasileira em incluir o *software* dentro da legislação dos Direitos de Autor.

Muitos outros passos se sucederam no Brasil, até que a Lei 7.646/87 instituiu a proteção da propriedade intelectual para os programas de computador e sua comercialização no Brasil, regulamentada pelo Decreto 96.036/88.

Em linhas gerais, ficou instituído o regime de Direitos do Autor conforme a (da Lei 5.988/80), mas com modificações estabelecidas para atender às peculiaridades inerentes aos programas de computador. Quanto ao conteúdo de toda essa legislação para a proteção jurídica do *software*, no Brasil, resultou, em linhas gerais: o estabelecimento de uma reserva de mercado quase que permanente, baseada em definições subjetivas, uma definição de empresa nacional especial para os fins da reserva; prazo de proteção de 25 anos no regime de direito autoral; registro e depósito do *software* no INPI, de caráter declaratório; cadastramento na SEI (agora DEPIN, para efeitos de comercialização no país).

Após novo período de pressões externas, a legislação referente à matéria está nesse momento passando por nova revisão, da qual resultarão, provavelmente, se aprovadas, modificações como a eliminação do exame de similaridade, o fim da reserva de mercado na distribuição, o fim do cadastramento na DEPIN (antiga SEI) e novo enquadramento do *software*, no conceito de serviço.

Parte substancial das sugestões oferecidas pela ABDI – Associação Brasileira de Direito de Informática – deverão ser acatadas.

II – Uma visão crítica

Da natureza da luz.

Por séculos se procurou compreender a verdadeira natureza da luz. A conclusão foi a de que, não importando qual fosse sua verdadeira essência, suas diferentes manifestações, percebidas pelo homem, se explicam e se enquadram em teorias antagônicas e coexistentes. O que importa é compreender qual a manifestação que estamos presenciando.

O próprio título “Enquadramento Jurídico do *software*” sempre sugeriu a mim a idéia de se tentar comprimir algo de dimensões definidas ou mesmo ilimitadas, dentro de um corpo jurídico de fronteiras bem definidas.

Gostaria de fazer uma analogia com o que eu chamaria, aqui, data venia, de “enquadramento físico da luz” ou poderíamos também propor “Luz: onda ou partícula?”.

Assim como no campo jurídico, os físicos desenvolvem suas teorias buscando explicar os fenômenos que percebem, enquadrando-os, digamos assim, na teoria formulada.

As construções teóricas sempre evoluem, existindo até mesmo “modismos” de teorias,

em função da evolução do pensamento humano, das ciências, da tecnologia etc.

A novela do “enquadramento físico da luz” teve, muito simplificada, o seguinte *script*: Huyghens, em seu Tratado da Luz (1660), desenvolveu uma teoria ondulatória para explicá-la, porque certas manifestações percebidas por ele não se explicavam pelas anteriormente conhecidas. Algum tempo mais tarde, Einstein desenvolveu nova teoria, desta vez uma teoria corpuscular (concebeu o fóton, a partícula de luz, o átomo de luz, digamos assim) para explicar novos fenômenos que não se enquadravam nas teorias anteriores.

E surgiu então grande controvérsia no plano teórico: luz é onda ou partícula? O fato é que, o que se entendia por luz ora se comportava como onda e ora como partícula, idéia inaceitável, à época, por sua aparente contradição. Um verdadeiro paradoxo.

Os mais importantes cientistas do mundo reuniram-se, mais tarde, para debater e decidir sobre a verdadeira natureza da luz. O resultado, revolucionário, foi o de serem estes cientistas compelidos a aceitar a idéia de que luz não é onda e não é partícula, mas se constitui em um fenômeno físico que se manifesta de maneiras diversas que são explicadas por teorias próprias, aparentemente contraditórias.

Poderíamos também imaginar que as teorias é que, por suas limitações intrínsecas, não chegaram, cada uma, a abranger todas as possíveis manifestações do fenômeno.

