

A política de informática e a Lei n.º 7.646, de 18-12-1987

ANTÔNIO CHAVES

Presidente do Instituto Interamericano de
Direito Autoral — IIDA. Conselheiro da
Federação Interamericana de Advogados

S U M A R I O

PARTE I

*Programação Cibernética Brasileira.
Política. Estrutura. Órgãos*

1. *Programação cibernética. Importância, principalmente para os países em desenvolvimento.* 2. *A Política Nacional de Informática.*

PARTE II

Critérios Legislativos

3. *Vista pelas principais leis estrangeiras.* 4. *Um parto doloroso e polêmico.* 5. *Fundamentos da orientação "oficial".* 6. *Críticas.* 7. *A jurisprudência antecipou-se à lei.*

PARTE III

A Lei nº 7.646, de 18-12-1987

TÍTULO I

Disposições Preliminares

8. *A proclamada liberdade de produção e comercialização de programas.* 9. *O regime de proteção é o do direito autoral. Relevância.* 10. *Vantagens e inconvenientes.*

TÍTULO II

Da Proteção dos Direitos de Autor

11. *Prazo de proteção.* 12. *Proteção independentemente de registro.* 13. *Garantias aos estrangeiros domiciliados no exterior.* 14. *Registro.* 15. *Direitos do criador do software.* 16. *Software criado sem relação de dependência.* 17. *Modificações tecnológicas e derivações.*

TÍTULO III

Do Cadastro

18. *Cadastro. Indispensabilidade, para a comercialização.* 19. *Empresas "não nacionais".* 20. *Similaridade de programas.* 21. *Cadastramento de programa a empresas não nacionais.*

TÍTULO IV

Da Quota de Contribuição (Remissão)

TÍTULO V

Da Comercialização

22. *Obrigações do titular dos direitos.* 23. *Regras que regem os contratos de licença ou cessão.* 24. *Responsabilidade do titular dos direitos de comercialização.* 25. *Reserva de comercialização a empresas nacionais.* 26. *Aprovação e averbação a atos e contratos.* 27. *Licença de importação ou internamento.*

TÍTULO VI

Disposições Gerais

28. *Transferência de tecnologia. Averbação dos contratos. Pagamento de royalties.* 29. *Incentivos fiscais.* 30. *Ações de nulidade de registro. Sigilo.*

TÍTULO VII

Das Sanções e Penalidades

31. *Violações ao direito de autor do software. Comercialização de programas estrangeiros não cadastrados.* 32. *Ação penal.* 33. *Ações civis.*

TÍTULO VIII

Das Prescrições

34. *Prescrição. O prazo é de cinco anos.* 35. *Balanço da lei. Perspectivas.*

PARTE I — Programação cibernética brasileira. Política. Estrutura. Órgãos

1. Programação cibernética. Importância, principalmente para os países em desenvolvimento

Foi apenas pouco antes da década de 50 que surgiu o primeiro enorme, pesadíssimo e desajeitado computador: o ENIAC, que contava com 18 mil válvulas de 16 tipos diferentes, tinha 30 metros de largura por três de altura, consumindo 140 Kw.

Lembrando o fato, acentua ENRICO CARITÀ (“Já estamos no futuro”, in *Evolução da Comunicação*, um dos ensaios coordenados por GIOVANNI GIOVANNIN, trad., Rio, Nova Fronteira, 1987, p. 287) ter-se tornado a difusão dos computadores um fenômeno imponente, a tal ponto que chega a transformar profundamente a sociedade industrializada só com o advento da eletrônica.

“O mercado mundial dos circuitos integrados desenvolveu-se nos anos 70 com taxas de aumento médio de 35% ao ano, até alcançar, em 1980, os 6 bilhões de dólares. São 100 milhões os microprocessadores (ou microcomputadores) que se estima tenham sido fabricados em 1980, contra pouco mais de 2 milhões em 1976. Paralelamente ao desenvolvimento do mercado, ocorreu uma diminuição, da mesma ordem de grandeza, do custo por unidade de função.”

Para calcular a contribuição dos computadores à difusão do conhecimento, é bastante considerar — lembra GEORGES KOUMANTOS — que as bibliotecas do mundo inteiro poderiam ser contidas na memória de um computador e tornadas assim acessíveis a todos por meio de terminais ligados ao computador por fio, cabo, ondas hertzianas ou satélites, e isto a velocidades miraculosas.

“Um *mass medium* inteiramente novo está para nascer. Somente os livros e as revistas tornam-se assim um luxo ultrapassado e embarçoso; um só exemplar basta à divulgação universal de seu conteúdo, devidamente memorizado num computador. Mas qual será então a sorte dos autores e dos editores?”

Enumera os problemas de direito de autor provocados pelos computadores que foram objeto de estudos no plano internacional: criações artísticas produzidas com a ajuda de computadores, programas como objeto de proteção, proteção dos autores quando suas obras são memorizadas por um computador, unicamente este último se relacionando ao ordenador como *mass medium* do futuro, futuro esse que de resto já começou.

Em discurso divulgado pelo *Diário do Congresso Nacional*, II, de 17-10-1986, o Senador NIVALDO MACHADO lembra:

“O desenvolvimento da indústria da informática no Brasil começou a partir de necessidades militares. Todo o equipamento bélico moderno assenta a sua eficiência na computação eletrônica.

Deste modo, para a produção de armamentos eficazes no País, era necessário termos o domínio dessa tecnologia e a capacidade de fabricação em território nacional. Isto, por sua vez, gerou a necessidade de um mercado de computadores, de modo que os empresários brasileiros se sentissem motivados a investir nesse segmento da economia.

Esse foi, sem dúvida, um dos fatores determinantes do nascimento da reserva de mercado, o que fez com que a indústria da informática fosse criada a reboque da indústria bélica e à sombra de mecanismos de proteção contra a forte concorrência estrangeira”.

E diz mais:

“O fim da reserva de mercado tem data marcada. E sabemos, particularmente, esses empresários nacionais do setor. Sabem eles mais que isso ainda: não precisam ser alertados para o fato de que, ao fim da reserva de mercado, terão que dispor de produtos altamente competitivos para a forte concorrência que terão de enfrentar das multinacionais do setor”.

Em seguida, refere o Senador NIVALDO MACHADO darem conta dados da SEI que o número de profissionais de nível superior empregado pela indústria nacional de computadores, na área de desenvolvimento de *hardware* e de *software*, cresceu de 1.083, em 1982, para 1.177, em 1983, e 1.874 no ano seguinte, atingindo 2.623 em 1985. E acrescenta:

“Em pesquisa e desenvolvimento somavam Cr\$ 135 bilhões (cerca de 6,75 milhões de dólares) os investimentos da indústria nacional, já em 1984, efetivamente aplicados no desenvolvimento de novos produtos e/ou na melhoria de produtos existentes. Esse dispêndio representava, nesse ano, 10,8% do total da comercialização do segmento de processamento de dados de uso geral de 64 fabricantes, com um crescimento de 1% sobre o ano anterior. Isto demonstra, claramente, que já começava, nessa época, mesmo antes da aprovação da Lei de Informática pelo Congresso, a se formar uma massa crítica de conhecimentos na indústria nacional, com os empresários brasileiros aplicando significativamente, para os nossos padrões, em pesquisa e desenvolvimento, elemento-chave desse ramo de atividades.

A título de referência, vale lembrar que a IBM, o gigante do setor, investia, já em 1977, na sua sede, nos EUA, um pouco mais de 2 bilhões de dólares só no campo da pesquisa e desenvolvimento. Esse dado serve para ilustrar o poder econômico das forças que lutam hoje contra a reserva de mercado.”

A confirmar a importância não apenas econômica, mas também de política nacional da cibernética, revela correspondência de Paris de REALI

JUNIOR, para *O Estado de S. Paulo*, de 6-11-1986, "País quer supercomputador; EUA negam" — que nosso País estava negociando a compra dos supercomputadores Cray, mas a conclusão do negócio dependia do sinal verde do governo norte-americano, que não o concedeu até agora, por se tratar de exportações tecnológicas altamente estratégicas.

O Cray-2 veio à luz em junho de 1985, custava cerca de US\$ 7,5 milhões e borbulha enquanto está funcionando, efeito provocado pelo calor gerado por seus 240.000 *chips* no líquido sintético (fluorinert) que circula em seus circuitos de refrigeração interna. "Um microcomputador convencional, como os similares nacionais do IBM-PC, tem uma capacidade de memória residente da ordem de 250 mil *bytes*, ou seja, 250 mil unidades de informação com até 8 caracteres cada. A memória do Cray-2 vai a 2 bilhões de *bytes*, e seus quatro processadores, que operam simultaneamente, são capazes de realizar 1,2 milhão de operações aritméticas por segundo."

No âmbito internacional, o estudo dos problemas jurídicos que levanta, indispensável para uma boa adequação do programa a uma proteção legal eficiente, não conta com mais de trinta anos, graças, principalmente, aos esforços da OMPI e da UNESCO.

Lembra, com efeito HERIBERTO SCHIRO terem sido as Nações Unidas que, em conseqüência do informe de seu Secretário-Geral sobre a aplicação da tecnologia dos computadores ao desenvolvimento (Documento E/4.800), de 20-5-1970, decidiram confiar ao Bureau Internacional da Organização Mundial da Propriedade Intelectual o preparo de um estudo sobre a forma de proteção jurídica que se poderia conceder aos programas de computadores, bem como sobre as possibilidades existentes em matéria de acordos internacionais, com vistas a facilitar o acesso dos países em desenvolvimento à informação sobre o suporte lógico.

O Departamento Internacional da OMPI convocou então um Grupo Consultivo de Expertos não Governamentais que a assessoraram em seu trabalho, em reuniões sucessivas.

A importância peculiar para o nosso País foi bem explicada por RUBENS DORIA PORTO, Secretário de Informática, mencionado por HENRIQUE ALONSO em "Brasil, la informática como test", *Clarín*, Buenos Aires, 25-10-1986, encaminhado, como resulta mais expressivamente no texto original,

"a "definir el régimen jurídico del *software*". Es una prioridad — decía — "pues nadie dentro del Brasil va a invertir en la producción de *software* corriendo el riesgo de ser pirateado y perder en poco tiempo su inversión". Un proyecto en tal sentido fue enviado recientemente al Congreso. Recordaba, al mismo tiempo, que solamente tres países en el mundo "retienen más del 50% de su propio mercado de informática: Estados Unidos,

Japón y ahora el Brasil". Ello explica — por la excepcionalidad de la situación — las polémicas que la misma levanta.

En cuanto a los resultados de la política de informática, los resumió en estos conceptos: "Ha crecido entre el 20 y el 25 por ciento en los últimos años. Hace ocho años había en el Brasil una media docena de empresas en el sector. Hoy ellas llegan a casi 300. Y todo lo que no puede ser producido en el país es importado". Agregó que para 1993 "habrá un parque industrial consolidado" y varios productos informáticos brasileños estarán en condición de competir, agresivamente, en el mercado mundial.

La objeción de que se produce a mayor costo no es válida. "Hace cuatro años, en Estados Unidos, una memoria costaba de 10 a 15 dólares. Hoy cuesta 50 centavos de dólar. Es una característica del mercado de informática. En el Brasil estamos pagando un precio diferencial para construir un parque industrial y producir equipamientos competitivos".

2. A Política Nacional de Informática

É objeto da Lei n.º 7.232, de 29-10-1984, constituída de 48 artigos, muitos dos quais vetados (e que projeto de lei apresentado aos 30-4-1985 pelo Senador VIRGÍLIO TÁVORA procura restabelecer), distribuídos em nove títulos.

O Título *Da Política Nacional de Informática* define seu objetivo:

"A capacitação nacional nas atividades de informática, em proveito do desenvolvimento social, cultural, político, tecnológico e econômico da sociedade brasileira, atendidos os seguintes princípios:

I — ação governamental na orientação, coordenação e estímulo das atividades de informática;

II — participação do Estado nos setores produtivos de forma supletiva, quando ditada pelo interesse nacional, e nos casos em que a iniciativa privada nacional não tiver condições de atuar ou por eles não se interessar;

III — intervenção do Estado de modo a assegurar equilibrada proteção à produção nacional de determinadas classes e espécies de bens e serviços bem assim crescente capacitação tecnológica;

IV — proibição à criação de situações monopolísticas, de direito ou de fato;

V — ajuste continuado do processo de informatização às peculiaridades da sociedade brasileira;

VI — orientação de cunho político das atividades de informática, que leve em conta a necessidade de preservar e aprimorar a identidade cultural do País, a natureza estratégica da informática e a influência desta no esforço desenvolvido pela Nação, para alcançar melhores estágios de bem-estar social;

VII — direcionamento de todo o esforço nacional no setor, visando ao atendimento dos programas prioritários do desenvolvimento econômico e social e ao fortalecimento do Poder Nacional, em seus diversos campos de expressão;

VIII — estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e técnicos para a proteção do sigilo dos dados armazenados, processados e veiculados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas;

IX — estabelecimento de mecanismos e instrumentos para assegurar a todo cidadão o direito ao acesso e à retificação de informações sobre ele existentes em bases de dados públicas ou privadas;

X — estabelecimento de mecanismos e instrumentos para assegurar o equilíbrio entre os ganhos de produtividade e os níveis de emprego na automação dos processos produtivos;

XI — fomento e proteção governamentais dirigidos ao desenvolvimento de tecnologia nacional e ao fortalecimento econômico-financeiro e comercial da empresa nacional, bem como estímulo à redução de custos dos produtos e serviços, assegurando-lhes maior competitividade internacional” (art. 2.^o).

O dispositivo seguinte considera

“Atividades de informática aquelas ligadas ao tratamento racional e automático da informação e, especificamente, as de:

I — pesquisa, desenvolvimento, produção, importação e exportação de componentes eletrônicos a semicondutor, opto-eletrônicos, bem como dos respectivos insumos de grau eletrônico;

II — pesquisa, importação, exportação, fabricação, comercialização e operação de máquinas, equipamentos e dispositivos baseados em técnica digital com funções técnicas de coleta, tratamento, estruturação, armazenamento, comutação, recuperação e apresentação da informação, seus respectivos insumos eletrônicos, partes, peças e suporte físico para operação;

III — importação, exportação, produção, operação e comercialização de programas para computadores e máquinas automáticas de tratamento da informação e respectiva documentação técnica associada (*software*);

IV — estruturação e exploração de bases de dados;

V — prestação de serviços técnicos de informática.

Os §§ 1.º e 2.º, respectivamente total e parcialmente vetados, soavam:

“§ 1.º — Considera-se computador o equipamento autônomo programável destinado a coleta, tratamento, estruturação, armazenamento, recuperação, processamento e apresentação da informação.

§ 2.º — A estruturação, a exploração de bancos de dados e as normas para a conclusão de acordos de acesso a bancos de dados localizados no País e no Exterior serão regulados por lei específica”.

Resultaram, pois:

“§ 1.º — (Vetado).

§ 2.º — A estruturação, a exploração de bancos de dados (vetado) serão reguladas por lei específica.”

PARTE II — Critérios Legislativos

5. Vista pelas principais leis estrangeiras

Na verificação de que a proteção ao *software* deve seguir, com adaptações que se fazem indispensáveis, os princípios atinentes à regulamentação do direito de autor, dois caminhos se abrem ao legislador nacional: o mais fácil e cômodo de modificações da lei básica, e o mais dificultoso e polêmico de um diploma específico.

O primeiro critério tem sido seguido pela generalidade dos países adiantados na matéria.

Assim, na *Alemanha Federal*, a “Lei de modificação de disposições no âmbito do Direito de Autor, de 24-6-1985”, limita-se a modificar o art. 2.º, § 1.º, n.º 1, da Lei de 9-9-1965, para dar-lhe a seguinte redação:

“1. As obras literárias, tais como os escritos e discursos, e ainda os programas para o processamento de dados;”

E os arts. 53 e 54:

“Art. 53 — Reproduções para o uso privado e outros tipos de uso pessoal:

.....

Outrossim a reprodução de um programa para o processamento de dados (art. 2.º, § 1.º, n.º 1) ou de partes essenciais do mesmo será permitida somente com o consentimento do titular do direito em cada caso.”

Na *Austrália*, a Lei de reformas à lei de Direitos de Autor de 1984 modificou o art. 10 da Lei de 1968, para acrescentar diversas definições e introduzir modificações em outros dispositivos.

Nos *Estados Unidos*, a Lei n.º 96.517, de 12-12-1980, acrescentou ao art. 101 do título 17 do Código um novo parágrafo.

Nas *Filipinas*, o Decreto Presidencial n.º 49, de 14-11-1972, limitou-se a introduzir, no rol das obras protegidas, os programas de computação.

A *França* fez acréscimos, pela Lei n.º 85.660, de 3-7-1985, à Lei n.º 57.298, de 11-3-1957.

Na *Hungria*, Decreto do Ministro da Cultura, n.º 15, de 12-7-1983, completou o Decreto n.º 9, de 29-12-1969.

Na *Índia*, a Lei de Direitos de Autor (Modificação) n.º 65, de 14-9-1984, completou o conceito de compilações com o de programas de computação.

No *Japão*, a Lei Modificatória é a de n.º 62, de 10-6-1985, e no *Reino Unido*, a lei de emenda é de 16-7-1985.

