



UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ - UNIFESSPA
Instituto de Estudos em Direito e Sociedade - IEDS
Faculdade de Direito - FADIR

Karina Silva Juvenal

**INOVAÇÃO, SOBREPOSIÇÃO DE DIREITOS E HIBRIDISMO NA PROPRIEDADE
INTELECTUAL: UM NOVO OLHAR PARA A NATUREZA JURÍDICA DO
SOFTWARE.**

Marabá – Pará
2019

KARINA SILVA JUVENAL

**INOVAÇÃO, SOBREPOSIÇÃO DE DIREITOS E HIBRIDISMO NA PROPRIEDADE
INTELECTUAL: UM NOVO OLHAR PARA A NATUREZA JURÍDICA DO
SOFTWARE.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado a Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará - UNIFESSPA, como pré-requisito da disciplina de Monografia Jurídica I.
Orientador: Prof. Msc. Hirohito Diego Athayde Arakawa.

Marabá – Pará
2019

**Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP) Biblioteca
Setorial Josineide da Silva Tavares**

Juvenal, Karina Silva

Inovação, Sobreposições de Direito e Hibridismo Na propriedade Intelectual: Um novo olhar para a natureza jurídica do software. / Karina Silva Juvenal ; orientador, Hirohito Diego Athayde Arakawa. — Marabá : [s. n.]; 2019.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2019.

1. Inovações tecnológicas. 2. Direito – Estudo e ensino. 3. Software. I. Arakawa, Hirohito Diego Athayde, orient. II. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. III. Título.

CDDir: 4. ed.: 342.2

KARINA SILVA JUVENAL

**INOVAÇÃO E PROTEÇÃO JURÍDICA DE SOFTWARE: ANÁLISE SOB A
PERSPECTIVA DA SOBREPOSIÇÃO DE DIREITOS DA PROPRIEDADE
INTELLECTUAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
a Universidade Federal do Sul e Sudeste do
Pará - UNIFESSPA, como pré-requisito da
disciplina de Monografia Jurídica I.

Aprovada em:

Banca examinadora:

Prof. Me. Hirohito Diego Athayde Arakawa - IEDS
(ORIENTADOR)

Prof. Me. Gustavo Passos Fortes - ICESA
(EXAMINADOR)

Prof. Me. Edieter Luiz Cecconello - IEDS
(EXAMINADOR)

Prof. Dr. Adam Dreyton Ferreira dos Santos - FACEEL
(EXAMINADOR)

Marabá-PA
2019

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a gratidão é para aquele que me presentou com o dom da vida e proporcionou-me sustentação ao longo desses 5 anos de curso, a ti agradeço e dedico todas as vitórias Senhor Deus.

Gratidão também aos meus pais, Luciene Silva e Ricardo Juvenal, que desde criança apresentaram a importância dos estudos, proporcionando uma educação de excelente qualidade e realizando uma criação que me tornasse uma exímia pessoa responsável e forte frente aos desafios que me encontrassem.

Além dos meus pais, agradeço ainda ao meu padrinho do coração, Gilson Santos, por todo apoio, carinho e amor que me presenteou mesmo não tendo vínculo sanguíneo. E não menos importante a minha tia, Maria Gorete, que despertou meu desejo pela leitura.

Não posso deixar de citar aqui os meus avós, Raimundo Matias Juvenal, Raimunda Nonata Silva, Antônia Maria de Sousa e Silva e José da Silva Sobrinho, e a avó do coração Maria do Carmo - que amei como se de sangue fosse -, que já não mais estão aqui presentes, mas que sempre acreditaram em mim, e que mesmo por pouco tempo me ofertaram seus ensinamentos de vida.

É claro e notório que no decorrer de todo um ciclo uma gama de pessoas se fazem presentes, mesmo que depois se esvaíam, e contribuem para o êxito dessa caminhada. Por conta disso é que nos parágrafos seguintes agradeço a cada pessoa que teve suma importância ao longo dessa trajetória.

Ao Christopher Paixão por incentivar a realização da prova do Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM, em 2014, e por ter me acompanhado nos primeiros dois anos e meio da faculdade com toda dedicação e apoio, bem como a sua família, representados aqui por Lecy Dias Rodrigues, Cristovão Paixão Neto e Lince Cassiane.

Ao meu amado Bonde Jurídico, formado por Eryca Rubielly, Letícia Barreto, Lewy Mota e Wasley Marques, que tornaram os meus dias mais incríveis, trazendo para a minha vida doçura e demonstrando que mesmo em tempos que as pessoas vivem tão distantes a amizade pode ser um sentimento de verdade absoluta.

Devo ser ainda grata ao Ulisses Viana, um amigo que entrou na minha vida para me ajudar em diversos aspectos, inclusive comprando livros para um tema de monografia que nem chegou a existir.

Ressalto ainda a importância dos amigos Delfino Silva Gomes e Cláudio Brito por serem sempre prestativos e dispostos a oferecer ajuda.

Agradeço ainda, a Liselle Samanta Vaz, que levarei ao meu lado sempre, compartilhando comigo dessa maneira verdadeira e realista de ver o mundo.

Gratidão a uma pessoa que apareceu recentemente na minha caminhada, mas que me fez andar com mais qualidade e rapidez. Thiago Calandrini, você foi a pessoa que Deus colocou no momento certo em minha vida para me ajudar a enfrentar todos os fantasmas que me cercavam, obrigada por ser luz no final dessa jornada da graduação.

Já agradei anteriormente a essa pessoa por sua amizade, entretanto o Wasley Peixoto nos últimos dois anos passou a ser o parceiro que me acompanha em todos os dias e todas as horas, tornando-as cada vez melhores. Da mesma maneira a sua família, Sirlene Peixoto e Paulo que nunca mediram esforços para me prestar ajuda.

Por fim, agradeço ao meu orientador Hirohito Diego Athayde Arakawa, por ser o melhor exemplo de professor e de pessoa que poderia existir, que atravessou os muros da orientação e pode ter para si o papel de psicólogo e até mesmo de um pai nos momentos em que precisei.

Se o jurista se recusar a aceitar a inovação, que formula um novo modo de pensar, o mundo certamente não dispensará a inovação, dispensará o jurista.

BORRUSO, Renato (1999)

Adaptado

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar como a inovação tecnológica vem causando mudanças não somente na forma de atividades cotidianas da maior parte da população, como também em meio às discussões jurídicas. Tem-se que devido ao advento tecnológico, as formas de proteção implementadas de maneira isolada pelos ramos da Propriedade Intelectual não mais preenchem a necessidade desses bens, pois esses apresentam uma natureza híbrida que aceitam mais de uma forma de proteção sobre o mesmo bem, iniciando assim o fenômeno denominado Sobreposições de Direito da Propriedade Intelectual, havendo como principal exemplo desse feito o *software*, que compreende as proteções de Direitos Autorais, Patente e Marca.