Quero entender que o processo de compreensão da natureza da luz, se me permitem, transcendeu o próprio desenvolvimento das teorias; e que a percepção de seus fenômenos foi mais rápida do que a formulação das próprias teorias que tentavam explicá-los.

Aliás, a coisa estava andando tão rápido, que foi o próprio Einstein, que, para explicar ainda novos fenômenos observados na natureza, baixou um “decreto-lei” limitando a velocidade da luz ao máximo de 300.000 km/seg (sem o que, aliás, não haveria a sua famosa Teoria da Relatividade).

Mutatis mutandis, o *software* é um termo que, para mim, significa um conjunto muito variado, no espaço e no tempo, de manifestações intelectuais e tecnológicas, que têm sido parcialmente percebidas por observadores que tentaram enquadrá-las em teorias ou doutrinas preexistentes e, portanto dentro as suas próprias limitações.

Observamos, pelo relato histórico, que as conclusões dos principais organismos internacionais e também aquelas de trabalhos independentes foram no sentido do desenvolvimento de novo regime jurídico para o novo fenômeno do *software*.

Apesar disso, tem prevalecido, gradativamente, em cada país, a adoção do sistema de *copyrights* – ou de Direito de Autor.

Constata-se também que esse vetor de pensamento tem tido sua origem nos países econômica e tecnologicamente mais avançados, sendo também fato sobejamente conhecido que a tecnologia avança muito - e cada vez mais rápido - nesses centros.

Essa a tendência que nos alcançou, aqui na periferia, dentro do conceito de centro e periferia de Sunkel.

Em complemento aos comentários já feitos, considero interessante observar as conclusões independentes de um Colóquio Franco-Soviético para a proteção do *software*, ocorrido em Kiev, em 1975, que foram, em resumo, as seguintes: a) Trata-se de uma questão velha, que necessita de soluções radicalmente novas; b) O *software* apresenta uma ambigüidade característica, ora se manifestando no campo industrial, ora no intelectual; c) A razão da grande confusão atual parece resultar da falta de um entendimento rigoroso da natureza técnica informática; d) As máquinas informáticas (entendidas como *hardware* e *software*) são máquinas a quatro dimensões (três no espaço e uma no tempo); constituem máquinas de um nível de complexidade superior às máquinas clássicas mecânicas, até então conhecidas, que são as três dimensões, daí resultando a dificuldade de enquadrá-las nas proteções já estabelecidas desde os tempos da termodinâmica; e) foi sugerida a realização de uma classificação internacional dos tipos de *software*.

Para ir encerrando esse capítulo, quero destacar também a abrangente percepção das “manifestações” do *software*, detectadas pelos grupos de trabalho da OMPI, que entenderam constituir-se o *software* dos programas propriamente ditos, acrescidos de seu material descritivo e de seus vários componentes a serem protegidos e, além disso, também reconhecendo o *software* gravado nos *chips*.

Finalmente quero dar grande destaque à visão imparcial e desenvolvimentista, a meu ver, do grupo japonês ligado ao MITI que, com sua viva abordagem estratégica, já considerava as décadas de 80 e 90 como a segunda revolução da informática, dando grande destaque ao uso dos micros para fins domésticos e de lazer em geral e, identificando sua transição “para o mundo das *commodities*”. Além disso, adotou uma definição simples e diferente para o *software*, a saber: uma tecnologia que torna os computadores utilizáveis. O Grupo considerou também ser o *software* um bem indispensável ao desenvolvimento industrial do país; este bem, o *software*, possuindo as seguintes características principais: só tem valor quando em uso; é fácil de copiar e de baixíssimo custo; produtos melhores podem ser obtidos através de sua incorporação; esforços independentes podem chegar a resultados idênticos; e por tratar-se de produto de tecnologia avançada tem obsolescência rápida. O Grupo propôs uma legislação que fosse especialmente desenhada para proteger esse novo tipo de tecnologia, tão nova e abrangente, e em constante evolução. Revendo os passos do enquadramento jurídico do *software* no mundo, nos deparamos, como vimos, com interessantes estudos; alguns, de um lado, tentaram demonstrar que o *software* deve ser submetido à proteção das leis do Direito de Autor: por outro lado, estudiosos defenderam a tese de que o *software* satisfaz à legislação destinada a proteger as invenções, no conceito e nas condições do CPI. Outros ainda, demonstrando que o *software*, por não se enquadrar no primeiro campo, o da produção das obras intelectuais (artísticas, literárias etc.), ou seja, dentro do campo do desenvolvimento cultural; e nem no campo das invenções patenteáveis, ou seja, no desenvolvimento industrial, sugeriam o estabelecimento de novo arcabouço jurídico.