Patente o desconforto que resulta, para o aplicador da lei, de todas essas modificações, introduzindo um hibridismo de normas, algumas vezes, mais próprias à atividade industrial do que às criações literárias e artísticas, diferentes como são ou deveriam ser os critérios relativos às versões, adaptações, peculiaridades relativas à infração e respectiva repressão, o mesmo ocorrendo com relação à venda, locação e transferência, prazo de duração, tratamento de obras estrangeiras, extensão e prazo de duração, retribuição, conceitos de tradução, arranjo, transformação ou adaptação, direitos do titular e do proprietário da cópia, registro do *software* e dos respectivos contratos.

Na verdade, tudo isso aumenta os méritos do legislador brasileiro, pioneiro na promulgação de uma lei específica, que, com todos os seus defeitos e senões, constituiu um feito histórico, pois outro não pode ser o caminho compatível com uma política global de informática, que por essa forma completa e harmoniza.

4. *Um parto doloroso e polêmico*

O Projeto do Governo, foi objeto de intensos e prolongados debates, principalmente no Senado, como dão idéia as discussões travadas na 77.ª sessão de 12-11-1987, cuja transcrição ocupou as pp. 2.847—2.863 do DCN, II, de 13-11-1987, e, na seguinte, do dia 18, pp. 2.934—2.960 do mesmo Diário do dia ulterior e, ainda, do dia 19, pp. 3.010 a 3.018 do dia subsequente.

Nem faltou a convocação, pelo Senador JOÃO MENEZES, relator da Comissão de Constituição e Justiça, para exposições e debates, de técni-

cos e representantes de empresas e associações dos mais variados setores da informática:

- a) Dr. Edison Dytz, Presidente da Dytz Informática e ex-Secretário da SEI;
- b) Embaixador João Batista Pinheiro;
- c) Dr. Josué Soutto Maior Mussalém, Presidente da Sucesu Nacional e do Instituto de Informática da Fundação Joaquim Nabuco;
- d) Dr. Jorge Johannpeter Gerdau, Presidente da Gerdau Serviços de Informática;
- e) Dr. Francisco Rego Ramalho, Presidente da Assespro;
- f) Dr. Peter Dirk Siemens, Presidente de honra da Associação Brasileira de Propriedade Industrial — ABPI;
- g) Dr. Celso Furiane, Diretor da TENPO;
- h) Dr. Celso Barroso Cordeiro, Presidente da Associação Brasileira das Empresas de Software — ABES; e
- i) Dr. Américo Rodrigues Filho, Subsecretário Industrial da Secretaria Especial de Informática — SEI.

Foram oferecidos, além de inúmeras emendas, dois substitutivos, um do senador NELSON WEDEKIN, e outro dos senadores IRAPUAN COSTA JÚNIOR e SALDANHA DERZY (*DCN*, II, 13-11-1987, pp. 2.859—2.862).

Também o primeiro fez várias reuniões, rodadas de negociações e entendimentos, por não considerar correto ater-se simplesmente a votar o projeto como tinha vindo da Câmara.

Nem faltaram protestos contra o regime de tramitação de urgência urgentíssima, — verdadeira cesariana! — como o do Senador EDSON LOBÃO (*DCN*, I, 13-2-1987, p. 2.862):

“Um projeto desta importância, de tamanha significação, não deveria nunca ser votado em regime de extrema urgência. É indispensável maior cuidado, no exame de matéria de transcendental importância para a vida do povo brasileiro.

O que estamos aqui decidindo, sem dúvida nenhuma, é o destino das novas gerações brasileiras, muito mais do que das máquinas que estão sendo construídas neste País.

Vamos formar gerações de brasileiros, que estarão à altura das gerações de outros países, ou vamos formar brasileiros, daqui por diante, que terão 50 anos de atraso, tal seja o erro que posamos ou não cometer no exame e na votação desta matéria. Eis

por que peço a V. Ex.^a que suspenda a votação, para que se possa, então, numa nova sessão deste Senado, examinar melhor a questão.”

Encerrada a discussão no Senado, fechou-se um círculo na história da informática brasileira, iniciado com a votação da Lei n.º 7.232, de 29-10-1984.

Em sessão conjunta do Senado e da Câmara dos Deputados, de 4 de dezembro de 1987 (DCN, I, do dia seguinte, pp. 3.768—3.775), com aprovação de emendas e rejeição de outras, foi finalmente alcançada a redação final, que, com vetos do Presidente da República a vários dispositivos, resultou na Lei n.º 7.646, de 18-12-1987, que “dispõe quanto à proteção da propriedade intelectual sobre programas de computador e sua comercialização no País e dá outras providências”.

5. Fundamentos da orientação “oficial”

Pareceu prudente ao Ministro de Estado da Ciência e da Tecnologia, RENATO ARCHER e ao Consultor-Geral da República SEPÚLVEDA PERTENCE, na Exposição de Motivos n.º 40, de 5-12-1986 (DCN, I, de 16-6-1987, p. 1.978), “nesta etapa do desenvolvimento tecnológico brasileiro, acompanhar a tendência mundial de tutelar os programas segundo regime adaptado à regência legal das obras imateriais, paralelas dos direitos autorais, não obstante a circunstância de ser ele obra eminentemente utilitária e de servir, não raramente, de veículo indissociável de tecnologias de aplicação final, passíveis, em certos casos, de privilegiabilidade”.

E prossegue a Exposição de Motivos:

“Seguramente, essa tendência de adoção do regime derivado do direito autorais, no momento, à falta de ato internacional específico, poderá com o tempo ser revista, de sorte a se obter mais adequada proteção para tais propriedades. E põe-se fim imediato, inclusive através de tipificações penais, à prática de desvios no dever de probidade que a todo país civilizado cumpre na convivência internacional, e onde o Brasil firmou, no governo de Vossa Excelência, bases amplas de respeito e credibilidade.

Decorre desse fato o anexo anteprojeto, que propõe solução adaptada aos direitos autorais, sem incluí-la na lei especial. Cuidou-se de evitar, no entanto, a rápida obsolescência dessa solução, submetendo à disciplina legal os referidos programas, ainda quando projetados, desenvolvidos e elaborados de forma automatizada. Releva notar que a proposta atende às recomendações do Conselho Nacional de Informática e Automação, através do Parecer n.º 1/86, de 26 de agosto de 1986, e que foram juridicamente adequadas à disciplina do direito autorais, sem que este incida, por inteiro, no regime de tutela instituído pelo projeto.

Protégendo os programas para computadores e os titulares de seus direitos, independentemente de sua origem ou nacionalidade, bem assim sem quaisquer formalidades, o anexo anteprojeto torna explícitas e efetivas as mais extensas garantias aos usuários como contrapartida necessária dos direitos que a sociedade brasileira está outorgando a seus titulares.

Esses programas, ademais, são componentes imateriais dos sistemas de tratamento da informação. Por esse motivo, é imprescindível que o Estado discipline, segundo os interesses de seu desenvolvimento econômico e tecnológico, as operações de importação e circulação de programas, atendidas as prescrições da legislação atinente à informática (Lei n.º 7.232, de 29 de outubro de 1984, e Plano Nacional de Informática e Automação (Planin), aprovado pela Lei n.º 7.463, de 27 de abril de 1986), bem assim as operações relativas a tecnologia em geral.

Incentiva, ainda, o projeto o desenvolvimento da pesquisa e da capacitação nacional, em contrapartida da abertura comercial que propicia às empresas brasileiras.

Assim é que, seja pela tutela adequada dos direitos de propriedade do autor dos programas, seja pela simplificação dos procedimentos administrativos, estabelecem-se condições favoráveis ao internamento e à criação, no País, desse produto tecnológico, de importância relevante às atividades científicas e produtivas internas, assegurando-se os direitos de comercialização às empresas nacionais, mediante o pagamento dos devidos direitos aos titulares estrangeiros. Não se impede, porém, a comercialização por empresas estrangeiras dos programas típicos de equipamentos por elas produzidos no País ou utilizáveis por computadores do mesmo porte.”

O Senador Carlos Chiarelli (DCN, II, 19-11-1987, p. 2.939), revelou perfeita compreensão da matéria ao lembrar:

“Toda discussão se circunscreve, quando se fala em elaborar uma lei sobre *software*, na verdade: trata-se da básica proteção ao direito autoral, que ganha um contorno novo por se tratar de um direito autoral sobre matéria absolutamente moderna, sobre a alma das ferramentas dos tempos atuais e dos tempos futuros, sobre a criatividade humana inserida nas grandes máquinas que, de certa maneira, têm capacidade criativa, repetitiva e até mesmo projetiva.

Essa é a lei que estamos votando. É a lei do direito autoral dos tempos atuais, que tem uma característica peculiar e aí, talvez, a necessidade de certas incursões dubitativas no campo jurí-

dico, que motivaram algumas ponderações de eminentes colegas nossos. A lei é sobre direito autoral, mas é também sobre estratégia, fórmula e regramento de atividade comercial.

O programa de computador, o *software*, na verdade, merece proteção como algo que se exprime em função da criatividade da pessoa no campo do direito autoral, mas é um bem claramente destinado, em circunstâncias usuais ou majoritárias, a um processo de valia clara material, na condição de bem econômico ao mercado comercial. É por isso que a lei tem essa quase tipicidade híbrida; é fundamentalmente uma lei de dupla abrangência. Não pode ser apenas enfocada sob a óptica histórica do direito autoral — *ainda que também o seja* — e não pode ser comparada a uma regra do Código Comercial, como um bem comercial, como um bem econômico, destinado à comercialização, como o tínhamos e o temos como decorrência da tradição das regras comerciais. Esta é a nova característica.

Por isso que nós — e neste particular, Sr. Presidente — enfatizamos essa manifestação. O Brasil está tomando uma iniciativa extremamente ousada, ainda que absolutamente necessária e indispensável. Estamos nos atrevendo, corajosamente, mas, indispensavelmente, a regradar o *software*. Muitos e muitos países que o empregam, ou por temor ou por expectativa das mudanças que são normais nesse processo arrojado e célebre do mundo do processamento de dados, preferem deixar, de certa forma, livre ou ao sabor das circunstâncias, essa mecânica que induz o mundo da informática.

Nós, por razões inclusive de necessidade estratégica; nós, em razão de uma indústria nascente e um processo crescente de criatividade no mundo dos programas; nós, pela nossa condição de País do Terceiro Mundo mas, ao mesmo tempo, País inserido, de maneira valiosa, no mercado mundial da Informática, temos a necessidade de tomar essa iniciativa e correr o risco de tomar essa iniciativa. A decisão que hoje o Senado está tomando é das de maior repercussão que já tenha tomado nos últimos tempos. Basta que se olhe a repercussão, o significado, a importância não apenas do mercado de *software*, que é pelo menos quatro vezes maior do que o mercado de equipamentos, *mainframe*, de máquinas. Veja-se só essa correlação; veja-se a importância estratégica para o Brasil de estar habilitado e em condições de disputar esse mercado; veja-se a significação do nosso desenvolvimento tecnológico e da capacitação dos nossos recursos humanos. O Brasil precisa regular a matéria, mas veja que o Brasil, ao regulá-la, está tendo com ela necessários intercâmbios, mais ou menos conflitantes e conflitivos, com nações com as quais mantém intercâmbio comercial.

Estamos decidindo soberanamente sobre essa matéria. As circunstâncias históricas nos deram um hiato que foi preenchido por fatos da maior importância. Começamos a discutir esta matéria, na semana passada, aqui em Plenário, e entre aquela sessão e a de hoje, que é a da decisão, da deliberação, tivemos a adoção, pelo Governo dos Estados Unidos, de medidas de retaliação. Por quê? Razões decorrentes de interesses que se chocam no campo comercial da nossa política de proteção aos programas de computador e pela política das empresas multinacionais, com capitais basicamente sediados nos Estados Unidos."

6. Críticas

Ao projeto não foram poupadas censuras.

Os próprios usuários temiam que, a ser aprovado, ficasse o País como que isolado do resto do mundo, sem poder acompanhar os progressos que se realizam cada vez mais rapidamente.

Aponta-se a contradição entre o prazo de proteção de 25 anos e o prazo de validade de cadastramento exigido pela SEI, de 3 anos, e que somente a critério desta poderá ser renovado.

O órgão de imprensa mais prestigioso da América Latina, *O Estado de S. Paulo*, em sua edição de 20-10-1987, p. 3, em editorial "Projeto absurdo, contrário aos interesses do País", não concordava com que o cadastramento ficasse condicionado à inexistência de programa funcionalmente equivalente.

"Existem, ninguém ignora, vários programas de processamento de texto. Os mais conhecidos são o *Magic Window* e o *Word Star*, de origem americana; e o *Carta Certa*, brasileiro, servindo todos à mesma finalidade. Quem faz uso de programas diversos para elaboração de textos pode considerar a existência de semelhanças entre os três, sem entretanto jurar, como os xenóforos da SEI, que o *cadastramento* de um único levaria à dispensa dos restantes.

Quem leu Camões não fica *dispensado* de ler Shakespeare. Vale notar que, aprovado pelo Senado o projeto odioso que justifica esta nota, a *dispensa* equivaleria, de fato, a uma proibição."

O Presidente da Associação dos Exportadores Brasileiros, NORBERTO INGO ZADROZNY, em entrevista à imprensa, de 3-9-1986, manifestou que "as restrições impostas pela Secretaria Especial de Informática às importações de máquinas equipadas com componentes eletrônicos estão dificultando a modernização e ampliação de diversos setores industriais. Além da demora na aprovação de importações, os industriais brasileiros são às vezes forçados a comprar equipamentos de qualidade inferior no mercado nacional, pagando preços cinco vezes mais elevados do que pagariam normalmente por uma máquina importada, de qualidade superior.

O presidente da AEB sugeriu a liberação de importações de máquinas que tenham componentes eletrônicos, respeitados alguns limites que poderiam ser fixados pelo Governo. Na sua opinião, quando o valor do componente eletrônico não superasse, por exemplo, 15% do preço total do produto importado, não deveria haver restrições."

Não há como negar os aspectos positivos que o projeto do Governo apresentava, destacadamente a coragem de emanar uma lei específica para a matéria e o benefício que proporciona aos autores de programas e aos produtores nacionais, enfrentando pressões de toda ordem.

Não podia, nestas condições, deixar de desagradar distribuidores e representantes de produtos estrangeiros.

As maiores objeções visam ao excesso de poderes que permaneceu na SEI e ao reconhecimento da similaridade de produtos estrangeiros.

As esperanças dirigem-se à regulamentação da lei, última etapa do processo evolutivo, que venha atenuar alguns aspectos perniciosos.

7. A jurisprudência antecipou-se à lei

Com seis meses de antecedência, a magistratura do Estado de São Paulo, que é um dos centros mais importantes de produção de computadores eletrônicos, teve que enfrentar o problema da opção pela regulamentação do *software* pelos princípios do direito de autor, num caso particularmente curioso em que se discutiu não só essa questão, como também determinados aspectos envolvendo o próprio *hardware*, cuja proteção não existe na legislação brasileira, e, finalmente, o amparo a ser eventualmente dispensado aos manuais de instrução.

Sinclair Research Limited, sociedade comercial inglesa, domiciliada em Cambridge e com escritório em Londres, Inglaterra, especializada no estudo, planejamento e construção de computadores, tendo iniciado em março de 1980 a comercialização de microcomputadores, designados "Sinclair ZX 80", apresentou, em março de 1981, uma versão modificada, denominada "Sinclair ZX 81". Simultaneamente, mandou imprimir prospectos que continham as instruções para o manuseio e uso dos aparelhos, bem como a respectiva reprodução fotográfica dos mesmos, diagrama dos circuitos etc.

Alegando que Microdigital Eletrônica Ltda., Filcres Importação e Representações Ltda. passaram a reproduzir esses aparelhos, vendendo-os em grande escala, não respeitando os direitos de criação da autora e que se tratava de cópia integral do aparelho, não abrangendo apenas a respectiva programação e respectivo circuito eletrônico (*software*), mas o teclado, onde cada tecla contém, além da letra ou algarismo, um símbolo específico, objetivando facilitar o operador, moveu-lhes, bem como à Editelle Editora Técnica Eletrônica Ltda., responsável pela publicação denominada *Nova Eletrônica*, que inseriu no seu número 59 (janeiro de 1982) cópia foto-

gráfica do microcomputador e o respectivo diagrama, como de fabricação das rés acima, idênticos ao criado pela autora, ação ordinária à qual deu o valor de Cz\$ 1.200.000,00, visando sua condenação para "se absterem, no prazo de 30 dias, de violar por qualquer meio o direito autoral da promovente sobre os microcomputadores "Sinclair ZX 80" e "Sinclair ZX 81", abstendo-se de fabricar, vender, expor à venda, ter em depósito e anunciar microcomputadores que importem em violação total ou parcial deles, sob pena de incidirem na multa diária de Cz\$ 30.000,00, corrigida monetariamente, e que para esse efeito lhes fica cominada, além de perdas e danos e demais encargos processuais.