Palavras-chave: Inovação; Sobreposições de direito; *Software*.

ABSTRACT

This work aims to present how innovation has caused changes not only in the form of daily activities of most of the population, but also in the midst of legal discussions. Due to the advent of technology, the forms of protection implemented in isolation by the branches of Intellectual Property no longer fulfill the need for these goods, as they have a hybrid nature that accept more than one form of protection over the same property, starting with Thus the phenomenon called Overlaps of Intellectual Property Law, having as its main example this software that comprises the protections of Copyright, Patent and Trademark.

Keywords: *Inovation; Overlaps; Software;*

LISTA DE SIGLAS

GPL - GENERAL PUBLIC LICENSE

PI – PROPRIEDADE INTELECTUAL

DVD – DIGITAL VERSATILE DISC

VHS - VIDEO HOME SYSTEM

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MIT – MASSACHUSETTS INSTITUTE TECHNOLOGY

INPI – INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

LISTA DE FIGURAS

- Figura 1 – Print de uma publicação realizada pelo *youtuber* Felipe Castanhari.....
- Figura 2 – Marca do *Microsoft Office*
- Figura 3 – Marca do aplicativo *Whatsapp*.....
- Figura 4 – Marca do programa de computador *AutoCad*.....
- Figura 5 – Marca do site de vídeos *Youtuber*.....

Sumário

INTRODUÇÃO	12
2. INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E A QUEBRA DE PARADIGMAS DO <i>STATUS QUO</i>	15
2.2. A INOVAÇÃO E A QUEBRA DE PARADIGMA NO ÂMBITO JURÍDICO.....	18
2.2.1. GENERAL PUBLIC LICENSE – GPL E O MÉTODO DE <i>COPYLEFT</i>	19
2.2.2. DOCTRINA DO <i>FAIR USE</i> E A CRIAÇÃO DO <i>CREATIVE COMMONS</i> . .21	
3. SOBREPOSIÇÕES DE DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	27
4. POSSIBILIDADE DE SOBREPOSIÇÃO DE DIREITOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL APLICADO AO <i>SOFTWARE</i>	32
4.1. DO CONCEITO LEGAL.	32
4.2. DA NATUREZA JURÍDICA COMO DIREITO AUTORAL.....	33
4.3. DA NATUREZA JURÍDICA COMO REGISTRO DE PATENTE.	34
4.4. DA NATUREZA JURÍDICA COMO MARCA.	35
4.5. DA NATUREZA JURÍDICA COMO BEM HÍBRIDO.....	37
CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS	40

INTRODUÇÃO

Em 02 de setembro de 2019 o site Rede Jornal Contábil publicou uma matéria denominada “A Prática da Inovação”¹, demonstrando como as empresas estão implantando recursos tecnológicos em seu dia a dia e também o modo de produção das empresas que trabalham diretamente com tecnologia. Outro ponto demonstrado é que grande parte dos administradores não possuem plano de inovação tecnológica para o seu negócio e, dessa forma, a notícia sugere, para resultados melhores e assertivos, que essas companhias criem ferramentas que facilitem o seu processo de produção e que encontrem soluções mais rápidas para seus clientes.

Diante dessa era de sociedade da informação, tem-se que a tecnologia possui um bem percussor para o seu intenso processo inovativo, o *software*. Nos últimos anos os avanços criados pelos softwares fizeram com que o indivíduo não precise mais ligar para fazer um pedido de um jantar, tendo em vista os aplicativos para esse fim, e muito menos precisam locar filmes em fitas VHS ou DVD’s para assistirem seus filmes preferidos, tudo está a disposição de simples toques em seus smartphones por meio de aplicações com respostas cada vez mais rápidas e que operam em tempo integral.

Assim, a criação de *softwares* vem sendo cada vez mais requisitada pela própria sociedade, para garantir mais facilidade e economia de tempo em seu dia a dia. Com essa postura, os inventores – ou desenvolvedores – de *software* precisam ser muito mais criativos e inovadores para atender à demanda do mercado, entretanto, estes necessitam de proteção pela Propriedade Intelectual. Esta proteção vai depender de qual natureza jurídica for o bem, pois ao analisarmos um maquinário a sua natureza é a Patente, o perfume é o desenho industrial e os livros são de direitos autorais.

A natureza jurídica de proteção tradicionalmente aplicada ao *software* decorre de um dos ramos da Propriedade Intelectual, os Direitos Autorais. No entanto, não se pode afirmar que existe somente este meio para a sua proteção, haja vista que da mesma maneira que a inovação gera mudanças na forma como a sociedade vive, também gera uma inquietude no meio jurídico ao se analisar como bens inovativos

¹ Disponível em: <<https://www.jornalcontabil.com.br/a-pratica-da-inovacao/>>.

altamente complexos podem ser resguardados dentro do que é previsto pela legislação.

Porém, poucas pessoas possuem o conhecimento do instituto de Sobreposições de Direito em Propriedade Intelectual, que consiste em proteger um bem por cumulação de diversos títulos diferentes de propriedade intelectual, propondo dessa forma uma natureza jurídica híbrida. Com isso, questiona-se se a natureza jurídica do *software* seria por Direito de Autor, Patente ou marca, ou se esse bem intangível pode possuir mais de um tipo de proteção enquadrando-se assim no instituto de Sobreposições de Direito.

Desse modo é que nasce o anseio em analisar qual dentre as diversas naturezas jurídicas seria a melhor para a proteção do *software* que já se encontra protegido por Direitos Autorais. Partindo desse pressuposto é que este trabalho possui como hipótese levantada a da natureza jurídica híbrida do *software*, que se beneficia da possibilidade de sobreposição de direitos, buscando demonstrar quais seriam essas formas de cumulação de proteções. Para tanto, adotou-se a metodologia qualitativa, fazendo uso de levantamento bibliográfico e jurisprudencial, com consulta a estudos e pesquisas acerca da proposta da monografia.

Nesse sentido cabe ressaltar que a Propriedade Intelectual tenta manter um status quo enquanto a inovação provoca a mudança forçada desse padrão, razão pela qual desenvolve-se no decorrer do trabalho a análise

O trabalho divide-se em três capítulos. O primeiro capítulo trará uma pequena abordagem acerca de como a sociedade se torna inovadora em detrimento de suas necessidades, demonstrando como a Propriedade Intelectual busca manter o status quo, enquanto a inovação provoca a mudança forçada desse padrão. Não obstante, ainda abordará em suas seções como os autores de *softwares* buscaram maneiras de proteção para suas obras criando mecanismos que as protegiam sem a necessidade de autorização.

Por conseguinte, a segunda parte do trabalho apresenta o que vem a ser Sobreposições de Direitos de Propriedade Intelectual, sua forma de aplicação, quais os tipos de acumulação de direitos existentes, e quando vários tipos de proteção podem ser considerados sobreposições de direito.