No meu entendimento, a proteção dos direitos de *software* envolve uma análise técnica

mais complexa dos componentes a serem protegidos. Para se desenvolver uma estratégia de proteção, um *software* deve ser analisado, tecnicamente, sob vários aspectos, sendo que cada um, ou todos eles, tem um valor particular que merece ser protegido adequadamente quanto, por exemplo, à sua funcionalidade (ou seja, o resultado da relação input/output como é percebido pelo usuário), quanto ao uso do sistema (ou seja, a função desempenhada pelo *software* no contexto de um determinado sistema ou processo), quanto à sua arquitetura (ou seja, a modulação ou estrutura geral do programa), quanto aos seus algoritmos (ou seja, a metodologia geral empregada no programa para dotá-lo de funcionalidade), quanto às técnicas de manipulação de dados (ou seja, a determinada maneira de implementar o algoritmo ou de processar ou armazenar dados, que proporciona, por exemplo, economia de tempo de execução ou de armazenamento), quanto ao seu código (ou seja, determinada seqüência de símbolos, para leitura mecânica ou humana, a ser operada por *hardware* computadorizado, tais como código objeto e código-fonte), quanto à base de dados (ou seja, o conjunto de dados organizados, para ser usado junto com o programa – não devendo ser confundido com a arquitetura, nem com as técnicas específicas de manipulação empregadas na implementação de base de dados); e, finalmente quanto à sua documentação (ou seja, a literatura explicativa para a leitura humana, como, por exemplo, os manuais de usuários).

A título exemplificativo, não me parece terem a mesma natureza *softwares* como um compilador Fortran; um *software* que simule um jogador de pôquer; um *software* para folha de pagamento; um *software* que tem capacidade de aprender ensinando por uma criança; um *expert system* que faz diagnóstico médico; um *software* que compõe músicas em estilos de compositores clássicos; um *software* que é 5% programa e 95% banco de dados da lista telefônica de NY, por exemplo; um *software* que dirige um míssil ao seu alvo em constante deslocamento; um que converse em linguagem natural com um interlocutor humano e responda na sua ou em outra língua (francês, japonês, inglês, por exemplo); um *software* para *video-game*; um que simule o comportamento humano de um esquizofrênico; um *software* que jogue xadrez em diversos níveis de inteligência; um *software* que substitua um professor ou conferencista, sobre qualquer tema; etc. Cada um requeria uma análise técnica adequada para protegê-los em cada etapa de seu desenvolvimento.

Como vemos, o termo *software* compreende uma grande variedade de criações intelectuais aplicáveis a muitos campos, tanto no das artes-úteis como no das artes culturais.

III – Uma visão prática

Curationes Quinque:

Paracelso, um dos pais da medicina, por volta de 1500, no primeiro “prólogo” de seu Livro de Prólogos (Libellus Prologorum) elaborado para, que de uma maneira prática formulasse uma solução para o complexo exercício da medicina, numa época em que havia acirradas disputas doutrinárias, inclusive sobre Alquimia e a natureza das doenças, escreveu: “*É conveniente que se saiba previamente, que todas as*

enfermidades têm universalmente cinco tipos de tratamento diferentes e fundamentais. O ponto principal e o primeiro argumento do nosso livro será a afirmação desses cinco tratamentos (curationes quinque), o que deverá se aceitar como se fossem cinco ciências da medicina, cinco artes ou cinco faculdades do entendimento.