Citada, a ré Microdigital sustentou que a autora é parte ilegítima no feito, visto que, se alguém tem direitos autorais, seria John Grant ou Science of Cambridge Limited, o primeiro como criador do aparelho, cedido posteriormente à segunda; que o circuito eletrônico, teclado e programa (*software*) da autora é diferente da ré contestante. O circuito eletrônico, teclado, funções e programa da autora não se encontram sob a proteção nem da legislação relativa à propriedade industrial, nem dos direitos do autor ou qualquer tratado internacional firmado pelo Brasil; que a documentação técnica e laudo pericial de busca e apreensão trazida aos autos pela autora são referentes ao microcomputador Sinclair ZX 80, ao passo que a mesma embasa suas alegações na tese de que a ora ré reproduz o microcomputador Sinclair ZX 81, modelo totalmente diverso do primeiro; que o *software* básico (ROM) não goza da proteção do Direito de Autor por ser parte integrante do *hardware* do microcomputador; e, finalmente, que o seu *software* encontra-se registrado junto à SEI.

A ré Filcres alega em preliminar a falta de possibilidade jurídica do pedido da autora, pois ela jamais poderia se socorrer do Código de Propriedade Industrial, que nega patente aos sistemas de cálculo, nestes compreendidos os de computação eletrônica. Quanto ao teclado, existe padrão internacional, variando-se apenas adições, resultando daí a semelhança entre o teclado do NEZ 80, da ré Filcres, e o da Sinclair ZX 80 da autora. Essa similaridade prende-se ao padrão de escala mundial, a que obedecem os desenhos, posições das letras, instruções colocadas acima e abaixo destas, tudo a constituir a linguagem universal, conhecida por "basic". Tanto o computador da ré como o da autora usam componentes de fabricação internacional como o circuito integrado (Z 80) de fabricação da empresa americana Zilogue, que o distribui ao mundo inteiro. Essa ré juntou folhas de revistas americanas, inclusive fac-símile de teclado, para comprovar que tais teclados e funções são de domínio público internacional.

A ré Editelle, após apresentar praticamente os argumentos das outras rés, afirma que se limitou a publicar anúncios e artigos sobre os microcomputadores NEZ 80.

Regularmente processado o feito, sobreveio aos 29-5-1985 sentença do Juiz de Direito da 25.ª Vara Cível de São Paulo, Francisco Antônio Rodrigues Gambardella (Proc. n.º 101/83), que, antes de adentrar no

campo da existência de proteção legal ao direito de propriedade, considerou necessário saber se os aparelhos fabricados pelas rés são cópias integrais dos *microcomputadores de fabricação da autora*.

Acolhe as conclusões do laudo do perito judicial:

- “1. O *software* básico é parte da máquina, ou seja, *hardware*.
2. O Sinclair ZX 81 é um aparelho diverso e não uma versão melhorada do ZX 80.
3. Teclados semelhantes àqueles da autora, tanto na sua configuração como no seu desenho, já existiam à época do lançamento dos *aparelhos da mesma*.
4. Os “ROMs” dos computadores das rés, além de serem *circuitos elétricos, são matrizes de elementos finitos, portanto com configurações possíveis também de número finito, e conhecidos, não existindo, pois, novidade*.
5. Os conteúdos dos “ROMs” dos aparelhos das rés não são idênticos aos da autora, pois existem diferenças.”

Conclui que a ré Editelle, responsável pela publicação denominada “Nova Eletrônica”, não inseriu em seu número 59 qualquer matéria referente a aparelhos da autora, visto que se limitou a falar de *microcomputadores das rés: impunha-se, assim, a improcedência da ação*.

Como os aparelhos fabricados pelas rés não são cópias dos fabricados pela autora, entendeu desnecessário analisar a controvérsia sobre a legislação de proteção ao direito autoral invocada na inicial e contestada pelas rés.

Julgou, pois, improcedente a ação, condenando a autora a pagar às rés 20% de honorário sobre o valor dado à causa, a serem corrigidos monetariamente a partir da mesma sentença, bem como custas e demais cominações legais.

A Primeira Câmara Civil do TJSP, no entanto, por votação unânime de 27-5-1986, registrado no “Depri”, 5.19, fls. 1.472-1.485, deu provimento parcial à apelação interposta, que tomou o n.º 68.945-1.

Frisou o relator, Des. LUIS DE MACEDO, que, embora entendesse aquele magistrado “desnecessário analisar a controvérsia sobre a legislação de proteção ao direito autoral invocada na inicial e contestada pelas rés”, tal análise se fazia útil na medida em que, não obstante algumas das conclusões contidas no excelente laudo pericial, os elementos postos à disposição do julgador levam à convicção de que são notáveis certas semelhanças entre os aparelhos das rés e os da autora. A título exemplificativo, faz a comparação do teclado do microcomputador ZX 80, da “Sinclair”, com o do NEZ-80, da “Filres”; o próprio perito, ao exhibir as fotografias de

cada qual, salienta que eles são bem semelhantes. O mesmo se diga da comparação entre os teclados do "Sinclair" ZX 81 e do TK-82C, da Microdigital. Se tais semelhanças — e outras poderiam ser apontadas — constituem ou não ilícito é matéria que fica na dependência do exame da tese de direito colocada nos presentes autos.

Assim, o problema se apresenta exatamente na posição inversa em relação à colocada na sentença: conforme o resultado a que se chegue no exame da matéria sob o ponto de vista jurídico é que interessará a verificação da existência ou não de plágio.

Demonstra, com citas doutrinárias, não ser inédito o tema, defendendo ORLANDO GOMES, ARNOLDO WALD, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO e CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO, com uma tradução de artigo de ENGEN ULMER e GERT KOLLÉ, sobre a matéria ("A proteção jurídica do *software*", Forense, 1985) — a tese de que o Direito Autoral é eficiente e adequado para a proteção dos direitos sobre programas de computador. O primeiro dos juristas pátrios citados, após conceituar o *hardware* como o computador e acessórios, a "máquina computadora", e o *software* como o programa para o processamento de dados, faz um estudo sobre o direito estrangeiro e brasileiro para chegar à conclusão de que "é lícito concluir que a obra do programador de computação pode ser incluída, entre nós, no rol das criações intelectuais protegidas como direitos autorais" (obra citada, p. 14). Do mesmo sentir ARNOLDO WALD: "A proteção legal do *software*, conforme veremos, pode ser adequadamente provida mediante a aplicação de institutos jurídicos já existentes, vinculados ao direito do autor, tal como demonstra a experiência de outros países" (mesma obra, p. 19).

Partindo-se, então, do pressuposto de que o *software* está sob a proteção do Direito de Autor, no Brasil, relê a inicial para chegar à conclusão de que não pretende a apelante a proteção de *softwares*, mas sim de *hardwares*, com a alegada cópia, ou mesmo plágio, dos teclados de seus minicomputadores e das funções de cada uma das teclas.

Ora, o *hardware*, consoante a doutrina dominante, não está sob a proteção do Direito Autoral, sim sob a do Direito de Propriedade Industrial, não tendo feito a apelante prova de que no Brasil possa legitimamente se opor à fabricação de produtos que, segundo diz, são reproduções dos seus. Procurou a apelante contornar esse obstáculo, fazendo menção na inicial ao art. 29 da Lei n.º 5.988, de 1973, que trata especificamente dos direitos autorais. Como visto, no entanto, é flagrante que se há de cogitar, antes, de direitos relativos à propriedade industrial, no que diz com a afirmação de cópias de teclados e de funções das respectivas teclas.

A inicial, porém, vai mais longe e diz que as cópias se estenderam ao "conteúdo das memórias de leitura". E onde colocar esse item — na abrangência do *hardware* ou do *software*?

A questão é eminentemente técnica, cumprindo primeiramente fixar o conceito da expressão. Conforme JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO: "Certos programas básicos, que concretizam funções que mais freqüentemente devem ser desempenhados pelo computador, são armazenados na própria máquina, ficando permanentemente integrados nesta. Fala-se por isso na "memória interna" do computador, onde estes programas são gravados. Em inglês fala-se no ROM, como abreviatura de *Read-Only Memory*. Com isto se significa que a instrução gravada no ROM não pode ser deslocada pelo 'utente', tornando-a assim como parte componente do computador" (na obra citada, artigo sob o título "Programa de Computador e Direito Autoral", pp. 49 e seguintes, lendo-se o trecho transcrito na p. 91). E conclui no sentido de que o ROM pode ser copiada "a gravação que nela se encontra pode ser reproduzida" (p. 92).

A seguir-se literalmente esse raciocínio, fica-se com a idéia de que o ROM será antes um *software* que um componente de *hardware*. Aliás, nesse sentido jurisprudência norte-americana e francesa, citada por CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO (na obra citada, artigo sob o título "A proteção jurídica dos programas de computador", pp. 95 e seguintes, interessando sobretudo pp. 111 e 112). No *leading case* junto à Corte Federal de Recursos para o 3.º Circuito, "Apple vs. Franklin", concluiu-se 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". No caso francês, o Tribunal de Grande Instância de Paris deu ganho de causa à Apple Computer Inc. em demanda contra a SARL Segimex, decidindo que "não há diferença de natureza entre os programas-produto e os programas operacionais".

No entanto, convincente nos presentes autos foi o perito oficial, que, com base em literatura nacional e estrangeira, destacou: "Uma memória somente de leitura (*Read-Only Memory*) (ROM) é uma memória que podemos ler mas na qual não podemos escrever. Os conteúdos da memória são fixos e inalterados, tendo sido estabelecidos na época da fabricação". Ou: "Um ROM nada mais é que um conversor de código e, como os conversores de código, consiste em um descodificador e em um codificador" (fls. 784 e 787). Ou, ainda: O ROM (em português, "Memória Apenas de Leitura", MAL) "pode ser encarado como uma tabela de valores, onde o método de seleção das posições (endereço) é efetuado de maneira semelhante àquela usada na identificação dos elementos de uma matriz. Assim, ao se considerar uma mesma posição na matriz, sempre será obtido o mesmo valor".

Adotando-se essas explicações de ordem técnica, fica difícil aceitar-se a afirmação de que o "conteúdo das memórias de leitura", que a apelante identifica com o ROM, seja antes um *software* que um componente do *hardware*. Aliás, prestando depoimento perante um Tribunal inglês, o Sr. Clive Sinclair, diretor da empresa ora apelante, disse, textualmente: "O *hardware* inclui um componente denominado "Read-Only Memory" (ROM) (Memória de Leitura sem Alteração) que é um armazenamento de estado sólido para o "código fonte" que são as instruções de operação do computador" (fls. 62). Mais adiante: "No ZX 80 de minha companhia, a ROM atua como um armazenamento para o código fonte que é, assim, fixado permanentemente no computador. A menos que o ROM seja alterado fisicamente, o código fonte não pode ser removido". E mais: "O ROM... é uma parte fixa do computador e, por esta razão, a quantidade de informação que pode ser armazenada é limitada por seu tamanho". Esses trechos do depoimento em questão foram reproduzidos pelo perito oficial, que, servindo-se de lição do Prof. João Antônio Zuffo, da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, salientou que "um ROM é constituído principalmente de uma matriz de elementos finitos. Assim, todas as configurações possíveis desses elementos também seriam finitas e conhecidas, não havendo, portanto, qualquer inovação que justificasse uma matéria propriamente dita".

Daí as declarações reproduzidas na *Folha de S. Paulo*, de 10-9-83, de que há dois tipos de *software*, os aplicativos (móveis, adicionais) e o básico (integrante do aparelho). Para muitos — destacou-se —, o básico não é mais *software* e sim *hardware*, "parte mecânica indispensável para o funcionamento do computador. Provada a condição de *hardware*, a polêmica passa para a área da propriedade industrial, na qual a Sinclair não tem direito algum, levando-se em conta que o desenho não foi depositado em terras brasileiras".

Destarte, com os mesmos elementos de convicção de que se serviu o magistrado de primeiro grau, na sentença, mas com diverso — melhor dizendo, inverso — raciocínio, chega-se ao mesmo resultado, ou seja, de improcedência da ação.

Fundamentados votos separados foram expedidos pelo Des. ALVARO LAZZARINI, encarecendo que, embora tudo indique o desejo de que a temática sobre *software* seja submetida a um tratamento legal específico, então ainda inexistente, na lacuna ou obscuridade da Lei do Direito Autoral, nada impedia que se lançasse mão dessa mesma lei. As partes estavam discutindo sobre *software*, quando a ação cuidava de *hardware*, que, ao contrário daquele, é o programa para o processamento de dados. E pelo Des. CÂNDIDO DINAMARCO, frisando que a apelada havia lançado no mercado um computador com três elementos externos portadores de características que o aproximam bastante dos computadores fabricados pela apelante.

Trata-se do teclado, das funções e conteúdo, que indiscutivelmente constituem componentes fixos do *hardware* fabricado por essas empresas. Por outro lado, esses elementos são também a projeção exterior do ROM (*Read-Only Memory*), que é por assim dizer a "alma" do computador, o núcleo que define as funções que ele é capaz de desempenhar e o modo como as desempenhará.

Ora, já tem sido afirmado que, de todo o equipamento e acessório de um computador, somente os programas é que contam com proteção jurídica, não o próprio *hardware*. Aqueles, ditos *softwares*, constituem obras de criação intelectual assimiláveis àquelas a que tradicionalmente se destinam as proteções de direito de autor. Mas o ROM, como elemento fixo, integrante do computador, inalterável porque é um "programa" que só pode ser lido mas no qual nada escreve o usuário, não se define como *software* e por isso não goza de tal proteção.

PARTE III — A Lei 7.646, de 18-12-87

TÍTULO I — Disposições Preliminares

8. A proclamada liberdade de produção e comercialização de programas

Quando forem publicadas estas linhas pela prestigiosa revista que lhes dá agasalho, estará publicado um livro de nossa autoria, em que, após prestarmos esclarecimentos sobre o Conselho Nacional de Informática — CONIN, órgão que, sob o eufemismo de "assessorar o Presidente da República" nesta tarefa, é o que realmente formula dita Política, aludirmos aos órgãos complementares: Fundo Especial de Informática e Automação, Fundação Centro Tecnológico para Informação — CTI e à Secretaria Especial de Informática — SEI, criada pelo Dec. 84.067, de 8-10-1979, com alterações posteriores, que, sob outro eufemismo de "prestar apoio técnico e administrativo ao CONIN", é quem realmente executa, com grande soma de poderes, a Política Nacional de Informática, passaremos a comentar, artigo por artigo a Lei n.º 7.646, e a reproduzir, em apêndice, a Lei n.º 7.232, de 29-10-1984, que dispõe sobre a aludida Política, da mesma Lei n.º 7.646, de 18-12-1987 e legislação complementar.

Aqui vão trechos dos comentários relativos aos dispositivos fundamentais.

Lei n.º 7.646, de 18-12-1987, que "dispõe quanto à proteção da propriedade intelectual sobre programas de computador e sua comercialização no País", constituída de 43 artigos, muitos dos quais, porém, vetados, distribuídos em nove títulos:

- I — Disposições Preliminares (arts. 1.º e 2.º);
- II — Da Proteção aos Direitos de Autor (arts. 3.º—7.º);
- III — Do Cadastro (arts. 8.º—14);

- IV — Da Quota de Contribuição (art. 15);
- V — Da Comercialização (arts. 23-29) (vetados os arts. 20 a 22);
- VI — Disposições Gerais (arts. 30-34);
- VII — Das Sanções e Penalidades (arts. 35-39);
- VIII — Das Prescrições (arts. 40 e 41);
- IX — Disposições Finais (arts. 42 e 43).

Dela vamos extrair alguns dados que nos parecem de particular importância para que possa o leigo entender a luta pela elaboração de um diploma que merece ampla divulgação pelo ineditismo de seus dispositivos, remate de uma evolução que começou com a Lei n.º 7.232, de 29-10-1984, (46 artigos) que define, em seu art. 2.º (11 itens) a Política Nacional de Informática, cujo objetivo fundamental é "a capacitação nas atividades de informática, em proveito do desenvolvimento social, cultural, político, tecnológico e econômico da sociedade brasileira".

Indica, no art. 6.º, a constituição do Conselho Nacional de Informática e Automação, ao qual compete (art. 7.º) assessorar o Presidente da República na formulação da referida política; propor-lhe cada três anos o Plano Nacional de Informática e Automação, além de outros 14 itens, traçando critérios e normas a serem propostos.

Encerra o circuito de providências legislativas a Lei n.º 7.463, de 17-4-1986, que "Dispõe sobre o I Plano Nacional de Informática e Automação — PLANIN".

A Lei n.º 7.646 começa — art. 1.º — com a proclamação solene: "São livres, no País, a produção e a comercialização de programas de computador, de origem estrangeira ou nacional, assegurada integral proteção aos titulares dos respectivos direitos, nas condições estabelecidas em lei."

Seria alentadora, se correspondesse à realidade. Mas os dispositivos subseqüentes a desmentem, antes de mais nada, com a reserva de mercado estabelecida no art. 28 e com a exigência de similaridade de que trata o art. 10, ocasionando dificuldades prejudiciais à absorção de tecnologia estrangeira avançada, e discriminação das firmas alienígenas no que respeita à produção e comercialização.

Nem é compatível a alegada liberdade com os poderes que a Secretaria Especial de Informática continua enfeixando em suas mãos.

9. *O regime de proteção é o do direito autoral. Relevância*

O regime de proteção à propriedade intelectual de programas de computador — dispõe o art. 2.º da Lei n.º 7.646 — é o disposto na Lei

n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973, com as modificações que esta Lei estabelece para atender as peculiaridades inerentes aos programas de computador.