Por fim, apresenta-se as diversas formas de natureza jurídica do *software*, e como o modelo do hibridismo é o que melhor possibilita a sobreposição de direitos de propriedade intelectual, demonstrando que devido a sua natureza híbrida esse pode

ser protegido, além de direitos autorais, pelas modalidades de Propriedade Industrial, quais sejam, patente e marca, tendo em vista que as demais proteções não se aplicam ao *software*, como exemplo a proteção de cultivares.

2 INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E A QUEBRA DE PARADIGMAS DO *STATUS QUO*.

A sociedade vive a era da inovação tecnológica! O mundo funciona através das novas invenções que tornam a vida do cidadão mais fácil e ágil e ainda geram lucros para os autores dessas tecnologias revolucionárias.

As inovações tecnológicas fizeram com que todas as informações que antes eram colhidas somente em enciclopédias físicas, hoje podem ser obtidas a partir de um clique nos computadores e até mesmo a um toque, como ocorre nos *smartphones*, veja só o site *Wikipedia* que é uma grande fonte de informações por meio digital, já que permite a inserção de conteúdo por qualquer pessoa e é disponível em diversas línguas.

Até mesmo a distância não é mais um problema, já que a comunicação antes realizada por meio de cartas deram lugar aos *e-mails* e agora as chamadas de vídeo, em que é possível ver em tempo real uma pessoa que está há quilômetros de distância. Outro ponto a ser levantado acerca do encurtamento dos espaços é a possibilidade de se obter até mesmo um diploma de graduação de uma universidade de outro estado, ou até outro país, através do método de Educação a Distância – EAD.

Com o avanço tecnológico crescendo de forma bastante rápida, fez com que houvesse a quebra de paradigmas no meio econômico: o surgimento das empresas trilionárias. Em 2018, a revista *Infomoney* apresentou a seguinte manchete “Amazon² se torna a segunda companhia dos EUA a valer US\$ 1 trilhão”³, na publicação ainda informa que a empresa *Apple*⁴ chegou ao mesmo valor semanas antes, tal valor de uma empresa era impensável antes do advento tecnológico, pois chegaram a esse patamar devido os seus investimentos em tecnologia, como o desenvolvimento de *software*.

A inovação tecnológica rompeu barreiras, e essa quebra de *status quo* coloca a proteção das novas invenções por intermédio da Propriedade Intelectual - PI em risco, haja vista a PI não mais suportar a tutela desses bens jurídicos. Todos os meios

² Amazon.com, Inc. é uma empresa transnacional de comércio eletrônico dos Estados Unidos, com sede em Seattle, estado de Washington. Foi uma das primeiras companhias com alguma relevância a vender produtos na Internet.

³ Revista Infomoney. Amazon se torna a segunda companhia dos EUA a valer US\$ 1 trilhão. Publicada em setembro de 2018. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/negocios/grandes-empresas/noticia/7601462/amazon-se-torna-a-segunda-companhia-dos-eua-a-valer-u-1-trilhao>>.

⁴ é uma empresa multinacional norte-americana que tem o objetivo de projetar e comercializar produtos eletrônicos de consumo, software de computador e computadores pessoais.

inovativos até aqui apresentados são realizados através de *softwares*, que é exemplo de um bem jurídico que não está recebendo a proteção legislativa mais favorável, devido a sua natureza apresentar-se altamente complexa, colocando assim o pensamento jurídico em xeque⁵ ao tentar estabelecer a forma adequada de se proteger o *software*.

Posto isso, ressalta-se ainda que até mesmo as compras se tornaram muito mais fáceis, já que também podem ser feitas do conforto da própria casa do consumidor, bastando que possua um computador ou celular e acesso à internet, dando fim a ideia de necessidade de empresas comercializarem produtos de outros fornecedores.

2.1. A INOVAÇÃO E A QUEBRA DE PARADIGMAS NO MERCADO.

O mercado encontra-se em constante movimento, tais mudanças advêm do que o economista Joseph Schumpeter denomina de Destruição Criativa, termo utilizado em seu livro *Capitalismo, Socialismo e Democracia* (1961), que consiste em afirmar que sempre haverá inovação, haja vista, que serão criados novos produtos ou novas formas de serviço que causarão uma mudança econômica. Dessa maneira, sempre existirá uma nova forma de mercado, exemplos das alterações da forma de funcionamento do mercado serão apresentadas no decorrer do presente capítulo.

À vista disso, tem-se que as mudanças tecnológicas estão criando uma sociedade complexa, tendo em vista a ocorrência de um novo mercado conhecido como *business-to-consumer* (B2C), que consiste no comércio efetuado diretamente entre a empresa produtora, vendedora ou prestadora de serviços e o consumidor final. Antes da implementação do B2C o mercado regia-se pelo *business-to-business* (B2B), ou seja, o comércio era realizado entre empresas, logo com a incidência do B2C não há mais a necessidade de haver uma empresa que forneça os produtos de uma outra que realiza a produção, eliminando assim a intermediação entre produtor e consumidor.

Observa-se que a figura do intermediário desaparece com esse novo modelo, dando lugar aos *softwares* que produzem um processo de desmaterialização. Esse processo faz com que ocorra a implementação de novas tecnologias como a

⁵ Movimento do jogo de xadrez que significa colocar a peça principal (o rei) em risco.

*Blockchain*⁶, por meio dela o acesso a produtos será ainda mais seguro, tornando ainda mais rentável o mercado B2C. Depreende-se então que os criadores não mais dependem de um intermediário para que sua obra atinja a sociedade e nem mais de materiais tangíveis, tendo em vista que tudo está ao alcance de um toque, basta observar as plataformas de *streaming*⁷, como *Netflix* ou *Spotify*.

A inovação pode ser observada nas maneiras em que a sociedade encontra para tornar o seu rendimento, tanto de tempo como monetário, ainda maiores. À exemplo do *Tecno Brega* no Estado do Pará, em que a inovação foi basilar para o desenvolvimento dessa nova forma de mercado, conforme apresentado no documentário *Good Copy Bad Copy*, dirigido pelos dinamarqueses Andreas Johnsen, Ralf Christensen e Henrik Moltke, lançado no ano de 2007,

O documentário apresenta que o *tecno brega* modificou toda a ideia do mercado da música a partir de 2001. Este novo estilo de música nasceu, como dito pelo DJ Beto Metralha no documentário suprarreferenciado, com o intuito de diminuir os custos das gravações de música. O baixo custo ocorria por não mais haver a necessidade de utilizar instrumentos, já que começou-se a usar a técnica de *sampleamento*⁸, realizada por programas de computador.