Cada uma delas é capaz, per se, de formar um meio terapêutico completo para a cura de todas as enfermidades (facultas medicinae) se nas mãos de um médico hábil, competente e esperto, que deverá escolher a melhor para cada caso. Dessa maneira será possível curar qualquer sofrimento ou doença, tanto numa como em outra medicina.

Assim sendo, será bom que cada médico se esforce, num estudo cotidiano e constante, para alcançar a máxima ciência e experiência, em qualquer um dos cinco métodos, sem esquecer, que tem tanta ou maior importância o conhecimento da alma do paciente do que do seu corpo. A base da sua consciência estará nela mesma e não nesta ou naquela subjetividade.

Com isto damos por terminada a exportação do nosso primeiro livro médico”.

O *software* tem sido entendido, ou identificado, quase sempre, como sendo sua expressão escrita e impressa em páginas de papel, por um programador, resultante de sua criação intelectual; dessa visão, que me parece restrita, é que surgiu, provavelmente, a idéia de protegê-lo dentro do regime do direito autoral, por analogia com outras criações do espírito.

Não há única e melhor abordagem. A meu ver, as diversas doutrinas de proteção legal devem ser entendidas como instrumentos disponíveis que devem ser utilizados, caso a caso, em função de um diagnóstico técnico dos componentes do *software*, entendido em seu sentido mais abrangente e em função de seu estágio de evolução.

Quanto à questão do enquadramento, os “cinco tipos de medicinas”, quero dizer, as proteções jurídicas disponíveis são: a proteção através do sistema de patentes, a proteção através do segredo industrial, a proteção através dos direitos de autor, a proteção pelos contratos e a proteção pelas marcas registradas.

De um ponto de vista pragmático, a melhor estratégia a ser adotada, na aplicação das proteções legais ao *software*, será a de familiarizar-se profundamente com os instrumentos disponíveis, compreendendo a eficácia de cada um e aplicá-los conforme os objetivos pretendidos, utilizando-os, inclusive de forma combinada, de modo a maximizar os resultados.

Para encerrar, passo a comentar, rápida e superficialmente cada instrumento:

1. O Sistema de Patentes, como proteção ao *software*, pode ser aplicado em certas condições. Ao contrário do direito do autor, que protege a expressão de uma idéia propriamente dita.

Sucedo que sendo o ciclo de vida de um *software* ou de um chip muito menor de que o prazo de obtenção da patente, esse método pode não se mostrar muito eficiente, sendo

seus custos relativamente altos, e podendo haver atraso na obtenção dos direitos.

2. O Segredo Industrial pode também proteger o *software* em certas situações.

Programas de computador sempre incorporam informações confidenciais tais como técnicas de programas originais, métodos mais eficientes para a solução de um problema típico, um novo método de compactação de memória etc., que o autor ou o proprietário quer manter em sigilo.

Como meio de proteção, é abrangente, porque protege idéias e conceitos que não foram e não devem ser materializados, ficando sua proteção independente da forma de expressão do próprio *software*.

Sempre foi a ferramenta de proteção preferida da indústria de *software* porque é simples, prática e traz resultados imediatos. Contudo, a proteção pelo segredo industrial implica em manter o segredo realmente “secreto”. Há dispositivos legais para sua implementação, como é o caso dos contratos de *non-disclosure*.

Todavia, duas maneiras de se perder o segredo são a descoberta independente e a utilização da chamada engenharia reversa.

3. O Direito de Autor, é claro, também protege o *software*.

Se, de um lado, patentes conferem monopólios temporários, a proteção por direito de autor confere direitos por tempo longo, até demais, no caso do *software*. Mas o direito de autor não protege as idéias e os conceitos como também não protege o autor contra criações independentes, mesmo que similares. Além disso, duas criações independentes idênticas poderiam obter proteções independentes para seus respectivos autores. Apesar disso, muitos recomendaram sua utilização como proteção ao *software*, como vimos.