Os documentos utilizados pelos bancos de dados — expressões por meio de palavras ou de símbolos de fatos e de idéias — são “obras intelectuais”, “criação do espírito”, o resultado de um esforço mental que se concretiza sob forma diferente das demais, como texto da linguagem-fonte, incluindo-se, portanto, entre as obras intelectuais protegidas pelo art. 6.º da Lei n.º 5.988, de 14-12-1973: “criações do espírito de qualquer modo exteriorizadas”, não passando de exemplificativo o rol que acrescenta.

É, pois, um monopólio, sob forma de direito exclusivo, que se acrescenta aos demais tradicionalmente consagrados, ficando vedadas sua cópia e, na terminologia do item XII do mesmo dispositivo, “as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais”, a não ser com o consentimento do titular.

Reserva o art. 29 ao autor o direito de utilizar, fruir e dispor de sua obra, bem como o de autorizar sua utilização ou fruição por terceiros, no todo ou em parte, e o dispositivo seguinte coloca na dependência de autorização do autor qualquer forma de utilização, assim como: edição, tradução, adaptação, comunicação ao público, direta ou indireta, e execução, como tal sendo considerada a que se realiza através de um computador.

Veda o art. 32 a reprodução, sem consentimento do autor, e qualquer aproveitamento econômico de uma obra; nestas condições, incidirão nas sanções indicadas nos arts. 122 usque 128 todos da Lei n.º 5.988.

A conclusões semelhantes chega-se através da análise de várias das normas incluídas na Convenção de Berna: arts. 2, als. 1 e 3; 8, 9, 11, 16.

A Convenção Interamericana de Washington inclui, em seu art. IV, n.º 2, no rol das obras a serem protegidas reciprocamente entre os Estados contratantes, as obras de arte feitas principalmente para fins industriais, não ficando a compreensão excluída pelo fato de o n.º 3 desamparar “o aproveitamento industrial da idéia científica”.

Embora a maior parte das formas de *software* seja compatível com a proteção pelo direito de autor, não há concordância no que diz respeito a outras modalidades, que dificilmente se enquadrariam como obras literárias, artísticas ou científicas.

O extraordinário incremento da importância econômica e tecnológica dos microprocessadores dramatizou a necessidade de se obter uma proteção legal adequada para evitar-se sua reprodução não autorizada, muito embora a experiência legal e jurisprudencial a respeito seja muito menor do que a relacionada com os programas de computação.

Define VICTOR CARLOS GARCIA MORENO — *El programa de computación y el derecho de autor internacional* (tese apresentada à 1.ª Mesa-Redonda Internacional Interdisciplinar SOFTWARE Y DERECHO DE AUTOR, Buenos Aires, de 27 a 29-10-1986, 16 págs. mimeografadas) a microplaqueta como

“el entramado general de un circuito electrónico y que de manera íntegra puede considerarse como parte de una computadora, como un ordenador en sí o un circuito igual a cualquier otro. En su aspecto físico, es un pequeño rectángulo delgado del elemento silício que mide unos seis milímetros de lado a lado (.635 cm.).”

Acrescenta que a legislação dos Estados Unidos assegura uma proteção completa aos programas de computação (*computer software*) independente do meio ou forma em que se fixe. Portanto, se um programa está contido num circuito integrado, aquele está protegido. Amparam-se autoralmente, além disso, os diferentes desenhos e planos que serviram para chegar a fabricar um *chip*, mas o circuito integrado, em si, não conta com proteção autoral.

Lembra que os *chips* têm, às vezes, incorporados programas completos, tendo, conseqüentemente, o Congresso dos Estados Unidos conhecido, em 1983, um projeto de reformas (*Semiconductor Chip Protection Act*) à Lei de Direitos de Autor com o objeto de ampliar tais circuitos.

“Pretende-se criar uma nova categoria de obras protegíveis, as “obras mascaradas” (*mask works*), para proteger as microplaquetas em si e evitar sua reprodução ilícita ou não autorizada.

Limita-se a 10 anos a proteção; outorgam-se direitos exclusivos, como o de incorporar a obra numa “máscara” para distribuí-la; usar a obra para manufaturar *chips*; para reproduzir a obra em algo material com a finalidade de constituir parte de um produto circuito e para distribuir ou usar um *chip*; prevêm-se licenças obrigatórias e se prevê a hipótese dos infratores não dolosos ou inocentes.”

Conclui que, na conformidade da opinião que prevaleceu, a legislação autoral não seria a idônea para proteger os circuitos integrados por envolverem funções eminentemente técnicas, considerando-se que, provavelmente, seria melhor procurar a proteção por meio de patente, isto é, através do Convênio de Paris, e não do de Berna, conclusões essas tidas como inteiramente provisórias, sob reserva de aprofundar mais o tema, através de um Comitê de Expertos.

No caso específico do Brasil, não admite a Lei n.º 5.772, de 21-12-71, que instituiu o atual Código de Propriedade Industrial, art. 9.º, letra *b*, sejam privilegiáveis “os sistemas e programações, os planos ou os esquemas

de escrituração comercial, os cálculos de financiamento, de crédito, de sorteios, de especulação ou de propaganda”.

Levanta-se, assim, a indagação fundamental nesta matéria: qual o melhor critério para a proteção dos programas de computadores: pela propriedade industrial, ou pela lei de direitos autorais?

Nenhum dos dois: devido às suas peculiaridades, misto de ambas as modalidades, o mais plausível era mesmo um diploma legal específico, que atenda às peculiaridades que lhes são próprias.

10. *Vantagens e inconvenientes*

Em confronto à patente — assinala CALVIN N. MOOERS, “*Software de Computação e Copyright*”, Sucesu, Soc. dos Usuários de Computadores e Equipamentos Subsidiários, s. d., 33 págs.) — a proteção de *software* pelo direito de autor apresenta a grande vantagem de ser pouco dispendiosa, muito fácil e mais rápida de conseguir, e é aplicável a quase todos os programas de computação e *software*, e não apenas à ínfima fração de programas que atendem aos requisitos necessários para constituir um novo conceito patenteável.

“*Em comparação ao método de proteção do segredo comercial, o copyright proporciona direitos legais mesmo depois que o software tenha sido vendido a muitos clientes, e esteja sendo amplamente usado.*”

Advertam-se, ao mesmo passo, os inconvenientes decorrentes dessa proteção específica.

O primeiro será a duração absolutamente incompatível com a natureza e com as necessidades práticas do *software*, principalmente no Brasil: *é correspondente ao período de toda a vida do autor, de toda a vida dos filhos, dos pais ou do cônjuge a quem os direitos patrimoniais tenham sido transmitidos por sucessão mortis causa, e de 60 anos para os demais sucessores do autor, nos termos do art. 42 e seus parágrafos da Lei n.º 5.988.*

Aos percalços de um prazo, a bem dizer, ilimitado somam-se os da insegurança e da necessidade de localizar, depois da morte do autor, os seus eventuais sucessores titulados, para obter o necessário consentimento, o que impede praticamente o seu aproveitamento, atendendo às particularidades da criação intelectual de que estamos discorrendo.

O próprio relatório da OMPI reconhece que a proteção pelo direito de autor arrisca ser de um interesse muito restrito, uma vez que não cobriria senão a cópia (ou os atos similares como a tradução ou a adaptação); em si mesma, a utilização de um programa de aproveitamento de um computador não será impedida pela legislação sobre o direito de autor,

como a confecção de um bolo não constituiria uma violação ao direito de autor da receita.

Considera indispensável que a utilização de um computador seja coberta pelos direitos relativos ao *software*: com efeito, é possível que a legislação sobre o direito de autor ofereça um meio de ação neste caso, uma vez que a utilização de um programa implica provavelmente sempre sua cópia na memória do computador, mas os tribunais põem em risco não considerar esta reprodução interna como suficiente aos fins da legislação sobre o direito de autor.

Não discrepa CALVIN N. MOOERS quando assinala a desvantagem da proteção do direito de autor decorrente da perda do "sigilo" absoluto de qualquer novo método de *software*, visto que o mesmo exige "publicação".

Entretanto, métodos e idéias realmente novos com relação a *software* raramente ocorrem, enquanto que o direito de autor pode proporcionar um amplo escopo de proteção para o texto real de um *software* de computação após a publicação.

Além disso, o direito de autor pode ser vantajosamente usado juntamente com licenças de *software* que exigem a não-revelação de textos ou fitas de programas, conforme é feito pela IBM com seus produtos de programas licenciados.

Finalmente, outras desvantagens da modalidade de proteção do direito de autor é que as obrigações de ordem legal com relação a certas partes do mesmo ainda não foram definidas.

Não exclui, finalmente, à proteção do *software*, a aplicação dos princípios gerais de direito ou a aplicação de qualquer outra lei, como as das patentes, dos direitos de autor ou da concorrência desleal.

Os principais problemas foram discutidos por um Grupo de Trabalho sobre os problemas de direito de autor decorrentes da utilização de computadores, que — na conformidade das recomendações formuladas pelo Comitê executivo da União de Berna e o Comitê intergovernamental de direito de autor e das decisões dos órgãos diretores respectivos da UNESCO e da OMPI — se reuniu em Genebra de 28 a 31-5-1979, tomando como base um relatório preparado pelo Prof. EUGEN ULMER, sobre os problemas de direito de autor decorrentes da utilização de computadores para o acesso às obras, e outro pelo Sr. J. C. RISSET, sobre os problemas de direito de autor decorrentes da utilização de computadores para a criação de obras.

A primeira questão levantada foi a da diferença entre os diversos métodos de utilização de obras protegidas pelo direito de autor, como a dos *index*, a dos resumos analíticos e a do texto integral.

Reconheceu-se que o método do *texto integral* para a memorização e a recuperação não autorizadas de obras constitui um atentado aos direitos dos titulares de direito de autor, salvo no caso de obras pertencentes a categorias particulares expressamente excluídas pela legislação nacional.

Entendeu o Grupo de Trabalho que, ao contrário, não havia violação quando as indicações costumeiras do autor, do título do editor etc. (*método dos index*) são colocadas em memória no computador.

A questão mais difícil foi a dos *resumos analíticos* destinados à memorização dos computadores. Firmou-se uma distinção entre os casos em que sejam estabelecidos pelo próprio autor, ou por um empregado do editor; e aqueles em que eles são elaborados pelo proprietário do computador ou sob sua responsabilidade.

Foi admitido, no primeiro caso, que não poderia ocorrer violação ao direito de autor sobre a obra de base, uma vez que o resumo era feito pelo próprio autor ou com o seu consentimento.

“Todavia, pode haver um direito de autor relativo ao resumo, e a colocação em memória deste resumo do computador e sua recuperação podem violar este direito se não houve, para realizá-la, permissão do autor do resumo.

No segundo caso, é necessário que seja obtida a autorização do autor do texto integral, visto que resumos substanciais podem influenciar notadamente a venda dos exemplares de uma obra. Insistiu-se, a esse respeito, sobre o fato que o termo “substancial” não se aplica unicamente ao tamanho do resumo e sim muito mais ao seu conteúdo, que às vezes pode dispensar a leitura do texto integral.”

TÍTULO II — Da proteção dos direitos de autor

11. Prazo de proteção

O art. 3.º da Lei n.º 7.646 assegura a tutela dos direitos relativos aos programas de computador, pelo prazo de 25 (vinte e cinco) anos, contado a partir do seu *lançamento* em qualquer país.

O prazo de vigência de que cogitava o art. 23 do Anteprojeto de Lei, de 20-9-1984, seria para garantia dos direitos conferidos ao seu produtor, de dez anos, contados da data de protocolo do requerimento de *registro*, reduzido para dois no caso de *software* para fins de entretenimento.

Cairiam em domínio público, abrindo-se a documentação de caráter técnico em arquivo à inspeção dos interessados, o *software* e suas versões:

a) em relação aos quais tenha expirado o prazo; e

b) cujo pedido de registro tenha sido negado ou arquivado ou cujo registro tenha sido cancelado.

Por solicitação da Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional ou do Estado-Maior das Forças Armadas, não seria aberto à inspeção pública, mesmo ao fim do prazo estabelecido neste artigo, o *software* de interesse da segurança nacional, mantendo-se segredo de acordo com o Regulamento de Salvaguarda de Assuntos Sigilosos.

Uma das razões pelas quais a matéria exigia regulamentação por lei específica é justamente essa do prazo, por ser excessivamente longo o que a Lei n.º 5.988 concede: vida toda do autor e de seus parentes até o 2.º grau, mais 60 anos a contar da morte do último.

O Projeto elaborado pela OMPI é mais específico:

"Art. 7.1. *Duração dos direitos.* Os direitos conferidos pela presente lei têm início no momento em que o *software* tiver sido criado.

2. a. Sob reserva da anínea b, os direitos conferidos pela presente lei expiram ao fim de um período de 20 anos calculado a partir da primeira das seguintes datas:

i. data à qual o programa de computador é, com outras finalidades que não as de estudo, experimento ou pesquisa, utilizado pela primeira vez pelo proprietário ou com o seu consentimento, num país qualquer, para comandar o funcionamento de uma máquina capaz de fazer o processamento da informação;

ii. data em que o *software* é pela primeira vez vendido, alugado ou cedido sob licença, num país qualquer, ou oferecido com essas finalidades.

b. Os direitos conferidos pela presente lei não se estendem em caso algum além de um período de 25 anos calculado a partir do momento em que o *software* tiver sido criado."

12. *Proteção independentemente de registro*

Nos termos do art. 3.º, § 1.º, da Lei n.º 7.646, a proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro ou cadastramento na Secretaria Especial de Informática — SEI.

Neste ponto, a Lei n.º 7.646 se assemelha à Lei n.º 5.988, que rege os direitos autorais (à qual aliás se mantém ligada por cordão umbilical), que apenas para segurança de seus direitos admite possa o autor da obra intelectual registrá-la.

Tanto assim que o art. 4.º daquela manda que seja o CNDA quem decida em qual órgão deva o registro ocorrer.

Mas essa aparente liberdade, na Lei n.º 7.646, fica muito limitada pelo art. 12, que só concede o cadastramento de programas a empresas

não nacionais que se apliquem a equipamentos produzidos no País ou no exterior aqui comercializados por empresas da mesma categoria.

Diferentemente ainda da Lei n.º 5.988 que, um tanto irracionalmente, de resto, concede o registro gratuito, o art. 14 da Lei n.º 7.646 permite que a SEI cobre emolumentos.

13. *Garantias aos estrangeiros domiciliados no exterior*

Assegura o art. 3.º, § 2.º, da Lei n.º 7.646, os direitos que atribui aos estrangeiros domiciliados no exterior, desde que o país de origem do programa conceda aos brasileiros e estrangeiros, domiciliados no Brasil, direitos equivalentes, em extensão e duração, aos estabelecidos no *caput* deste artigo.

É o princípio da reciprocidade, que prevalece nas relações de direito internacional privado.

Vê, no entanto, aí, o Senador JOÃO MENEZES, em seu parecer como Relator da Comissão de Constituição e Justiça, algo que deve merecer melhor análise, que são os condicionamentos à apuração do programa funcionalmente equivalente e ao investimento em pesquisa e desenvolvimento tecnológico pela empresa nacional que explore e comercialize programas de origem estrangeira.

O problema do programa funcionalmente equivalente traria para o Governo a formação de uma grande estrutura funcional para a análise de cada caso, de custo muito elevado, com baixa confiabilidade por falta de critério ou por deficiência da própria estrutura administrativa.

Considera o Relator:

“Também achamos que seria criada uma pseudoproteção ao produto nacional, pois, programas inovadores que poderiam ter livre acesso ao mercado com uma sensível redução de custo na economia de escala, ficariam internados e aguardando uma decisão por tempo demasiado extenso. Além disso, a equivalência provoca no produto brasileiro o fenômeno da “proteção antecipada”: programas seriam criados internamente, tão logo fossem disponíveis no mercado internacional, gerando a cópia indevida, a pirataria e, ao mesmo tempo, a desvalorização do *software* perante o usuário final. O criador de programas genuinamente nacional seria prejudicado, pois um concorrente, sem grande pesquisa, estaria “produzindo” por caminhos escusos, que devemos combater, um total desequilíbrio no campo do *software*, com graves prejuízos para o mercado nacional.

O Brasil deve, através de uma política de informática, desenvolver um setor produtor forte calcado numa empresa nacional que possa dominar o mercado interno tanto quanto possível, e criar condições para superar as dificuldades tecnológicas; desen-

volver programas e favorecer a formação da competência no setor para competir no mercado internacional em preço e qualidade. Tivemos informações que o produto brasileiro começa a merecer a devida apreciação no mercado internacional pelo seu nível de apresentação.”

14. *Registro*

Dispõe a Lei n.º 7.646:

“Art. 4.º — Os programas de computador poderão, a critério do autor, ser registrados em órgão a ser designado pelo Conselho Nacional de Direito Autoral — CNDA, regido pela Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973, e reorganizado pelo Decreto n.º 84.252, de 28 de julho de 1979.

§ 1.º — O titular do direito de autor submeterá ao órgão designado pelo Conselho Nacional de Direito Autoral — CNDA, quando do pedido de registro, os trechos do programa e outros dados que considerar suficientes para caracterizar a criação independente e a identidade do programa de computador.