⁶ é um sistema de armazenamento de dados compartilhado e descentralizado (ou seja, sem um controle central como uma empresa ou um órgão governamental) que cresce conforme novos dados são inseridos e validados, por meio de criptografia robusta, por entidades virtuais conectadas em rede. Essa conexão se estabelece por meio de arquivos (instalados em servidores ou mesmo no seu computador) que se alteram igualmente, em rede, a cada transação feita na Blockchain – num mecanismo baseado em criptografia robusta e compartilhamento em rede que garante segurança a todos os envolvidos. “A Blockchain atua como um juiz numa partida de futebol, permitindo aos demais presentes em campo jogar”, compara Brian Behlendorf, diretor executivo da Hyperledger, iniciativa da Linux Foundation focada em Distributed Ledger Technology (DLT), nome “científico” do Blockchain. (ZANELATO, E. 2018)

⁷ A transmissão contínua, também conhecida por fluxo de média ou fluxo de mídia é uma forma de distribuição digital, em oposição à descarga de dados. A difusão de dados, geralmente em uma rede através de pacotes, é frequentemente utilizada para distribuir conteúdo multimídia através da Internet.

⁸ Observe que as técnicas utilizadas surgem através de software, conforme explica o site Planeta Música. “Sample, em inglês, significa “amostra”. Quando usamos um sample de guitarra por exemplo, estamos adicionando à composição uma amostra de sons tocados na guitarra. Esta amostra é gravada previamente e salva em formato WAV, ficando armazenada nos chamados samplers (**atualmente composto por hardware e software**) e disponível para edição de seu conteúdo sonoro. O sample não se limita apenas a gravações de instrumentos reais. Muitos produtores utilizam trechos de outras músicas, ou apenas algum elemento da faixa como baixos ou instrumentos de sopro por exemplo. Este trecho é recortado e executado digitalmente em loop dentro de uma nova composição, composta de arranjos editados e gravados formando uma nova música. Diferente do remix, o sample é como o recorte de algum trecho de determinada música, usado para criar uma nova melodia com uma nova roupagem do som. Já o remix se utiliza da mesma estrutura sonora da música original, e cria uma nova versão da mesma composição.” (grifo nosso)

Além de toda a forma como foi criado, suas inspirações, técnicas e estilos, o que cabe evidenciar é o modelo de negócio utilizado. Sabe-se que a maioria dos produtores musicais cresce economicamente através de seus direitos autorais, entretanto o *tecno brega* trouxe uma nova forma de lucro, uma vez que o artista não possui exclusividade sobre a obra, logo o direito autoral não constituiu fonte de renda (BARROS, 2010).

No caso do *tecno brega* não há o ganho com a obra original, mas sim com a criação de um novo mercado: a apresentação das aparelhagens. Essas apresentações são carregadas de efeitos tecnológicos, com telões gigantes e com a performance dos Dj's. E são das apresentações que se obtém lucro, pois é cobrada a entrada das pessoas nas festas.

Ocorre que a disseminação cultural desse novo estilo musical tem como principal gerador a incorporação do comércio informal, pois é através dele que se traz público para as festas de aparelhagem (BARROS, 2010). É repassada aos distribuidores informais uma única cópia das faixas produzidas, e esses agentes reproduzem em Cd's e DVD's, que repassam para os vendedores ambulantes, que vem a ser o material de divulgação das bandas e produtores de *tecno*. Assim é que nasce o mercado de intermediários que são o alicerce da popularidade das bandas e Dj's.

A grande discussão que cresce em torno da inovação tecnológica decorre da doutrina jurídica que vem encontrando dificuldades para protegê-las, haja vista que os meios existentes não se adequam à natureza jurídica dessas criações e muito menos à necessidade de seus desenvolvedores e usuários. Por conta disso, é que a própria sociedade começou a moldar-se e criar meios para que as novas tecnologias, em especial a do *software*, sejam utilizadas de modo a atender aos requisitos necessários para a sociedade informacional. Esse é o caso do advento das proteções denominadas General Public License – GPL, que utiliza o método de *Copyleft*, e o *Creative Commons* que nasce a partir da doutrina do *fair use*.

2.2. A INOVAÇÃO E A QUEBRA DE PARADIGMA NO ÂMBITO JURÍDICO.

Conforme visto na seção anterior, as mudanças no meio tecnológico avançaram muito rápido e trouxeram alterações no modo de agir e consumir de toda

a sociedade, de forma que todos tiveram que se adequar aos novos moldes da Era da Informação. A adaptação em meio a inovação também atingiu o ordenamento jurídico, haja vista que as leis não conseguiram caminhar de mãos dadas com a renovação da tecnologia, criando vários obstáculos referentes a proteção dessas novas invenções.

Não foi diferente com relação a Inovação e a Propriedade Intelectual, pois devido à grande dificuldade para se adequar as novas tecnologias às leis de proteção existentes, iniciou-se um processo de criação de meios que protegeriam essas criações, em especial os *softwares*, sem fugir do que já era previsto na legislação. Muito se discutiu a respeito de como seria a forma ideal de se proteger esses bens, pois a natureza destes até mesmo abarcavam mais de um tipo de proteção - que é denominado de sobreposições de direitos, tema central deste trabalho.

À exemplo as criações da *General Public License* (GPL) que segue o método de *Copyleft* e o *Creative Commons*, que precisaram ser implementadas para quebrar o *status quo* da legislação de PI. Nos tópicos seguintes será apresentado como iniciaram essas formas de proteção, bem como é realizada a sua aplicação.

2.2.1. General Public License – GPL e o Método de Copyleft.

Nos anos 70 havia um costume de cooperação entre os desenvolvedores de *software*, pois eles acreditavam que a rotatividade de conhecimento faria com que a tecnologia evoluísse cada vez mais. Essa era uma política pregada no MIT⁹, em que estudava Richard Stallman, que fundaria a *Free Software Foundation* – FSF anos mais tarde.

Acontece que em 1980 a política de colaboração começou a mudar no MIT. O laboratório resolveu adquirir pela primeira vez um sistema de *software* patenteado¹⁰, que exigia um acordo de confidencialidade, o que foi muito criticado por Stallman, já

⁹ Instituto de Tecnologia de Massachusetts é uma universidade privada de pesquisa localizada em Cambridge, Massachusetts, Estados Unidos.

¹⁰ Patente de Invenção é um título de propriedade industrial, sobre invenção ou modelo de utilidade. Através dela que o criador garante segurança à sua invenção quando decide negociar sua tecnologia para ser aplicada em algum setor industrial (AMADEI; TORKOMIAN, 2009). Na mesma linha, Jungmann (2010) esclarece que a patente nada mais é que um título de propriedade temporária concedido pelo órgão regulador. A Patente, ou também carta patente, é concedida no Brasil pelo Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI.

que este observou que o “primeiro passo para usar o computador era prometer não ajudar o seu próximo”¹¹.