Trata-se de proteção relativamente pouco onerosa, não havendo despesas para a manutenção do direito. Não há atraso na criação do direito, poucas são as formalidades envolvidas, e há proteção automática em muitos países.

Uma das vantagens na utilização do instituto do Direito de Autor é que, normalmente, desencoraja a feitura de cópias e o comércio pirata.

4. Contratos também podem proteger *software*, consistindo-se em acordos formais que definem direitos e responsabilidades entre as partes. Não eliminam a pirataria, mas podem cobrir grande área de interesse, desde contratos de trabalho com programadores, até contratos de licença de uso de *software* a distribuidores e usuários finais.

Consistem em meios muito eficazes como método de proteção junto aos usuários, sendo seu único ponto fraco não obrigar terceiros. O importante do contrato é definir as condições em que o licenciado usufrui direitos referentes à propriedade intelectual do licenciador.

5. Marcas registradas podem proteger o *software*, também, como é fácil de se perceber.

O propósito de uma marca é, basicamente, o de identificar origens e distinguir bens e serviços. Embora o regime de direito de autor estenda a proteção do título da obra a ela associado, na prática, o que identifica, no mercado, um *software*, é sua marca, que deve estar registrada como tal, nas condições do CPI.

Conclui-se que o registro da marca que identifica um *software* no mercado pode ser de grande utilidade para dar proteção ao próprio *software* (além de proteger a própria marca), principalmente quando um licenciado para o uso de *software* seja também um licenciado para utilização da marca correspondente e há mecanismos de controle de sua utilização.

Quanto às doenças, que Paracelso classificava em dois grandes grupos: as que vêm “de fora para dentro” e as que vão “de dentro para fora”, quero dizer, quanto ao *software*, além de sua enorme variedade de tipos, apresenta também diferentes estágios de desenvolvimento que requerem proteção adequada.

Esse aspecto (que jamais vi mencionado quando se fala em proteção) é relacionado às etapas de desenvolvimento do *software* em seu ciclo de vida.

Desde o *baby-system* ao *software* adulto, as ferramentas de proteção e seus remédios variam. Quando se fala na utilização da Lei de *software*, e do seu registro no INPI, está se falando da obra acabada, pronta para ser depositada e registrada.

Na realidade um *software* passa, em seu ciclo de vida, por estágios de desenvolvimento que vão desde a idéia básica do autor à aplicação de *know-how* específico para seu projeto, ao estabelecimento dos parâmetros de projeto, ao desenvolvimento propriamente dito dos programas componentes, à escolha das linguagens adequadas, ao estágio de verificação e testes, à instalação, à chamada *debugagem* (ou eliminação de erros), às modificações e adaptações, ao desenvolvimento da documentação, e ao treinamento do pessoal usuário. É como proteger todo um empreendimento ou um projeto, do início ao fim, e não apenas um de seus escritos, o programa.

Identificando-se então, tecnicamente, em que estágio se encontra, define-se o pacote de soluções de proteção.

Em resumo, e finalizando: 1. Um *software* se desenvolve em etapas, num ciclo de vida característico; 2. Há uma variedade muito grande de tipos de *softwares* classificáveis num grande espectro; 3. Dependendo do tipo e da etapa em que se encontra necessita certas proteções específicas; 4. Estes diferentes aspectos podem ser protegidos legalmente por métodos diversos, de forma independente ou combinada; 5. O registro do *software*, embora facultativo, é considerado fundamental para fixar a autoria no tempo e no espaço; 6. Na busca de adequada proteção, seria ideal, em função dos objetivos, realizar, preventivamente, uma análise técnica, e em seguida estabelecer um pacote de proteções, implementando-o em paralelo com o desenvolvimento do *software*.

A abordagem específica para se proteger um determinado *software* tem que ser amoldada às suas características e à forma específica como ele será usado e colocado no mercado, bem como à abordagem mercadológica e ao esquema de distribuição a ser considerado.

Em alguns casos, diferentes mecanismos de proteção podem ser usados ao mesmo tempo, em um único aspecto do sistema.