§ 2.º — Para identificar-se como titular do direito de autor poderá o criador do programa usar de seu nome civil, completo ou abreviado, até por suas iniciais, como previsto no art. 12 da Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973.

§ 3.º — As informações que fundamentam o registro são de caráter sigiloso, não podendo ser reveladas, a não ser por ordem judicial ou a requerimento do próprio titular.”

Cumpra pois ao referido Conselho baixar, com urgência, portaria regulamentando a matéria, traçando as diretrizes.

O problema fundamental será o da organização de serviços adequados tanto no que diz respeito a pessoal técnico, como no do aparelhamento. Não lhe restará outro recurso, pelo menos num primeiro tempo, se não mandar que o registro se processe na Biblioteca Nacional, quanto ao *software* básico, propriamente dito.

Se há quem sustente que esse *software* não tem criatividade, que dizer do derivado ou aplicativo, mera consequência — no dizer de AYRTON FRUGONI DE SOUZA — do *software* básico?

“Deveriam ser apenas remuneráveis como serviço. Exemplos de *softwares* aplicativos: mala direta, folha de pagamento, administração de compra e venda, contabilidade, análise financeira, fluxo de caixa etc. Há também aplicativos destinados a setores mais específicos, como: controle da produção industrial, administração de hotéis etc.

Todo aplicativo se enquadra em um ou mais *softwares* básicos, não sendo, portanto, exemplos de criatividade.”

Sugere-se que a designação do órgão competente para o registro dos programas, pelo CNDA, seja feita em 30 dias a contar da publicação do regulamento da lei.

15. *Direitos do criador de “software”*

O *software* supõe expressão num programa escrito, ou num dos seus elementos, que, através das necessárias adaptações, satisfaça as condições de “alimentar” o computador.

Ou, como diz CALVIN N. MOOERS (op. cit., p. 16):

“Para que possam ser utilizados ou protegidos por *copyright*, terão que ser postos em anotação ou linguagem, em formas concretas de expressão que sejam passíveis de proteção de *copyright* e de infração.

Num programa real, a seqüência e escolha dos algoritmos, manipulações disponíveis etc., compreendidos na expressão do programa, também constituem elementos válidos de expressão. Tais elementos se assemelham aos incidentes do desenvolvimento de uma estória ou novela, cuja escolha e seqüência é protegida por *copyright*. Em suma, qualquer coisa que não a mera “idéia”.”

“Os direitos conferidos pela presente lei” — acrescenta o aludido projeto da OMPI, art. 4.º — “não se estendem às noções sobre as quais o *software* está fundado”.

Como em qualquer outra criação intelectual, os direitos de autor da criação em matéria de *software* separam-se, embora nem sempre nitidamente, em dois grandes setores.

O impropriamente denominado *direito moral* objetiva salvaguardar a personalidade e a boa fama do autor contra manipulações não autorizadas, desdobrando-se numa série de prerrogativas: direito de inédito, de reivindicar a paternidade da obra, à integridade da mesma, direito de arrependimento, de modificar a obra, de acabá-la etc.

Põe em realce JOSÉ ANTÔNIO S. L. FARIA CORREA a delicadeza da matéria, principalmente no tocante à possibilidade de o autor proibir a divulgação da obra e de, à sua conveniência, obstar quaisquer alterações:

“A problemática possui conseqüências econômicas graves. Quanto ao primeiro direito mencionado, seu exercício poderia implicar a paralisação de atividades dependentes da utilização de determinado programa, desaguando em prejuízos ingentes. Quanto ao segundo, seu acionamento emperraria a adaptação dos programas de acordo com as necessidades do usuário.”

Tem-se redargüido que esses inconvenientes poderiam ser contornados pela via contratual, obrigando-se o autor a não se opor a modificações necessárias, nem a exercer seu direito de arrependimento, sob pena de indenização. Essa crítica, no entanto, não lhe parece equacionar devidamente a questão, pois pairaria sempre o risco de ocorrerem litígios, sendo difícil estimar até que ponto as cifras fixadas por contrato dessa natureza a título de indenização realmente compensariam as perdas da outra parte contratante. Além disso, cumpre não esquecer que os direitos morais em causa têm caráter irrenunciável e inalienável, por força de lei, gerando-se, assim, a questão de saber até que ponto uma cláusula contratual dessa ordem seria válida.

Exatamente naquele sentido, decisão do Tribunal Federal da República Federal da Alemanha, de 1984, 15 HC 119, reconhecendo que, na conformidade das disposições vigentes em matéria de emprego de autores, os programadores empregados não podem proibir a seus empregadores o uso dos programas por eles criados no âmbito de seus contratos de trabalho.

Direito pecuniário é o que diz respeito à obtenção, por vias diretas ou indiretas, de quaisquer vantagens patrimoniais que a obra seja capaz de proporcionar, matéria particularmente delicada na regulamentação dos direitos do criador de *software* sob relação de dependência, que é o que mais comumente ocorre.

Autoria e titularidade do programa elaborado sob relação de dependência

Determina a Lei n.º 7.646:

“Art. 5.º — Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador ou contratante de serviços os direitos relativos a programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, servidor ou contratado de serviços seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos contratados.

§ 1.º — Ressalvado ajuste em contrário, a compensação do trabalho, ou serviço prestado, será limitada à remuneração ou ao salário convencionado.

§ 2.º — Pertencerão, com exclusividade, ao empregado, servidor ou contratado de serviços os direitos concernentes a programa de computador gerado sem relação ao contrato de trabalho, vínculo estatutário ou prestação de serviços, e sem utilização de recursos, informações tecnológicas, materiais, instalações ou equipamentos do empregador ou contratante de serviços.”

Proprietário do direito ao *software* é o seu criador, exigindo-se, todavia, um certo grau da aludida originalidade, uma contribuição pessoal de alguma valia, com características próprias ao setor que estamos estudando.

“1. Os direitos conferidos pela presente lei no que concerne o *software* — propunha o art. 2.º do projeto da OMPI já mencionado — “pertencem à pessoa que criou este *software*; todavia, quando o *software* foi criado por um empregado no exercício de suas funções de empregado, estes direitos pertencem, salvo estipulação em contrário, ao empregador.

2. Os direitos conferidos pela presente lei no que diz respeito a este *software* podem ser transferidos em todo ou em parte por contrato. Por ocasião da morte do proprietário, estes direitos se transmitem na conformidade do direito que rege as sucessões testamentárias ou *ab intestato*, segundo o caso.”

No caso de obra criada sob relação de emprego, os direitos de autor — dispõe diferentemente o art. 36, *caput*, da Lei n.º 5.988 — pertencerão a ambas as partes, conforme for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito do Autor, salvo convenção em contrário.

Na conformidade de outras legislações e de acordo com o que propõe o art. 2.º, al. 1. do Projeto de Lei Tipo da OMPI, os direitos de autor pertencerão ao empregador, salvo estipulação em contrário, o que parece mais lógico, embora não completamente satisfatório: pelo menos, dá uma solução mais completa ao problema.

Desenvolvemos amplamente, em *Direito de Autor. Princípios Fundamentais* (Rio, Forense, 1987, 538 págs.), a matéria do direito de autor da pessoa jurídica — obra do assalariado, demonstrando, às pp. 132-162, que, ainda quando a obra se realize às expensas e graças à organização de uma empresa, a criatividade, expressada numa obra, não pode ser relacionada a não ser a uma pessoa física, ou a um grupo de pessoas.

Eis aí outro ponto que exigia tratamento diferenciado, em lei específica, do *software*, tais os embaraços que a aplicação rigorosa do princípio teórico acarretaria, numa matéria em que apenas grandes empresas, a maioria multinacionais, despendem quantias fabulosas em pesquisas, e que ficariam completamente desamparadas.

“Os princípios gerais da propriedade do direito de autor” — reconhece também JON A. BAUMGARTEN, *Copyright Protection of Computer Programs* (tese apresentada ao X Contergu, Munich, de 8 a 11-6-1984, Federal Bar News & Journal, s/d, pp. 220-225) — “precisavam mesmo ser cuidadosamente revistos em relação ao desenvolvimento de programas. O significado do termo “empregado” não é inteiramente certo em numerosos casos, particularmente aqueles que envolvem premissas trabalhistas ou trabalhos especiais ou arranjos financeiros. E se um trabalho particular oferecido a um empregador para exame ou uso foi criado “para fins de emprego” pode nem sempre ser claro. A orientação se acentua em telecomunicação e a tendência de programadores profissionais em continuar ou iniciar projetos com equipamento caseiro comparam incertezas.”

As expressões iniciais do artigo “salvo estipulação em contrário” que deveriam favorecer o empregado, na realidade agem em seu exclusivo detrimento. Qual o empregador que deixará de valer-se desse arbítrio que a lei tão abertamente lhe confere? Que outra alternativa restará ao empregado se não procurar outro empregador, do qual receberá idêntica recusa?

Considera, no entanto, o antigo “General Counsel” do U.S. Copyright Office que bem elaborados acordos podem, em muito, prevenir disputas. “No caso de material de relevante valor ou confidencial, empregados não estáveis e circunstâncias semelhantes, tais contratos podem conter cláusulas relativas a outros meios de direito de propriedade (p. e., obrigações confidenciais; restrições pós-empregatícias, locação de direitos relativos a patentes).

16. “Software” criado sem relação de dependência

E com relação a *software* criado por autores independentes, firmas de *software*, consultores etc.?

Demonstra o especialista norte-americano JON A. BAUMGARTEN que a titularidade pode levantar problemas, uma vez que tais trabalhos não podem ser considerados criados “sob encomenda”, e, na ausência de um contrato escrito provendo (ou interpretado) em contrário, a estrita aplicação de determinadas estipulações da Lei de Direito Autoral pode resultar numa encomenda que proporcione não mais do que determinados direitos não exclusivos em trabalhos criados sob ordem ou comissão por contratantes avulsos, independentemente de quanto tenha sido pago pelo trabalho, na conformidade de jurisprudência que indica:

“17 U.S.C. §§ 201, 204 (a), 101 (definitions of “work made for hire” and “transfer of copyright ownership”). Compare *Childers v. High Society Magazine*, 557 F. Supp. 978, 561 F. Supp. 1374 (S.D.N.Y. 1983) and *Aitken, Hazen, Hoffman, Miller, P.C. v. Empire Construction Co.*, 542 F. Supp. 252 (D. Neb. 1982) with *Peregrine v. Lauren Corp.*, Civ. No. 84-K-1056 (D. Col. filed January 29, 1985), *appeal noted*; and *Aldon Accessories, Ltd. v. Spiegel, Inc.*, 738 F.2d 548 (2d Cir. 1984), cert. den., November 5, 1984.”

Em suma, particularmente numa indústria caracterizada em alguma extensão por consultores, trabalhando especialmente em adaptações e semelhantes, entendimentos relativos à titularidade do direito de autor e/ou restrições no exercício de direitos particulares — ambos com empregados aparentes, contratantes independentes e outros — devem ser previstos.

Os programas criados por empregados ou funcionários do governo, no curso do desempenho de suas obrigações oficiais, não se sujeitam à proteção do direito de autor nos EUA, embora determinados trabalhos governamentais possam obter proteção fora do país.

Programas criados pelo Estado e governos municipais ou estrangeiros estão, todavia, sujeitos do direito de autor nos Estados Unidos: *Building Officials v. Code Technology*, 628 F. 2d 730 (1st Civ. 1980).

“Semelhantermente, programas criados por universidades, companhias privadas e outras sob outorga federal e contratos ficam também subordinados ao *copyright* norte-americano, ressalvada regulamentação específica pelo departamento dos termos da concessão ou do contrato que proveja diferentemente.”

17. *Modificações tecnológicas e derivações*

“Quando estipulado em contrato firmado entre as partes, os direitos sobre as modificações tecnológicas e derivações pertencerão à pessoa autorizada que as fizer e que os exercerá autonomamente.” (art. 6.º da Lei n.º 7.646).

E na ausência de uma autorização expressa por parte do titular do direito de autor, constituirá o aproveitamento de uma obra sua, ou parte dela, violação ao direito de autor, ou será somente a *saida do computador* que a caracteriza?

Eis aí uma das questões mais importantes discutidas pelo mencionado Grupo de Trabalho, convocado pela OMPI.

Pareceu existir um consentimento bastante amplo em favor da opinião de que a entrada constitui uma reprodução no sentido que à expressão dão as convenções internacionais e as legislações internas. Verificou, por outro lado, o Grupo que entre os interessados permanecem ainda algumas dúvidas a esse respeito, devido à evolução tecnológica rápida na informática e em razão das modalidades de utilização dos bancos de dados.

TÍTULO III — *Do Cadastro*

18. *Cadastro. Indispensabilidade para a comercialização*

Dispõe a Lei n.º 7.646:

“Art. 8.º — Para a comercialização de que trata o art. 1.º desta Lei, fica obrigatório o prévio cadastramento do programa ou conjunto de programas de computador, pela Secretaria Especial de Informática — SEI, que os classificará em diferentes categorias, conforme sejam desenvolvidos no País ou no exterior, em associação ou não entre empresas não nacionais e nacionais, definidas estas pelo art. 12 da Lei n.º 7.232, de 29 de outubro de 1984, e art. 1.º do Decreto-Lei n.º 2.203, de 27 de dezembro de 1984.

§ 1.º — No que diz respeito à proteção dos direitos do autor, não se estabelecem diferenças entre as categorias referidas

no *caput* deste artigo, as quais serão diversificadas para efeito de financiamentos com recursos públicos, incentivos fiscais, comercialização e remessa de lucros, ou pagamento de direitos aos seus titulares domiciliados no exterior, conforme o caso.

§ 2.º — O cadastramento de que trata este artigo e a aprovação dos atos e contratos referidos nesta Lei, pela Secretaria Especial de Informática — SEI, ficarão condicionados, quando se tratar de programas desenvolvidos por empresas não nacionais, a apuração da inexistência de programa de computador similar, desenvolvido no País, por empresa nacional.

§ 3.º — Além do disposto no *caput* deste artigo, o cadastramento de que trata esta Lei é condição prévia e essencial à:

I — validade e eficácia de quaisquer negócios jurídicos relacionados a programas;

II — produção de efeitos fiscais e cambiais e legitimação de pagamentos, créditos ou remessas correspondentes, quando for o caso, e sem prejuízo de outros requisitos e condições estabelecidos em lei.”

Registro e cadastro, qual a diferença?

O primeiro é apenas para resguardo da proteção da titularidade dos programas de computador, com caráter facultativo, tal qual ocorre com relação às obras literárias, artísticas ou científicas, pela Lei n.º 5.988, que rege os direitos de autor: por isso diz o art. 4.º da Lei n.º 7.646 que os programas de computadores *poderão* ser registrados.

Mas, para a comercialização desses mesmos programas, é *obrigatório*, como se lê no art. 8.º, o cadastro na SEI do programa ou conjunto de programas. E ninguém elabora programas a não ser com a intenção de comercializá-los: pelo menos não é usual.

O CONIN já havia, pela Resolução n.º 002, publicada no *DOU*, de 23-9-1986, instituído o cadastro de programas de computador, “isolada ou coletivamente, nesta hipótese quando constituírem um conjunto de programas destinados a uma aplicação específica” (art. 1.º, § 2.º).

É justamente o cadastramento obrigatório um dos tópicos que tem levantado maiores críticas.

Contraria, sem dúvida, o princípio da inteira liberdade, no País, “da produção e da comercialização dos programas de computador, de origem estrangeira ou nacional, assegurada integral proteção aos titulares dos respectivos direitos”, proclamado no dispositivo inaugural da Lei n.º 7.646.

Atente-se, porém, que ele ressalva, nas últimas palavras: “nas condições estabelecidas em lei”.

É verdade que não se exige cadastro de livro, de obra de arte ou de trabalho científico. Mas foi justamente para evitar qualquer conflito entre os princípios que regem a proteção jurídica do direito de autor que se advogou uma lei específica para o *software*, embora naquele inspirado, que atendesse às suas peculiaridades.

Para o editorial “E o Brasil se fecha ainda mais. . .” de *O Estado de S. Paulo*, de 23-12-1987, p. 3, o art. 8.º da Lei n.º 7.646 contém exigências cuja observância dará margem a conflitos intermináveis:

“Quando do exame dos pedidos de cadastramento de programas de origem externa, os censores da SEI terão liberdade e contarão com o amparo legal para rejeitá-los, de acordo com critérios subjetivos, desde que considerem que existe programa de computador similar desenvolvido no País por empresa nacional.”

19. *Empresas “não nacionais”*

Levanta o art. 8.º, § 2.º da Lei n.º 7.646, mais uma vez, o ainda não definitivamente equacionado problema da distinção entre empresas nacionais e estrangeiras: “o cadastramento de que trata este artigo e a aprovação dos atos e contratos referidos nesta Lei, pela Secretaria Especial de Informática — SEI, ficarão condicionados, quando se tratar de programas desenvolvidos por empresas não nacionais, à apuração da inexistência de programa de computador similar, desenvolvido no País, por empresa nacional”.

As empresas estrangeiras são discriminadas pela Lei de Informática e Automação n.º 7.232, de 29-10-1984, que somente reconhece como nacionais aquelas cujo controle de capital tecnológico e administrativo estejam em forma exclusiva e incondicional nas mãos de residentes no país.