Nesse mesmo laboratório, havia uma impressora que sempre estava com problemas, por conta disso, Stallman, que possuía o código fonte da máquina, alterou o programa para que enviasse um *e-mail* aos usuários quando a impressora não estivesse em condições para uso. Tempo depois, o Laboratório do MIT resolveu adquirir uma nova impressora de marca Xerox, logo Stallman quis implementar na nova copiadora o seu código que alertava sobre problemas que poderiam vir a existir na máquina.

Dessa maneira, Stallman resolveu entrar em contato com o laboratório que possuía o código fonte do driver da impressora, e a pessoa que o atendeu recusou-se a fornecê-lo para alteração pois tinham o compromisso de não divulgá-lo. Stallman, diante disso entendeu que o software de propriedade privada era ruim, logo deveria haver uma luta para que os *softwares* fossem livres.

Com todos esses acontecimentos, em 1984, Richard Stallman decide sair do MIT para desenvolver o GNU, que tem como objetivo “dar aos usuários liberdade” mas isso necessitaria da utilização de “termos de distribuição que impediriam o software GNU de ser transformado em software privativo”¹². Em 1985, Stallman publicou um manifesto no *Dr. Dobb's Journal*¹³, expressando o seguinte:

Considero que, seguindo a Regra de Ouro, se eu gosto de um programa, devo compartilhá-lo com outras pessoas que gostam dele. Os vendedores de software querem dividir os usuários e conquistá-los, fazendo com que cada usuário concorde em não compartilhar com os outros. Eu me recuso a romper a solidariedade com os demais usuários dessa maneira [...]. Depois que o GNU estiver escrito, todo mundo poderá obter um bom sistema de software livre, tal como o ar.¹⁴ (STELLMAN, O manifesto GNU, [1998?])

Desse modo, foi desenvolvido um método de licença denominado *General Public License- GPL* que se utiliza do modelo de *Copyleft*, que “usa a lei de direitos

¹¹ Stallman, Richard. The GNU Project. GNU. Disponível em: <<https://www.gnu.org/gnu/thegnuproject.html>>.

¹² Stallman, Richard. The GNU Project. Disponível em: <<https://www.gnu.org/gnu/thegnuproject.html>>.

¹³ *O Dr. Dobb's Journal (DDJ)* era uma [revista](#) mensal publicada nos [Estados Unidos](#) pelo [UBM Technology Group](#), parte do [UBM](#). Ele cobriu tópicos destinados a [programadores de computador](#). Quando lançado em 1976, o DDJ foi o primeiro periódico regular focado em software de microcomputador, e não em hardware. Nos últimos anos de publicação, foi distribuído em PDF mensalmente, embora a principal entrega *do* conteúdo *do* *Dr. Dobb* fosse pelo site da revista. A publicação foi encerrada no final de 2014, com o site arquivado continuando disponível online. (Fonte: Wikipedia)

¹⁴ Stallman, Richard. O Manifesto GNU. Disponível em: <<https://www.gnu.org/gnu/manifesto.html>>.

autorais¹⁵, mas a inverte para servir ao oposto do seu objetivo usual: em vez de um meio para restringir o programa, ela se torna um meio para manter o programa livre.”¹⁶. Deve-se asseverar que esse método utilizado se fez necessário devido a necessidade de se seguir as regras impostas pela lei de direitos autorais, logo

A ideia central do *copyleft* é que damos a todos a permissão para executar o programa, copiar o programa, modificar o programa, e distribuir versões modificadas — mas não a permissão para adicionar restrições por conta própria. Assim, as liberdades fundamentais que definem o “software livre” são garantidas a todos aqueles que tem uma cópia; elas se tornam direitos inalienáveis. (STELLMAN, The GNU Project, [1998?])

As licenças de *copyleft* também são conhecidas como licenças virais, pois a partir do momento que “qualquer trabalho derivado de outro sob a licença *copyleft* são, por obrigatoriedade, regidos pela mesma quando distribuídos”¹⁷. Logo, torna o método de inovação muito mais célere, pois vem a subverter a ideia da Propriedade Intelectual de estar sempre necessitando de autorização, que é um processo bastante demorado devido aos requisitos legislativos, para alterar e/ou utilizar um *software*.

2.2.2. Doutrina do *Fair Use* e a Criação do *Creative Commons*.

Na era de vídeos do *Youtube*¹⁸, 9 entre 10 brasileiros utilizam a plataforma para estudar. Estes dados foram levantados pelo *Google* através da pesquisa denominada *Video Viewers*: como os brasileiros estão consumindo vídeos em 2018¹⁹.

Assim sendo, os criadores de conteúdo geralmente precisam resgatar recortes de imagens de grandes produtoras, como exemplo a *Discovery Chanel*, para construir seus vídeos educativos, pois dificilmente um criador de conteúdo iniciante possui recursos para produção de seus filmes direcionados ao *Youtube*.

¹⁵ A propriedade autoral, ou direitos autorais, é aquela que visa proteger o “criador de uma obra intelectual, bem como garantir a este a exposição, disposição e exploração econômica dessa obra, permitindo, ainda, que impeça o uso não autorizado de sua obra por terceiros”¹⁵. No Brasil a lei que regula a propriedade autoral é a de número 9.610/98. (ALMEIDA; DEL MONDE; PECK,2012, p.15)

¹⁶ Stallman, Richard. The GNU Project. GNU. Disponível em: <<https://www.gnu.org/gnu/thegnuproject.html>>.

¹⁷ Stallman, Richard. The GNU Project. GNU. Disponível em: <<https://www.gnu.org/gnu/thegnuproject.html>>.

¹⁸ YouTube é uma plataforma de compartilhamento de vídeos com sede em San Bruno.

¹⁹ Google. **Video Viewers**: como os brasileiros estão consumindo vídeos em 2018. Disponível em: <<https://www.michaeloliveira.com.br/wp-content/uploads/2017/10/Video-Viewers-2017-Brandcast-Press-Event.pdf>>.

Ocorre que diante da legislação que protege os Direitos Autorais, a plataforma em comento cancela a monetização dos vídeos que contêm conteúdo retirado de algum programa televisivo, o que também acontece são as solicitações de grandes produtoras, como a *FOX*, para que essas postagens sejam retiradas do ar, pois ferem os seus direitos. Na imagem a seguir temos o descontentamento, por meio da rede social *twitter*, do *youtuber*²⁰ Felipe Castanhari, produtor do canal Nostalgia, ao ter perdido sua monetização ao criar um vídeo de história do antigo Egito por utilizar por 15 segundos conteúdo que não era original de seu canal:

Figura 1: Publicação de Felipe Castanhari no twitter.



Fonte: Página do Twitter de Felipe Castanhari²¹.

Logo, diante de tais medidas do *Youtube*, canais que levam conteúdo educacional para seus inscritos²² acabam por ficar desmotivados em continuarem com a sua criação, conforme podemos ver no caso acima. Outro momento emblemático a ser levantado é o da produção do documentário sobre o Ciclo de Peças de Wagner.