A Lei n.º 4.131, de 3-9-1962, que disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior considera (art. 1.º):

“... capitais estrangeiros, para os efeitos dessa lei, os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil, sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no País, para aplicação em atividades econômicas desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior.

Art. 2.º — Ao capital estrangeiro que se investir no País será *dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei.*”

20. *Similaridade de programas*

Determina a Lei n.º 7.646:

“Art. 10 — Para os efeitos desta Lei, um programa de computador será considerado similar a outro, quando atender as seguintes condições:

a) ser funcionalmente equivalente, considerando que deve:

I — ser original e desenvolvido independentemente;

II — ter, substancialmente, as mesmas características de desempenho, considerando o tipo de aplicação a que se destina;

III — operar em equipamento similar e em ambiente de processamento similar;

b) observar padrões nacionais estabelecidos, quando pertinentes;

(Foi vetada pelo Presidente da República a alínea seguinte:

c) ter preço não superior à base de cálculo da quota de contribuição de que trata o art. 18 desta Lei, acrescido do valor resultante da aplicação do percentual máximo da quota de contribuição para sua classe sobre este preço).

Finalmente:

d) executar, substancialmente, as mesmas funções, considerando o tipo de aplicação a que se destina e as características do mercado nacional.”

A verificação da existência de similar nacional de funcionamento equivalente — consignaram os Senadores IRAPUAN COSTA JÚNIOR e ROBERTO CAMPOS, justificando a Subemenda n.º 6 — é um pesadelo burocrático e envolve alto grau de subjetividade. São milhares os *softwares* a serem cadastrados, “abrangendo as mais diferentes especializações, como processamento de textos, planilhas eletrônicas, sistemas médicos, agropecuária, física, química, brinquedos, econometria etc.

A se manter a exigência de verificação da similar, ela deveria prevalecer apenas para a concessão de incentivos e financiamentos. Não deveria aplicar-se ao cadastramento que é simples reconhecimento do direito de propriedade autoral.”

A subemenda, acrescentou o último (DCN, II, 19-11-1987, p. 2.949), obedecia a uma diferente filosofia que seria por ele favorecida. A saber, que só houvesse verificação de similaridade nacional no caso de o distribuidor solicitar favores, incentivos fiscais, empréstimos favorecidos. O cadastramento não dependeria da verificação de similaridade. Seria meramente o reconhecimento da titularidade do direito de propriedade industrial. O único obstáculo ao cadastramento — na sua concepção e na do

Senador Irapuan Costa Júnior —, o único obstáculo seria a quota de contribuição, isto é, o encargo financeiro que o comprador do *software* estrangeiro pagaria em benefício de um fundo destinado à promoção de desenvolvimento do *software*.

Entretanto, verificaram que manter a exigência de similaridade é uma posição irredutível do PMDB mesmo ao nível do cadastramento e não apenas para a concessão de incentivos. Sendo esta a posição irredutível do PMDB —, e ainda mais irredutível da SEI, que não é famosa por sua flexibilidade — e em resultado das várias negociações a que se procederam, e que visaram limitar um pouquinho o grau de arbítrio na verificação da similaridade, ele retiraria esta emenda.

Mas o problema fundamental consiste em saber: com que critério estabelecer similaridade entre programas de computador?

Tem-se notado não ser difícil definir o que é similar ou não em caso de automóveis, mas não no que diz respeito a uma gama de máquinas operatrizes. E será praticamente impossível aceitar sem contestação uma decisão da SEI sobre a existência de um determinado programa de computador nacional similar ao estrangeiro, dadas as infinitas nuances entre esses programas.

Prevêem-se, portanto, muitas contendas entre o Brasil e outros países, principalmente os Estados Unidos. Teremos muitos casos como o da *Microsoft*, com as represálias previsíveis. Na verdade, será impraticável a exclusão de programas estrangeiros com base na existência de um similar (?) nacional.

Resta, afinal, a esperança de que a lei seja regulamentada segundo uma concepção mais ampla do papel que o programa de computador desempenha na sociedade moderna, repelindo-se a idéia tosca da auto-suficiência num campo em que as inovações mundiais se desenvolvem em ritmo verdadeiramente avassalador. É uma esperança tênue.

Palavras proféticas!

Menos de um mês depois de lançadas em *O Estado de S. Paulo*, de 23-12-1987, noticiava o mesmo matutino, em página inteira, 25, de 21-1-1988, que, em sessão da véspera, que parecia uma do Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Informática e Automação — CONIN, numa posição de “flexibilidade”, autorizou a Secretaria Especial de Informática — SEI, permitir à empresa norte-americana *Microsoft*, comercializar no Brasil seu sistema operacional MS-DOS 3.3, esperando assim evitar que o governo norte-americano sobretaxe os produtos brasileiros exportados para aquele país.

O processo, com cerca de 40 páginas, foi distribuído, na própria reunião, a ministros de áreas diferentes, desconhecedores dos aspectos técnicos que envolvem a questão, que votaram com o governo.

Foi contundente o empresário EUGENIO STAUB: "nós já gastamos mais dinheiro com advogados do que os prejuízos que possam advir da importação de *software*".

A reforma parcial da decisão anterior da SEI, que impediu o registro para comercialização no Brasil dos programas de computador da empresa Microsoft foi pedida pelo ministro da Fazenda, MAILSON DA NÓBREGA, que afirmou ter elaborado seu parecer basicamente seguindo a Lei de Informática e a Lei de *Software*, ou seja, obedecendo a "critérios estritamente técnicos", recebendo aprovação da maioria.

"Por ocasião da decisão, a Microsoft já dispunha das versões 3.0, 3.1, 3.2. e 3.3. E já existiam, no mercado, similares para as três primeiras. Porém, inexistia para o quarto modelo." Os trabalhos para a verificação da similaridade entre modelos brasileiros e os da Microsoft de programas de computador foram feitos pela SEI, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e pela Fundação para o Desenvolvimento Tecnológico da Universidade de São Paulo.

Segundo estes estudos, o Sisne, "original e independentemente desenvolvido pela Scopus Tecnologia S.A.", tem as mesmas características de desempenho do MS-DOS da Microsoft, os dois operam em equipamentos similares e executam as mesmas funções. Não existe, no entanto, similaridade nacional para a versão do MS-DOS 3.3 do modelo operacional americano. Este, portanto, poderá ser comercializado no Brasil, sob o argumento, apresentado pelas empresas SID-Informática e Polymax Informática, autoras do recurso ao CONIN, de que o sistema MS-DOS poderá levar a "constantemente avanços científicos".

Foi assim mantido o veto da SEI à comercialização do MS-DOS 3.2. considerado similar ao Sisne, produzido pela empresa brasileira Scopus.

CLAUDIO MAMMANA, presidente da Associação Brasileira das Indústrias de Computadores Periféricos — Abicomp, entende termos pago um preço muito alto.

21. *Cadastramento de programas a empresas não nacionais*

"As empresas não nacionais, o cadastramento será concedido, exclusivamente, a programas de computador que se apliquem a equipamentos produzidos no País ou no exterior, aqui comercializados por empresas desta mesma categoria." (art. 12 da Lei n.º 7.646).

O que se entenda por empresa nacional está indicado na Lei n.º 7.232, de 29-10-1984, que dispõe sobre a Política Nacional de Informática:

"Art. 12 — Para os efeitos desta Lei, empresas nacionais são as pessoas jurídicas constituídas e com sede no País, cujo controle esteja, em caráter permanente, exclusivo e incondicional,

sob a titularidade, direta ou indireta, de pessoas físicas residentes e domiciliadas no País, ou por entidades de direito público interno, entendendo-se controle por:

I — controle decisório — o exercício, de direito e de fato, do poder de eleger administradores da sociedade e de dirigir o funcionamento dos órgãos da empresa;

II — controle tecnológico — o exercício, de direito e de fato, do poder para desenvolver, gerar, adquirir e transferir e variar de tecnologia, de produto e de processo de produção;

III — controle de capital — a detenção, direta ou indireta, da totalidade do capital, com direito efetivo ou potencial de voto, e de, no mínimo, 70% (setenta por cento) do capital social.

§ 1.º — No caso de sociedades anônimas de capital aberto, as ações com direito a voto ou a dividendos fixos ou mínimos deverão corresponder, no mínimo, a 2/3 (dois terços) do capital social e somente poderão ser propriedade, ou ser subscritas ou adquiridas por:

a) pessoas físicas, residentes e domiciliadas no País, ou entes de direito público interno;

b) pessoas jurídicas de direito privado, constituídas e com sede e fero no País, que preencham os requisitos definidos neste artigo para seu enquadramento como empresa nacional;

c) pessoas jurídicas de direito público interno.

§ 2.º — As ações com direito a voto ou dividendos fixos ou mínimos guardarão a forma nominativa."

TÍTULO IV — Da quota de contribuição

(Cuida do Fundo Especial de Informática e Automação. Finalidade e Constituição)

TÍTULO V — Da comercialização

22. Obrigações do titular dos direitos

Os suportes físicos de programas de computador e respectivas embalagens, assim como os contratos a eles referentes deverão — pelo art. 23 da Lei n.º 7.646 — consignar, de forma facilmente legível pelo usuário, o número de ordem de cadastro, e o prazo de validade técnica da versão comercializada.

O titular dos direitos de comercialização de programas de computador, durante o prazo de validade técnica da respectiva versão, fica obrigado de acordo com o art. 24 — a:

I — divulgar, sem ônus adicional, as correções de eventuais erros;

II — assegurar, aos respectivos usuários, a prestação de serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do programa de computador, consideradas as suas especificações e as particularidades do usuário.

Recomenda a Fiesp que se defina de forma mais precisa o escopo dos incisos I e II deste artigo no tocante à divulgação de erros e à prestação de serviços técnicos complementares, de modo a preservar tanto os direitos dos usuários como aqueles dos titulares dos direitos de comercialização de programas de computador.

Sugere que a “divulgação” seja feita por meio de contratos diretos com os usuários ou, na sua impossibilidade, por meio de veículos especializados de divulgação, de grande circulação.

A conceituação de “serviços técnicos complementares” deve abranger os itens: treinamento, manutenção de programa de computador e respectiva documentação técnica e centro de atendimento técnico.

Acrescenta o art. 25:

“O titular dos direitos dos programas de computador, durante o prazo de validade técnica, tratado nos artigos imediatamente anteriores, não poderá retirá-los de circulação comercial, sem a justa indenização de eventuais prejuízos causados a terceiros.”

O prazo de validade técnica — observa a Fiesp — é definido pelo autor do programa ou, quando por este autorizado, pelo titular dos direitos de comercialização, quando do pedido de cadastramento ou da respectiva renovação.

O Título V da Lei n.º 7.646, “Da comercialização”, é composto de sete artigos, uma vez que foram vetados três: os de n.ºs 20, 21 e 22, que rezavam:

“Art. 20 — A cessão a terceiros dos direitos de utilização de programas de computador far-se-á através de Títulos de Uso, que serão documentos comprobatórios da regularidade das respectivas cópias.

§ 1.º — Para a emissão dos Títulos de Uso é necessário o prévio cadastramento do programa de computador.

§ 2.º — Os Títulos de Uso serão emitidos num prazo máximo de 30 (trinta) dias do seu requerimento pelo titular do cadastro.

§ 3.º — Os Títulos de Uso deverão conter a identificação do programa de computador, o número do cadastro, o número do Título do Uso e demais elementos pertinentes, na forma a ser estabelecida na regulamentação desta Lei.

§ 4.º — Os usuários finais serão dispensados do Título de Uso dos programas de computador pertencentes ao domínio público.

§ 5.º — Serão dispensados do Título de Uso os programas de computador cuja cessão de Títulos dos direitos de utilização tenham, comprovadamente, ocorrido anteriormente à entrada em vigor desta lei.

Art. 21 — Os Títulos de Uso serão emitidos pela Secretaria Especial de Informática (SEI) ou outro órgão ou entidade por ela credenciada.

Art. 22 — Quando se tratar de programas de computador de origem externa, os Títulos de Uso serão fornecidos mediante a apresentação da guia de recolhimento da quota de contribuição, efetuada à ordem da subconta “Programas de Computador”, do Fundo Especial de Informática e Automação.”

25. Regras que regem os contratos de licença ou cessão

Antecipa o art. 27 da Lei n.º 7.646:

Art. 27 — A exploração econômica de programas de computador, no País, será objeto de contratos de licença ou de cessão, livremente pactuados entre as partes, e nos quais se fixará, quanto aos tributos e encargos exigíveis no País, a responsabilidade pelos respectivos pagamentos.

Parágrafo único — Serão nulas as cláusulas que:

- a) fixem exclusividade;
- b) limitem a produção, distribuição e comercialização;
- c) eximam qualquer dos contratantes da responsabilidade por eventuais ações de terceiros, decorrente de vícios, defeitos ou violação de direitos de autor.

“O mercado brasileiro de *software*” — consignava a justificação que acompanhava o projeto governamental da Lei n.º 7.646 — “é caracterizado pela grande predominância de oferta de produtos de origem externa. Um dos fatores que contribui para esta situação é a facilidade com que esses produtos ingressam no País, sobretudo em função da ausência de mecanismos adequados de controle de importação e internação, assim como da inexis-

tência de normas e critérios que possibilitam um maior disciplinamento do mercado.

Existem atualmente duas formas regulares para internação de *software*. A primeira diz respeito à transferência de produtos entre a matriz estrangeira e sua filial, subsidiária ou controlada no País. Esta operação é realizada sem contrato entre as partes e sem manifestação governamental sobre os *softwares* internados. Como os atos e contratos relativos a *software* vêm sendo tratados como operações de transferência de tecnologia, é vedado o seu pagamento entre empresas pertencentes a uma mesma organização. Nestes casos a remuneração é efetuada de acordo com a legislação sobre a Remessa de Lucros.

A segunda modalidade, em decorrência do tratamento que vem sendo dado ao *software*, envolve a celebração de contratos de transferência de tecnologia entre diferentes organizações. Neste caso, a averbação do contrato no Instituto Nacional de Propriedade Industrial é requisito essencial para o registro do mesmo junto ao Banco Central, com vistas à legitimação dos pagamentos ao Exterior. A efetivação da importação do *software*, com a transferência da correspondente tecnologia, é condicionada à aprovação prévia da SEI e do INPI.

Duas outras formas, não oficiais, são usualmente utilizadas para a introdução de *software* no País. A primeira caracteriza-se pela existência de um contrato entre o fornecedor externo e o distribuidor, em geral empresa nacional, porém sem averbação no INPI. A internação e o correspondente pagamento ao Exterior são efetuados sem qualquer controle governamental. A segunda consiste simplesmente na internação de *software* e sua comercialização no mercado interno, através de cópias reproduzidas sem autorização do produtor.”

24. Responsabilidade do titular dos direitos de comercialização

A rigor seria dispensável o art. 26 da Lei n.º 7.646:

“O titular dos direitos de programas de computador e de sua comercialização responde, perante o usuário, pela qualidade técnica adequada, bem como pela qualidade da fixação ou gravação dos mesmos nos respectivos suportes físicos, cabendo ação regressiva contra eventuais antecessores titulares desses mesmos direitos.”

Diante do inteiro Capítulo (arts. 1.101 a 1.106) que o Código Civil dedica aos vícios redibitórios.

Mas representa uma utilíssima advertência em favor do usuário, que investe somas vultosas não só no *software* como no *hardware*, em garantia dos requisitos da originalidade do produto e da sua fixação conveniente em suporte material, da sua qualidade e utilidade, e, ainda, das informações indispensáveis e da assistência técnica conveniente.

25. *Reserva de comercialização a empresas nacionais*

Pelo art. 28 da Lei n.º 7.646:

“A comercialização de programas de computador, ressalvado o disposto no art. 12 desta Lei, somente é permitida a empresas nacionais que celebrarão, com os fornecedores não nacionais, os contratos de cessão de direitos ou licença, nos termos desta Lei.

Parágrafo único — A aprovação, pelos órgãos competentes do Poder Executivo, dos autos e contratos relativos à comercialização de programas de computador de origem externa, é condição prévia e essencial para:

- a) possibilitar o cadastramento do programa;
- b) permitir a dedutibilidade fiscal, respeitadas as normas previstas na legislação específica;
- c) possibilitar a remessa ao exterior dos montantes devidos, de acordo com esta Lei e demais disposições legais aplicáveis.”

As idéias do Governo ficaram bem elucidadas na Exposição de Motivos ao Projeto de que resultou a Lei n.º 7.646:

“No tocante à comercialização, o único instrumento disponível é o registro de *software*, instituído pelo Ato Normativo SEI n.º 22, de 2 de dezembro de 1982, que estabeleceu um mecanismo de contratação preferencial de produtos desenvolvidos no País por empresas nacionais, por órgãos e entidades de Administração Pública Federal, Direta e Indireta.

Esse instrumento tem-se mostrado, entretanto, de pouca eficácia devido à sua limitada abrangência e à ausência de mecanismos complementares de controle de importação.

O mercado de *software* apresenta três segmentos com características e identidades próprias, correspondentes ao porte dos equipamentos a que se destinam.