²⁰ Nomenclatura dada as pessoas que criam conteúdo para a plataforma *Youtube*.

²¹ Disponível em: <<https://twitter.com/fecastanhari/status/1073631480599982081>>

²² Termo utilizado para as pessoas que se inscrevem nos canais do *youtuber* para acompanhar seus canais preferidos.

Essa produção, foi dirigida pelo cineasta Jon Elen, e tinha como foco apresentar como eram os contra-regras²³ da Ópera de São Francisco. Em uma das cenas que estavam sendo gravadas enquanto alguns contra-regras estavam jogando damas, na televisão que existia no canto da sala estava passando a animação “Os Simpsons”²⁴, o produtor logo pensou que apresentar o que passava na tela passaria ao telespectador o quanto era especial aquele momento nos bastidores da ópera. (LESSING, 2004, p. 85).

Diante da vontade de ter essa cena em seu documentário, Jon Elen resolveu ir em busca de autorização para reproduzi-la em seu documentário, entretanto depois de falar com os idealizadores da série animada e com o canal de televisão que a produzia, recebeu a resposta de que para ter aquele vídeo de 4 segundos e meio em sua obra era necessário o pagamento de dez mil dólares. Resultou-se que Elen preferiu editar o vídeo e não mais utilizar a imagem de “Os Simpsons” devido ao alto custo que lhe cobraram.

Com essas questões ocorrendo no meio de criação para educação foi que surgiu nos Estados Unidos a doutrina do *fair use*²⁵, que se trata de utilizar uma cópia de um material protegido por direitos autorais, sem necessitar da permissão do autor²⁶, com o intuito de comentar, parodiar ou criticar. (NAGANO, 2015, p.2). Portanto, a doutrina do *Fair use* segue a ideia de cultura livre, em que todos podem fazer uso de materiais produzidos por terceiros desde que seja para uso transformador.

Aponta-se que a não necessidade de autorização não é regra para o *fair use*, pois essa doutrina se adequa aos moldes jurídicos, ou seja, não deixa de ser um modo

²³ Segundo Lessing (2004, p. 85) “Os contra-regras são uma parte divertida e colorida de uma ópera. Durante uma apresentação, eles ficam nos bastidores e na sala da iluminação. Eles fazem um contraste perfeito com a arte em cena.”.

²⁴ “Esta comédia animada de enorme sucesso gira em torno da família de mesmo nome que mora na cidade de Springfield, em um estado americano sem nome. O pai, Homer, não é um típico homem de família. Empregado de uma usina nuclear, ele faz o melhor para comandar sua família, mas frequentemente se vê comandado. A família inclui ainda a carinhosa mãe de cabelo azul Marge, o filho encrenqueiro Bart, a talentosa filha Lisa e a bebê Maggie. Outros moradores de Springfield incluem o vizinho religioso da família, Ned Flanders, o médico, Dr. Hibbert, o bartender Moe e o chefe de polícia Clancy Wiggum.” Fonte: Wikepedia. Disponível em:<https://pt.wikipedia.org/wiki/Os_Simpsons>.

²⁵ Termo em inglês que significa em tradução literal significa “uso justo”.

²⁶ Lessig (2014, p. 88) tece uma crítica ao dizer que em tese ao utilizar o *fair use* não seria necessária a permissão, entretanto não vem sendo implementado na forma do entendimento doutrinário. “uso justo significa que você não precisa de permissão. A teoria portanto apóia a cultura livre e vai contra uma cultura de permissão. Mas na prática o uso justo funciona de forma completamente diferente. As linhas difusas da lei, combinadas com as penalidade à qual se está sujeito quando se cruza elas, significa que o efetivo nível de uso justo para a maioria dos criadores é modesto. A lei é o seu braço direito, mas a prática inutilizou esse braço.”

de proteção, a diferença é que o autor indica para quais fins a sua obra poderá ser utilizada, o que não cancela a necessidade de solicitação desta para o uso. Dessa maneira, cabe a pessoa que for utilizar a criação que obtenha a licença para o uso dentro de seus moldes em razão das possíveis penalidades que possa vir a sofrer se o uso não for enquadrado como justo, haja vista que esse tipo de licença segue os moldes de proteção da Propriedade Intelectual.

Dentro do pensamento de uso justo, que ainda assim necessita de pedido para sua utilização, surge a licença denominada *Creative Commons*, de autoria de Lawrence Lessig. De acordo com o autor, a inovação não precisa de proteção jurídica, já que em sua visão esta segurança impede o processo inovativo.

De acordo com o autor, a *Disney* implementou o que seria a maior revolução dos desenhos animados da época, a inclusão de áudio, porém o uso de áudio em vídeos foi primeiramente utilizado um ano antes no filme intitulado *The Jazz Singer*²⁷. Nota-se então que sua ideia dita revolucionária não se enquadra em uma criação original, pois a inspiração adivinha sempre de alguma produção que já havia sido realizada, o que o autor denomina como “empréstimo”. Em vista disso é que Lessig (LESSIG, 2004, p. 22.) afirma que a “Disney sempre foi uma imitadora dos recursos mais importantes dos principais filmes de seu tempo”.

Com a ideia de demonstrar que a inovação é alcançada a partir de algo já criado, demonstra-se o caso dos *Doujinshi*, que são *mangás* – quadrinhos japoneses -, que são cópias de *mangás* já existentes, entretanto estes devem apresentar contribuições a história, sejam elas sutis ou significativas. Porém tal prática é ilegal, pois a legislação japonesa que protege as criações de seus autores, entretanto não há fiscalização dessa prática, pois acredita-se que é essa atividade que faz a produção de *mangá* prosperar.

No que concerne aos *softwares*, apresenta-se o Sistema de Busca de Jesse, que foi criado através do uso do “sistema de arquivos da *Microsoft* para construir um índice de todos os arquivos disponibilizados dentro da rede do Instituto Politécnico

²⁷ “**The Jazz Singer (O Cantor de Jazz)** é um filme musical estadunidense de 1927, dirigido por Alan Crosland, considerado como o primeiro longa com falas e canto sincronizado a um disco de acetato — desde então, os filmes mudos foram perdendo a vez para os falados, ou *talkies*, que se tornaram a grande novidade. [...] *The Jazz Singer* foi produzido pela *Warner Bros.* com o sistema sonoro *Vitaphone*. Al Jolson, famoso cantor de jazz da época, canta várias canções no filme, dirigido por Alan Crosland. A história é baseada numa peça de mesmo nome, um grande sucesso da *Broadway* em 1925, remontada em 1927, com George Jessel no papel principal. Foi um dos primeiros filmes a ganhar o Oscar, dividindo a premiação especial com *O Circo*, de Charlie Chaplin” (*The Jazz Singer*, Wikipédia, Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/The_Jazz_Singer).

Rensselaer (sigla em inglês RPI)²⁸. Esse sistema já existia anteriormente, mas Jesse Jordan²⁹ o alterou realizando a correção de um *bug*³⁰. O sistema de Jesse entrou em operação, e ele começou a melhorá-lo, chegando até mesmo a ser possível incluir músicas nesses arquivos.

Então, em abril de 2003, Jesse Jordan recebeu a notícia de que seria processado pela associação da Indústria Musical da América – RIAA. Jesse relatou que não imaginava que a criação de seu sistema era ilegal, mas RIAA acusou-o de pirataria, exigindo dele o pagamento indenizatório de 15 milhões de reais. A Indústria Musical da América queria que Jesse aceitasse uma ordem judicial que o impediria de trabalhar em vários ramos da tecnologia pelo resto de sua vida. Com isso, em 23 de junho de 2003, Jesse entregou todas as suas economias a um advogado da RIAA, e após isso se transformou em um ativista que luta pelos direitos de *software* livre.

Diante da ideia de que a inovação não necessita de meios de proteção para obter crescimento é que surge a *Creative Commons*, uma empresa sem fins lucrativos, com sede em *Massachusetts*, mas com sua base estando na *Stanford University*.

A *Creative Commons* possui como objetivo “construir uma camada de *copyright*³¹ racional em cima dos extremos que atualmente regem o debate”,³² ou seja, tem como finalidade criar um meio de proteção³³ que seja mais flexível,

²⁸ “A RPI é uma das instituições de pesquisa tecnológica mais respeitadas da América. ela oferece graduações em campos que variam de arquitetura e engenharia até ciências da informação. Mais de 65% de seus cinco mil graduandos terminaram seus cursos de segundo grau entre os 10% melhores. A escola é, portanto, uma mistura perfeita entre talento e experiência para imaginar, e então construir, uma geração para a era das redes. A rede de computadores da RPI liga estudantes, professores, e a administração uns com os outros. Ela também liga a RPI à Internet. Nem tudo que está disponível na rede da RPI está disponível na Internet. Mas a rede foi desenvolvida para dar acesso aos estudantes para a Internet, assim como um acesso mais direto a outros membros da comunidade da RPI.” (LESSIG, 2004, p. 43)

²⁹ Jesse Jordan, de Oceanside, Nova Iorque, foi aluno do Instituto Politécnico Rensselaer - RPI, em Troy, Nova Iorque.

³⁰ Defeito, falha ou erro no código de um programa que provoca seu mau funcionamento.

³¹ Termo em inglês para Direitos Autorais.

³² Lessig, 2004, p. 253.

³³ A *Creative Commons* possui seis tipos de licença, quais sejam: 1. Atribuição (CC BY), que “permite que outros distribuam, remixem, adaptem e criem a partir do seu trabalho, mesmo para fins comerciais, desde que lhe atribuam o devido crédito pela criação original.”; 2. Atribuição-CompartilhaIgual (CC BY-AS) que “permite que outros remixem, adaptem e criem a partir do seu trabalho, mesmo para fins comerciais, desde que lhe atribuam o devido crédito e que licenciem as novas criações sob termos idênticos. Esta licença costuma ser comparada com as licenças de software livre e de código aberto “copyleft”. Todos os trabalhos novos baseados no seu terão a mesma licença, portanto quaisquer trabalhos derivados também permitirão o uso comercial. Esta é a licença usada pela Wikipédia[...]”; 3. Atribuição-SemDerivações (CC BY-ND) que “permite que outras pessoas reutilizem o trabalho para qualquer finalidade, inclusive comercialmente; no entanto, não pode ser compartilhado com outras pessoas de forma adaptada e o crédito deve ser fornecido a você. 4. Atribuição-NãoComercial (CC BY-NC) que “permite que outros remixem, adaptem e criem a partir do seu trabalho para fins não comerciais, e embora os novos trabalhos tenham de lhe atribuir o devido crédito e não possam ser

diferentemente dos meios de proteção existentes no ordenamento jurídico. No caso do Brasil temos a Propriedade Intelectual e nos Estados Unidos o *Copyright*.

Com isso, a licença *Creative Commons* torna o criador o implementador das regras para a utilização da sua invenção, não necessitando mais das imposições das leis vigentes, pois quando a rigidez é exacerbada para a utilização de uma obra, há o impedimento do avanço da inovação e da criatividade, como no caso do documentário de Jon Elen.

A partir da adoção da proteção do *Creative Commons* é possível que se crie a partir do que já existe, como no caso da *Disney* ou dos *Doujinshi*, conforme já relatado acima. Nesse sentido, é o entendimento de Lessig (2004), ao explicar que

Isso é feito para tornar fácil às pessoas construírem em cima do trabalho dos outros, para tornar simples aos criadores expressarem a liberdade para outros pegarem e construírem sobre suas obras. Marcações simples³⁴, ligadas a descrições compreensíveis pelas pessoas, ligadas a licenças bastante fortes, tornam isso possível. (LESSIG, 2004, p. 253)

Evidencia-se que este novo meio de aplicar os direitos autorais não é para destruí-lo, mas sim buscar uma nova forma de pensá-lo, garantindo liberdade para os autores e criadores, e ainda fazer com que exerçam seus direitos de maneira mais flexível e barata. Segundo Lessig (2004), essa maneira de entender os direitos autorais permitirá que a inovação seja difundida com mais facilidade.

Com isso, podemos concluir que uma criação intelectual pode conter vários tipos de proteção, dependendo da vontade de seu criador e da sua visão acerca do que é e como ocorre a inovação. Diante de tais aspectos é que se inicia o novo capítulo desta monografia que irá discorrer acerca das diversas maneiras de proteger um determinado bem imaterial protegido por PI, ao mesmo tempo, ou não. Esse meio de proteção é conhecido como Sobreposição de Direitos.

usados para fins comerciais, os usuários não têm de licenciar esses trabalhos derivados sob os mesmos termos.”; 5. Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual (CC BY-NC-SA) que “permite que outros remixem, adaptem e criem a partir do seu trabalho para fins não comerciais, desde que atribuam a você o devido crédito e que licenciem as novas criações sob termos idênticos.” , e por fim 6. Atribuição-SemDerivações-SemDerivados (CC BY-NC-ND) que “é a mais restritiva das nossas seis licenças principais, só permitindo que outros façam download dos seus trabalhos e os compartilhem desde que atribuam crédito a você, mas sem que possam alterá-los de nenhuma forma ou utilizá-los para fins comerciais.” Fonte: *Creative Commons*. Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/?lang=pt_BR>.

³⁴ Ao indicar que essas marcações seriam simples, não é pelo fato de ser algo mais frágil, mas sim que não se precisa de intermediários ou advogados para garantir a proteção do desenvolvedor do conteúdo/obra, pois as suas criações seriam livres para o uso de quem desejasse.