No segmento de mercado de equipamentos de médio e grande portes verifica-se grande predominância e dependência de *software* de origem externa, comercializados por fabricantes e casas de *software* multinacionais, que têm à sua disposição todo o acervo de produtos de sua matriz, de acordo com as suas próprias práticas comerciais, adotadas a nível mundial. Aí, praticamente, não se verifica a ocorrência de atividades de pirataria e contrabando, em função, sobretudo, da complexidade dos produtos. A participação de empresas nacionais está restrita aos *softwares* aplicativos, administrativos e específicos, onde não há concorrência com produtos de origem externa.

No segmento de minicomputadores, onde os equipamentos fabricados no País não apresentam compatibilidade com os similares de grande penetração a nível mundial, o mercado de *software* é totalmente ocupado por empresas nacionais.

Entretanto, em face da limitação do tamanho do mercado em decorrência de incompatibilidade entre os equipamentos de diferentes fabricantes, a oferta de *software* de suporte e de ferramentas destinadas à produtividade e ao desenvolvimento de sistemas não é satisfatória, mesmo não havendo concorrência com produtos de origem externa.

Já no segmento de microcomputadores, a adoção, pela indústria nacional, de padrões internacionais, tornou os equipamentos aqui produzidos compatíveis com todo o acervo de *software*, disponível no mercado internacional, para produtos similares.

O rápido crescimento e a alta pulverização desse mercado, a carência de produtos desenvolvidos no País e a ausência de mecanismos de controle de importação e de comercialização criaram condições favoráveis ao ingresso intensivo e indiscriminado de produtos de origem externa, através de representantes, usuários ou mesmo de contrabando. A comercialização desses produtos é realizada livremente e praticamente sem restrições, exceto no setor público federal, em que é exigido o registro na SEI.

A participação da indústria nacional neste segmento está restrita aos *softwares* aplicativos, administrativos e específicos e aos sistemas operacionais, cujo desenvolvimento local é condição para aprovação de projetos de fabricação."

A "reserva de mercado" constitui um dos temas mais discutidos da lei, a ponto de já por ocasião dos estudos preliminares do respectivo projeto ter criado zona de atrito direto com o próprio Governo norte-americano.

O episódio chamou a atenção tanto dos demais países desenvolvidos — Japão, França, países anglo-saxônicos, Alemanha, Itália — como dos em desenvolvimento, principalmente México e Argentina, que seguem atentamente seus desdobramentos.

Como é sabido, já em meados de maio de 1986, o Secretário de Estado norte-americano, GEORGE SHULTZ, enviou ofício ao Chanceler brasileiro ABREU SODRÉ, manifestando que "a informática pode chegar a ter consequências sérias em nossas relações... Conviria iniciar sem demora negociações significativas... para encontrar uma solução rápida e prática neste difícil assunto".

Quase que simultaneamente o porta-voz da Casa Branca assinalou que o Presidente REAGAN havia mandado estudar eventuais sanções, para o caso de não se poder concretizar um acordo oportuno sobre a matéria antes do dia 25 de junho.

Foi sem dúvida a Lei n.º 7.252, de 29-10-1984, que dispõe sobre a Política Nacional de Informática, estabelecendo a reserva de mercado para a indústria do ramo, dando lugar a uma grande expansão das empresas de capital nacional que permitiu êxitos em várias unidades da Federação brasileira, principalmente no que diz respeito aos *mini* e *microcomputadores*.

A matéria foi objeto de um bem lançado editorial de ENRIQUE ALONSO, para *Clarín*, de Buenos Aires (25-10-1986, p. 13), que não só revela conhecimento, como expressa, com objetividade, o entendimento de expressiva parcela de pessoas pertencentes a países alheios à divergência:

“... o Brasil cresceu e alguns de seus produtos competem com os norte-americanos. É natural que isso, no começo, provoque mal-entendidos. Eles se dissiparão com a simples admissão de que se trata da oitava ou nona economia mundial por seu produto interno, sustentada por um país que não renunciou ao propósito de continuar crescendo. “Estamos começando a incomodar” — foi o resumo que a imprensa deu de seu pensamento — “e isto é uma prova da nossa força”.”

O art. 28 da Lei n.º 7.646 revela a verdadeira intenção do cadastro — medida cuja utilidade, no contexto, não pode ser negada: atribuir à SEI poderes para classificar o *software* a seu arbítrio, conforme seja desenvolvido no Brasil ou além fronteiras, por empresas nacionais ou estrangeiras, associadas ou não.

Já havia sido observada, ainda por ocasião da tramitação do projeto, a dificuldade de estabelecer a similaridade de produções intelectuais, radicalizando nos programas estrangeiros, cuja comercialização só se realizaria por empresas nacionais.

Acusava o Senador ROBERTO CAMPOS de estar presente a xenofobia, “superpondo-se diversas reservas cartoriais em favor: a) do similar nacional; b) do produtor nacional de *software*; c) do distribuidor nacional, tudo isso segundo a obtusa definição de “empresa nacional” da Lei de Informática. O distribuidor nacional pode remeter, sem imposto, as divisas resultantes da comercialização do *software*, mas a filial de uma multinacional não pode fazê-lo à sua matriz. A Cobra, que hoje tem 10% apenas do mercado nacional de computadores, apesar das subvenções do governo e compras forçadas das estatais, continuará autorizada a concorrer deslealmente com os produtores privados de *software*.”

Os resultados serão conhecidos. Muitos dos produtores de *software* inovador se desinteressarão do mercado brasileiro, o contrabando continuará próspero, e, o que é pior, patrioticamente útil...

Há uma má notícia para os professores e cientistas. Se prestarem seus programas de computador a alunos e colegas, para

trabalharem em casa, estes estarão sujeitos a pena de detenção de seis e dois anos, e multa! É o que diz o art. 36 do projeto.”

Com efeito, não obteve consenso sua Emenda n.º 16, que pretendia permitir ficasse tal comercialização “a cargo também de empresas nacionais que tenham maioria de capital votante em associações com empresas estrangeiras”.

A aprovação oficial dos contratos relativos à comercialização de programas de computador importados seria condição para: a) permitir o acesso das empresas constituídas nos termos do *caput* a créditos bancários favorecidos e a incentivos fiscais; b) possibilitar a remessa para o exterior de montantes devidos aos titulares estrangeiros do direito de propriedade de programas de computador comercializados no País.

Justificava parecer um despropósito impedir a participação de empresas estrangeiras na comercialização de programas de computador, mesmo quando associadas minoritariamente a empresas nacionais. Ao contrário, poderia oferecer valiosa contribuição ao desenvolvimento do mercado interno de *software*.

Mesmo por parte de estrangeiros nem todas as manifestações são de reprovação.

Em palestra feita no Recife, aos 29-10-1975, o jornalista francês JEAN-JACQUES SERVAN-SCHREIBER ressaltou a importância de os programas de *software* serem feitos e inventados por brasileiros. Disto não devemos abrir mão e “milhões de homens devem ser capacitados para elaborar programas em todos os campos”.

Ressaltou que, dessa forma, a informática funciona como instrumento de manutenção da identidade cultural dos povos, além de respeitar a individualidade de cada pessoa. Este é um dos motivos que fazem dele um ardoroso defensor da informática, pois, “ao contrário dos sistemas capitalista e comunista, ela não massifica nem padroniza o homem”.

Essas questões hão de ser debatidas entre os brasileiros, “que devem encontrar seus próprios caminhos e suas próprias soluções”. Mas deixou claro que a informatização das indústrias é inevitável e provoca desemprego. Por isso, e para não repetir o erro de países europeus e dos Estados Unidos, frisou ser preciso preparar a população para receber os robôs e computadores, que expulsaram milhões de pessoas do mercado de trabalho no Ocidente.

Na sua opinião, é necessário capacitar as pessoas para outros ofícios e atividades, além de ajudar a população a aprender a se servir das ferramentas informáticas colocadas à sua disposição. Lembrou que “aprender a usar o computador é mais fácil e exige menos tempo do que aprender a dirigir um automóvel”. As populações do Terceiro Mundo não devem se sentir inferiores, porque experiências mostraram que elas aprendem mais rápido e melhor a utilizar a informática do que os europeus e norte-americanos.

A informática pode ser uma aliada fundamental para o desenvolvimento de um povo e, conseqüentemente, de um país. Para ele, a informática foi, depois da imprensa, a única invenção capaz de transformar não apenas o ambiente físico, mas a capacidade humana de aprender e criar. E isso, deve ser aproveitado ao máximo.

26. *Aprovação e averbação a atos e contratos*

Na forma do art. 29 da Lei n.º 7.646,

“A aprovação e a averbação serão concedidas aos atos e contratos, relativos a programa de origem externa, que estabelecerem remuneração do autor, cessionário residente ou domiciliado no exterior, a preço certo por cópia e respectiva documentação técnica, que não exceda o valor médio mundial praticado na distribuição do mesmo produto, não sendo permitido pagamento calculado em função de produção, receita ou lucro do cessionário ou do usuário.

§ 1.º — Excluem-se da permissão deste artigo as empresas não nacionais, a elas assegurada, em decorrência da comercialização regulada pelo art. 12 desta Lei, a remessa de divisas previstas nas disposições e nos limites da Lei n.º 4.131, de 3 de setembro de 1962, e legislação posterior.

§ 2.º — A nota fiscal emitida pelo titular dos correspondentes diretos ou seus representantes legais, que comprove a comercialização de programas de computador de origem externa, será o suficiente para possibilitar os pagamentos previstos no *caput* deste artigo.”

Como averiguar, no próprio momento da aprovação e averbação dos atos e contratos, o valor médio mundial de uma cópia de *software*?

Se o governo fracassou reiteradamente em seus esforços para definir e conferir os preços dos gêneros de primeira necessidade nos supermercados — que dizer das dificuldades para determinar, mesmo aproximadamente, os valores, sujeitos a flutuações de momento a momento, do *software*, nas principais praças do mundo!

O Projeto da SEI, entre as disposições finais e transitórias, compendiadas no Capítulo XI, estabelecia distinção entre atos e contratos de titularidade nacional ou estrangeira:

“Art. 45 — Os atos ou contratos relativos a *software*, registrado ou não, inclusive quando tenham por objeto autorização para reprodução ou comercialização, bem como a prestação dos serviços técnicos complementares, estarão sujeitos à averbação no Instituto Nacional da Propriedade Industrial — INPI, nas condições estabelecidas no art. 126, da Lei n.º 5.772, de 15 de dezembro de 1971.

Parágrafo único — A Comissão (Conselho) Nacional de Informática — CNI, ouvido previamente o Instituto Nacional da Propriedade Industrial — INPI, poderá estabelecer categorias de atos ou contratos isentos de averbação, inclusive através da homologação de contratos-padrão.

Art. 46 — A averbação dos atos ou contratos referentes a *software* registrado ou não, da titularidade de pessoa domiciliada ou residente no exterior, dependerá de apuração da existência de alternativa nacional e da razoabilidade de remuneração, segundo critérios estabelecidos pela Comissão (Conselho) Nacional de Informática — CNI, e ao implemento das seguintes condições:

a) enquadramento em critérios de prioridade, segundo a natureza e a atualização da correspondente tecnologia de aplicação;

b) criação de condições qualitativas para o setor de atividade ao qual se aplique, propiciando principalmente a exportação de bens e serviços e a substituição de importações;

c) conformidade às prescrições desta Lei, aos atos administrativos baixados consoante este artigo, às demais normas aplicáveis à repressão ao abuso do poder econômico e aos efeitos tributários e cambiais relativos ao comércio de tecnologia.”

27. Licença de importação ou internamento

O disposto no art. 30 da Lei n.º 7.646,

“Será permitida a importação ou o internamento, conforme o caso, de cópia única de programa de computador, destinado a utilização exclusiva pelo usuário final, (VETADO).” (*)

Impedirá que a IBM, atuando no Brasil há 70 anos, continue produzindo e vendendo computadores de pequeno e médio porte no mercado interno.

Para ROBERTO CAMPOS, os países interessados em transacionar com o Brasil em informática ficam impossibilitados de planejar seu comércio. “Eles poderiam fazê-lo, se o ingresso de produtos no Brasil fosse governado por tarifas ou regulado por cotas. Mas não podem exercer esse planejamento quando o ingresso de seus produtos no País é efetuado através de licenças de importação, que o burocrata pode ou não conceder, hoje ou amanhã, dependendo do seu humor.” (*O Estado de S. Paulo*, de 20-11-1987, p. 24).

Deverá — lembra a Fiesp — ser assegurado, ao usuário final, o direito de importar cópia única de programa de computador, de maneira simplificada e rápida, sem trâmites burocráticos desnecessários, que venham

(*) — Expressões vetadas: “cabendo a este o pagamento da quota de contribuição de que trata o art. 16”.

a acarretar-lhe prejuízos na utilização, desde que o preço de compra não exceda o valor médio no país de origem. O referido programa não ficará sujeito a cadastramento, devendo o processo de importação ser apreciado no prazo máximo de 30 (trinta) dias, findo o qual será considerado aprovado.

Além disso, os programas de valor unitário não superior a US\$ 1.000,00 FOB (hum mil dólares) não estarão sujeitos ao processo regular de importação, quando o usuário final for pessoa física.

TÍTULO VI — Disposições Gerais

28. *Transferência de tecnologia. Averbação dos contratos. Pagamento de "royalties"*

Prevalceu, na redação do art. 31,

“Nos casos de transferência de tecnologia de programa de computador, será obrigatória, inclusive para fins de pagamento de dedutibilidade da respectiva remuneração, e demais efeitos previstos nesta lei, a averbação do contrato no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).

Parágrafo único — Para a averbação de que trata este artigo, além da inexistência de capacitação tecnológica nacional, é obrigatório o fornecimento, por parte do fornecedor ao receptor de tecnologia, da documentação completa, em especial do código-fonte comentado, memorial descritivo, especificações funcionais e internas, diagramas, fluxogramas e outros dados técnicos necessários à absorção da tecnologia”,

entendimento contrário ao do Senador ROBERTO CAMPOS que não se conformava com a exigência do fornecedor de tecnologia de um montante excessivo de informações técnicas.

Por considerar o dispositivo obrigatório o fornecimento de documentação completa, entendeu que o adquirente de tecnologia de programas de computador poderá hesitar na revelação de tal soma de informações, de vez que por meios impróprios esses dados técnicos poderiam cair nas mãos de pessoas interessadas em piratear a mesma tecnologia.

Propôs, em emenda que não foi aceita:

“Art. 21 —

Parágrafo único — Para a averbação o INPI não poderá exigir a relação de informações técnicas que possam ser consideradas como segredo comercial pelo titular da comercialização no País.”

Ponderava:

“Se os autores do projeto querem justificar a exigência com a intenção de assegurar proteção ao adquirente, para o caso de

litígio futuro com o fornecedor, essa desculpa não tem cabimento. Interessa ao adquirente de tecnologia que o código-fonte, a matriz do conhecimento do programa industrialmente inserido no computador, não seja revelado a ninguém. Caberia, portanto, ao comprador da tecnologia declarar até que ponto poderia ser transmitido ao INPI o memorial descritivo, de vez que, mormente na informática, o segredo é a alma do negócio. A revelação total e ampla do segredo faz o negócio perder a sua finalidade. Eis as razões que nos induziram a modificar a redação do referido parágrafo.”

Os casos obrigatórios de transferência de tecnologia — lembra por sua vez a FIESP — deverão ser os previstos no atual Planin, aprovado pela Lei n.º 7.461/86, bem como nos que lhe sucederem.

Protegendo os programas para computadores e os titulares de seus direitos, independentemente de sua origem ou nacionalidade, bem assim sem quaisquer formalidades — encarecia a Exposição de Motivos que acompanhava o Projeto do Governo —, o anteprojeto tornava explícitas e efetivas as mais extensas garantias aos usuários, como contrapartida necessária dos direitos que a sociedade brasileira está outorgando a seus titulares.

“Esses programas, ademais, são componentes imateriais dos sistemas de tratamento da informação. Por esse motivo, é imprescindível que o Estado discipline, segundo os interesses de seu desenvolvimento econômico e tecnológico, as operações de importação e circulação de programas, atendidas as prescrições da legislação atinente à informática (Lei n.º 7.232, de 29-10-84, e Plano Nacional de Informática e Automação — Planin, aprovado pela Lei n.º 7.463, de 27-4-86), bem assim as operações relativas a tecnologia em geral.

Incentiva, ainda, o projeto o desenvolvimento da pesquisa e da capacitação nacional, em contrapartida da abertura comercial que propicia às empresas brasileiras.

Assim é que, seja pela tutela adequada dos direitos de propriedade do autor dos programas, seja pela simplificação dos procedimentos administrativos, estabelecem-se condições favoráveis ao internamento e à criação, no País, desse produto tecnológico, de importância relevante às atividades científicas e produtivas internas, assegurando-se os direitos de comercialização às empresas nacionais, mediante o pagamento dos devidos direitos aos titulares estrangeiros. Não se impede, porém, a comercialização por empresas estrangeiras, dos programas típicos de equipamentos por elas produzidos no País ou utilizáveis por computadores do mesmo porte.”

29. *Incentivos fiscais*

Determina a Lei n.º 7.646:

“Art. 32 — As pessoas jurídicas poderão deduzir, até o dobro, como despesa operacional, para efeito de apuração do lucro tributável pelo Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, os gastos realizados com a aquisição de programas de computador, quando forem os primeiros usuários destes, desde que os programas se enquadrem como de relevante interesse, observado o disposto nos arts. 15 e 19 da Lei n.º 7.232, de 29 de outubro de 1984.

§ 1.º — Paralelamente, como forma de incentivo, a utilização de programas de computador desenvolvidos no País por empresas privadas nacionais será levada em conta para efeito da concessão dos incentivos previstos no art. 13 da Lei n.º 7.232, de 29 de outubro de 1984, bem como de financiamento com recursos públicos.

§ 2.º — Os órgãos e entidades da Administração Pública Direta ou Indireta, Fundações, instituídas ou mantidas pelo Poder Público e as demais entidades sob o controle direto ou indireto do Poder Público darão preferência, em igualdade de condições, na utilização de programas de computador desenvolvidos no País por empresas privadas nacionais, de conformidade com o que estabelece o art. 11 da Lei n.º 7.232, de 29 de outubro de 1984.

§ 3.º — A participação do Estado na comercialização de programas de computador obedecerá ao disposto no inciso II do art. 2.º da Lei n.º 7.232, de 29 de outubro de 1984.”

“Haja programa” — já foi dito — “e pobre Tesouro! . . .”

30. *Ações de nulidade de registro. Sigilo*

Lei n.º 7.646:

“Art. 33 — As ações de nulidade do registro ou do cadastramento, que correrão em segredo de justiça, poderão ser propostas por qualquer interessado ou pela União Federal.

Art. 34 — A nulidade do registro constitui matéria de defesa nas ações cíveis ou criminais, relativas à violação dos direitos de autor de programa de computador.”

Os dispositivos provêm, com insignificantes modificações de redação, dos arts. 24 e 25 da proposta do Governo, provindo este último, por sua vez, do art. 42 do Projeto da SEI.

Propunha ainda aquela, art. 11:

“Será tornado sem efeito, a qualquer tempo, o cadastramento de programa:

I — por sentença judicial;

II — por ato administrativo, quando comprovado que as informações apresentadas pelo interessado, para instruir o pedido de cadastramento, não são verídicas.”

Manifestou-se contra o Senador LEITE CHAVES, na sessão de 18-11-1987: quem passaria a proteger o mercado seria o Governo, através do ato administrativo, que é mais eficaz, para proibir programas viciosos, inverídicos. Não entende a razão de ser de um sigilo jamais registrado no Brasil com esta profundidade e extensão. “Que interesses pode haver nestes programas que a sociedade não possa conhecer? Se é que realmente este programa se destina à sociedade brasileira ou àquelas pessoas que têm interesse em se elucidar ou se esclarecer, não há razão alguma para tanta proteção.

Rebateu as críticas o Senador NELSON WEDEKIN (DCN, II, 19-11-1987, p. 2.942): as ações cíveis vão correr em segredo de justiça por uma razão óbvia:

“— é preciso que se saiba um pouco o que é *software* para discutir isto — a questão é simples: corre em segredo de justiça porque, se isso não ocorrer, está ali um segredo, estão ali mecanismos que são protegidos por esta Lei. Se for público, qualquer pessoa, qualquer terceiro interessado pode ir à justiça e obter toda a formulação e ele copia. É isto que se quer resguardar com o segredo de justiça. É uma disposição comum na proteção do direito autoral do *soft* em todo o mundo, não há nenhuma novidade. É apenas para se evitar cópia, por isso é preciso um cadastramento, por isso que a SEI não pode divulgar isto. E todos aqueles que têm nas suas mãos um *soft* querem que aquele *soft* fique para si. Não há proteção de direito de autor se não correr uma ação cível que tenha uma discussão sobre a questão da singularidade, ou sobre outra questão qualquer em segredo de justiça.”

TÍTULO VII — Das sanções e penalidades

31 Violações ao direito de autor do “*software*”. Comercialização de programas estrangeiros não cadastrados

Lei n.º 7.646:

Art. 35 — Violar direitos de autor de programas de computador:

Pena — Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa.

Art. 36 — (VETADO).

Art. 37 (*caput*) importar, expor, manter em depósito, para fins de comercialização, programas de computador de origem externa não cadastrados:

Pena — Detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

Foi, sem dúvida, amenizada a redação do Projeto governamental, que rezava:

“Art. 21 — Importar, em qualquer suporte físico, inclusive por telecomunicação, expor, manter em depósito ou receber para comercialização ou comercializar, a qualquer título, programa de origem externa, não cadastrado:

Pena — Reclusão, de um a quatro anos, e multa.”

Ainda assim será difícil e injusta a aplicação desse dispositivo, tal a quantidade de programas em uso no mundo inteiro, grande parte dos quais jamais poderá ser registrada, até mesmo por deficiência de funcionários e aparelhamento, o que evidentemente não só reduzirá a capacidade de absorção de nova tecnologia, muitas vezes indispensável, mas constituirá um estímulo irrefreável ao aproveitamento de programas não registrados, incrementando, assim, a pirataria.

Foi vetado o art. 36:

“Utilizar programa de computador de terceiros ou comercializar programa de computador, sem o respectivo Título de Uso ou não cadastrado:

Pena — Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa.”

O Anteprojeto SEI-INPI-CNDA era mais minucioso, Cap. VIII, arts. 36-39:

“Art. 36 — Violar qualquer dos direitos relacionados a *software*, atribuídos na forma desta Lei:

Pena — Detenção, de 7 (sete) meses a 2 (dois) anos e multa de 500 ORTN.

Art. 37 — Comercializar ou, por qualquer forma, transferir ou tornar disponível a terceiros *software* cujas características, propriedades técnicas ou condições de desempenho não correspondam àquelas indicadas no material de divulgação ou nos elementos constantes do registro:

Pena — Reclusão, de 7 (sete) meses a 2 (dois) anos e multa de 300 ORTN.”

Justificam o veto as razões pelas quais o Senador ROBERTO CAMPOS havia sugerido a supressão do art. 36 (DCN II, 19-11-1987, p. 2.959):

“Até agora, todas as restrições de tipo protecionista só se aplicavam à comercialização do *software* pelo distribuidor de produtos de origem externa, o que se faz através da quota de contribuição e do título de uso.

É impossível criar-se um Estado-policiaI para vigiar os usuários, aplicando-se-lhe a pena de detenção. São milhares de usuários que não caberiam nas penitenciárias do País. O Brasil já tem problemas suficientes com sua população carcerária para transformar-se num *Gulag* eletrônico.

Esta é uma modificação muito substancial. Nunca se puniu o usuário. Punia-se aquele que violasse direitos autorais ou comercializasse programas sem cadastramento. Mas aqui, a simples utilização de um programa de computador de terceiros, no recinto do lar, configuraria uma pena passível de detenção de 6 meses a 2 anos.

Estou vendo o Brasil transformado num *Gulag* eletrônico. Seria, aliás, o primeiro *Gulag* eletrônico do mundo. Temos que eliminar expressão “utilizar programas de terceiros”. O texto deveria limitar-se à expressão “comercializar programas de computador”. É a comercialização que deve ser objeto de disciplina governamental, não a utilização pelo usuário. De outra maneira, sancionariamos a invasão de domicílio pela SEI, para a verificação do comportamento do usuário. Voto contra o *Gulag* eletrônico.”

Chamou a atenção, por outro lado, sobre a situação anômala da pena, pela importação com a intenção de comercializar é maior do que a pena imposta pela comercialização fraudulenta, verdadeiro absurdo:

“Deveríamos pelo menos equalizar as penas. No texto atual, a penalidade imposta à violação de direitos e à comercialização ilegal é menos grave do que a aplicável a produtos em depósito com a intenção de comercialização futura. A intenção de delito é mais punida do que o delito.”

32. Ação penal

Lei n.º 7.646:

“Art. 38 — A ação penal, no crime previsto nos arts. 35, (VETADO) desta Lei, é promovida mediante queixa, salvo quando praticado em prejuízo da União, Estado, Distrito Federal, Município, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação sob supervisão ministerial.

Parágrafo único — A ação penal e as diligências preliminares de busca e apreensão, no crime previsto no art. 35 desta

Lei, serão precedidas de vistoria, podendo o juiz ordenar a apreensão das cópias produzidas ou comercializadas com violação de direito de autor, suas versões e derivações, em poder do infrator ou de quem as esteja expondo, mantendo em depósito, reproduzindo ou comercializando.”

Proposições análogas constavam dos arts. 38 e 39 do Projeto da SEI e do art. 32 do Projeto do Governo.

O art. 8.º do projeto de lei-tipo já aludido, por sua vez — “ações (poursuites) civis” —, prevê, quando um dos direitos tenha sido violado ou resulta provável que venha a sê-lo, possa o proprietário obter uma ordem judicial, salvo se a outorga dessa ordem for desproporcionada na espécie.

Admite ainda que, no caso de transgressão, possa o proprietário obter perdas e danos ou qualquer compensação considerada apropriada no caso.

33. *Ações Cíveis*

Lei n.º 7.646:

Art. 39 — Independentemente da ação penal, o prejudicado poderá intentar ação para proibir ao infrator a prática do ato incriminado, com a cominação de pena pecuniária para o caso de transgressão do preceito (art. 287 do Código de Processo Civil).

§ 1.º — A ação de abstenção de prática de ato poderá ser cumulada com a de perdas e danos pelos prejuízos decorrentes da infração.

§ 2.º — A ação civil, proposta com base em violação dos direitos relativos a propriedade intelectual sobre programas de computador, correrá em segredo de justiça.

§ 3.º — Nos procedimentos cíveis, as medidas cautelares de busca e apreensão observarão o disposto no parágrafo único do art. 38 desta Lei.

§ 4.º — O juiz poderá conceder medida liminar, proibindo ao infrator a prática do ato incriminado, nos termos do *caput* deste artigo, independentemente de ação cautelar preparatória.

§ 5.º — Será responsabilizado por perdas e danos aquele que requerer e promover as medidas previstas neste e no artigo anterior, agindo de má fé ou por espírito de emulação, capricho ou erro grosseiro, nos termos dos arts. 16, 17 e 18 do Código de Processo Civil.

É o texto proposto pelo projeto do Governo, art. 23, ao qual no entanto foi acrescido o último parágrafo. Provinha, por sua vez, do anteprojeto SEI, art. 40, que contava com mais um parágrafo:

“§ 4.º — As medidas cautelares de busca e apreensão serão precedidas de vistoria, podendo o juiz ordenar a apreensão de

todas as cópias do *software* contrafeito, suas versões e derivações em poder do infrator ou de quem as esteja expondo, mantendo em depósito, reproduzindo ou comercializando.”

TITULO VIII — Das prescrições

34. Prescrição. O prazo é de cinco anos

Lei n.º 7.646:

“Art. 40 — Prescreve em 5 (cinco) anos a ação civil por ofensa a direitos patrimoniais do autor.

Art. 41 — Prescrevem, igualmente em 5 (cinco) anos, as ações fundadas em inadimplemento das obrigações decorrentes, contado o prazo da data:

a) que constitui o termo final de validade técnica de versão posta em comércio;

b) da cessação da garantia, no caso de programas de computador desenvolvidos e elaborados por encomenda;

c) da licença de uso de programas de computador.”

Os dispositivos provêm do projeto do Governo, arts. 26 e 27, diferentes da orientação do projeto da SEI:

“Art. 41 — Prescrevem em dois anos:

I — as ações fundadas em violação dos direitos estabelecidos nos arts. 4.º e 5.º desta Lei, sendo o prazo contado da ocorrência da infração ou da ciência do ofendido, o que por último se der;

II — as ações fundadas em inadimplemento das obrigações decorrentes dos arts. 25 a 27 e 29 desta Lei, correndo o prazo da data que constitui o termo final de vigência da versão posta em comércio (art. 24, III), ou da data de cessação da garantia, no caso de *software* desenvolvido por encomenda, ou da data da aquisição, nos casos do art. 29.

Parágrafo único — A ação de nulidade do registro poderá ser proposta durante todo o prazo de vigência do mesmo.”

Por que o prazo de cinco anos?

Justifica o Senador NELSON WEDEKIN (DCN II, 19-11-87, p. 2.942):

“Porque em cinco anos é mais do que suficiente. E volto a falar na velocidade com que evoluem os programas de computador; cinco anos é mais do que suficiente para se resguardarem direitos. E cinco anos depois não será permitido a ninguém que

entre com uma ação, pela razão simples de todo *soft*, depois de três ou cinco anos, estar absolutamente superado, pela evolução, pela rapidez com que evoluem os programas de computador.”

35. *Balço da lei. Perspectivas*

Para o Ministro da Ciência e Tecnologia, LUIZ HENRIQUE DA SILVEIRA, em declarações à imprensa no dia 22-12-1987, em Porto Alegre, a lei do *software* vai colocar o País num estágio avançado na tecnologia de ponta, proporcionando-lhe os parâmetros numa conquista resultante de um trabalho que durou três anos de articulações.

Deviam os brasileiros olhar a política de informática do País sob um ângulo nacionalista, de reserva de mercado para que a capacitação tecnológica doméstica avance até ser competitiva com as multinacionais. “Não devemos entrar no engodo de que abrindo o mercado, como os Estados Unidos querem, estaremos entrando no mundo moderno”, disse, “nos igualando à tecnologia de ponta dos países desenvolvidos”. Um dado que o anima é que o Brasil atingiu este ano um milhão de equipamentos computacionais. Essa marca só será atingida pela União Soviética em meados dos anos 90.

Na mesma ocasião o coordenador da Comissão de Informática da Federação das Indústrias do Rio Grande do Sul (Fiergs), Paulo Renato Ketzer de Souza, classificou a lei do *software* sancionada pelo presidente Sarney de “um marco para o setor”. No seu entender, a partir de agora haverá regras claras sobre a comercialização de programas de computador, correspondendo às expectativas da área de informática nacional.

Sem embargo, a lei apresenta inconvenientes que já resultam da exposição feita, aos quais deve-se acrescentar o de ter deixado muita matéria a ser regulada.

A reclamação maior diz respeito aos poderes excessivos que a SEI conservou, impondo suas posições a outros setores da economia nacional.

No projeto dessa lei, a própria negação da liberdade de iniciativa e um desrespeito ao usuário, via editorial particularmente contundente de *O Estado de S. Paulo*, de 8-12-1987, dez dias antes, portanto, da promulgação da Lei n.º 7.646 — “É o Gulag Eletrônico”:

“A comercialização do *software*, que corresponde ao livro da era eletrônica, fica sujeita a vários obstáculos. Primeiro, o cadastramento na SEI, à qual cabe o direito de vedar a importação de um programa estrangeiro se o burocrata de plantão entender que existe um similar nacional. Como essa comparação entre o *software* estrangeiro e o similar nacional vai ser feita, como Dickens vai ser comparado a Machado de Assis, depende exclusivamente da interpretação pessoal do funcionário da SEI.
(.....)

Para restringir o desenvolvimento tecnológico nacional, o projeto de lei exige, ainda, um pagamento de taxa de cadastramento na SEI, cujo montante será definido pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, que tem primado por restringir ao máximo a importação de tecnologia de primeira linha, descumprindo, até hoje, a sua missão. Para complicar ainda mais a burocracia da comercialização, os *softwares* que circularão no Brasil terão que exibir um selo (!) emitido pela SEI. Estamos em plena era do Gulag eletrônico...

Com essa série de restrições é fácil ver as conseqüências. O Brasil ficará, na área de programas, mais atrasado ainda do que já está na de produção de computadores, onde pululam empresas endividadas, que apenas montam aparelhos e praticam a pirataria de computadores obsoletos. É sabido, por isso, que a nossa economia, como um todo, está perdendo competitividade, pois não há atividade industrial moderna que não dependa da informática.

A ironia da história é que esse excesso de proteção é desnecessário para os produtores realmente criativos, alguns dos quais já começaram, até, a exportar *softwares* brasileiros para os Estados Unidos, e que talvez venham a ter seu nascente mercado bloqueado, a título de reciprocidade, pelas arbitrariedades da SEI, em relação aos programas importados. Quanto aos produtores nacionais ineficientes, eles não serão salvos por procedimentos cartoriais, que amortecem a criatividade, da mesma forma que a indústria de computadores, beneficiária da excessiva proteção do governo, mas também afligida por controles burocráticos, está hoje quase toda em estado pré-falimentar, na UTI do BNDES.

As vítimas dessa lei insensata serão o usuário, restringido no seu direito de comprar o "livro eletrônico", e o contribuinte, que paga impostos a um Tesouro falido. E este Tesouro ficará mais falido ainda após a lei do *software* ser promulgada pelo presidente, que não entendeu nada do que está acontecendo. A nova lei permite que as pessoas jurídicas que comprarem *softwares* considerados de "relevante interesse"(?) deduzam *em dobro* de sua renda tributável o valor gasto na aquisição do produto, desde que seja nacional."

Daí resulta que, tão logo publicada a lei, surge a necessidade de emendá-la em vários pontos, tal qual ocorreu com a Lei n.º 5.988, de 14-12-1973.

Mas o mais importante é atentar a que, como se verificou como o direito de autor, com o dos artistas intérpretes e executantes e dos próprios produtores de fonogramas, torna-se dia a dia mais premente a necessidade de uma convenção internacional que ofereça, a produtores e usuários, garantias mais sólidas do que aquelas que resultam de um mais do que teórico, visionário princípio de reciprocidade.