3. SOBREPOSIÇÕES DE DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL.

Há um desafio enorme, devido a inovação tecnológica, de indicar qual meio de proteção³⁵ jurídica de Propriedade Intelectual³⁶ é o mais adequado para essas criações, pode-se até mesmo dizer que o meio apresentado pela legislação atual é “incompatível com o novo paradigma da ciência”. (MEDEIROS, 2017, p. 304).

A partir do momento em que se observa que existem várias formas de proteger um mesmo bem, já que este se adequa à várias categorias previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro, é que nasce o conceito de Sobreposições de Direitos. Medeiros (2017, p. 304) ainda demonstra que essa sobreposição pode ter outras nomenclaturas³⁷ na literatura como “cumulação, acumulação, interpenetração, concorrência ou empilhamento, e, em vários trabalhos, é conectado ao tema da convergência”.

Desse modo, Sobreposições de Direitos nada mais é que “proteger uma mesma matéria ou objeto de um bem intelectual por diversos títulos diferentes de propriedade intelectual, isto é, sob uma mesma manifestação ou função de um bem incide mais de um monopólio legal.” (MEDEIROS, 2017, p. 304).

No mesmo sentido é o entendimento de Derclay e Leistner (2010, p. 3, tradução do autor) ao considerar que se entende “por sobreposição, (ac) cumulação ou acumulação, queremos dizer a situação em que dois ou mais meios de proteção intelectual se aplicam ao mesmo objeto físico, onde eles têm parcial ou totalmente o mesmo assunto legal. ”.

De maneira mais didática, explica Sousa e Silva

Quando dois direitos de PI protegem a mesma 'manifestação', seja um programa de computador, um banco de dados original ou a forma de um produto, isso resulta na chamada sobreposição de proteção de direitos de propriedade intelectual, também chamada de acumulação objetiva

³⁵ A Constituição Federal de 1988 protege as invenções como um direito fundamental, expressa o art. 5º, XXIX que “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

³⁶ A propriedade intelectual abrange os direitos relativos às invenções em todos os campos da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, de comércio e de serviço, aos nomes e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal, às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas, interpretes, às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, bem como os demais direitos relativos à atividade intelectual no campo industrial, científico, literário e artístico. (Disponível em: <<http://www.abpi.org.br>>; Acesso em 14 de ago de 2019.)

³⁷ *Overlapping* é o termo em inglês para sobreposições de direitos.

(acumulação referente ao mesmo objeto). (SOUSA E SILVA, 2014, p. 18, tradução do autor)

Esse fenômeno de Acumulação de Direitos de PI já vem sendo discutido pelo poder judiciário internacional. Desse modo, Porto (2015, p. 96-97) apresenta vários casos de aplicação da tese de sobreposições de direito, dentre eles o da *Warner Bros. Entm't v. Global Asylum* envolvendo cumulação de Direitos Autorais e Marca em que tese de sobreposições de direito foi aceita, vejamos

Warner Bros. Entm't v. Global Asylum, Inc., No. CV 12 - 9547 PSG (CWx), 2012 U.S. Dist: Warner Bros propôs uma ação judicial pedindo que o Juízo proferisse uma ordem de restrição para impedir o lançamento direto para DVD, bem como distribuição e exibição, pela produtora Global Asylum, do filme *mockbuster "Age of the Hobbit—Before There Was Man"*. O filme trata-se de uma paródia do filme "The Hobbit" produzido pela Warner. A produtora Asylum é conhecida por produzir filmes de muito baixo orçamento, tendo como base o roteiro de filmes de grande bilheteria, mas nos quais as histórias, atores, cenários são modificados e caricatos. Tais filmes são chamados pela empresa de "crappy films", ou seja, filmes ruins. A Warner, ciente de que suas chances de êxito na demanda seriam baixas se alegasse somente os direitos autorais da empresa sobre o título do filme "The Hobbit", alegou em sua peça inicial também a violação da marca "The Hobbit" registrada em nome da empresa para diversas classes de produtos. Com relação à violação marcária, a Warner alegou que o uso pela Asylum da marca The Hobbit em seu filme confundiria as pessoas que assistissem o filme, e levaria o público a pensar que se tratava de um filme da Warner. A alegação da Warner de violação marcária foi aceita e a Asylum foi impedida de utilizar o nome Hobbit em seu filme. Posteriormente o filme veio a ser lançado com o nome "The Lord of the Elves".

Já no segundo caso que tinha como envolvidos *Klinger v. Conan Doyle Estate*, a tese de cumulação não prosperou, conforme apresentado a seguir

Klinger v. Conan Doyle Estate, Ltd., US 7th Cir. June 16, 2014 as written by Jude Richard Posner. Objeto: Os direitos sobre as primeiras obras de autoria de Conan Doyle (falecido em 1930), nas quais o personagem Sherlock Holmes aparece, já se encontram em domínio público. Entretanto, os herdeiros do autor se insurgiram contra a o Editor Leslie Klinger que estava para publicar uma antologia sobre as obras com o personagem. Os herdeiros exigiram o pagamento de direitos autorais pela utilização do personagem alegando direitos cumulados subsequentes relativo às obras cuja data de criação ainda estava dentro do prazo de tutela pelo direito autoral. Após ameaças concretas dos herdeiros no sentido de impedir, inclusive na justiça o uso das obras, Klinger se viu obrigado a propor ação declaratória de não violação de direitos de exclusiva e de reconhecimento do domínio público das obras. Os autores perderam em primeira instância, mas recorreram argumentando que as características do personagem não poderiam ser divididas em aspectos protegidos ou não protegidos. Alegaram ao juízo que permitir que terceiros utilizem em outras obras de forma livre o personagem com somente parte de suas características acarreta a alteração nas características intrínsecas do personagem criado por Doyle. Os argumentos dos herdeiros não prosperaram. O juízo entendeu indevida a requerida cumulação subsequente de direitos em detrimento do direito principal em domínio público. (PORTO, 2015, p. 96-97)

Acentua-se que o maior problema encontrado dentro das Sobreposições de Direito é identificar quando o fenômeno ocorre. Sabe-se que a acumulação ocorre quando dois ou mais meios de proteção intelectual se aplicam ao mesmo objeto físico ou bem incorpóreo, entretanto se este possuir “diversas manifestações e cada uma delas atrair um tipo diverso de direito de propriedade intelectual, **não existe sobreposição.**” (MEDEIROS, 2017, p. 305) (grifo nosso).

Vejamos o exemplo de uma bolsa da *Chanel*, esta pode possuir a proteção de sua marca, do desenho industrial referente a forma como a bolsa se apresenta com a sua beleza que gera a vontade do consumidor em possuí-la, proteção de direito autoral devido ao designer criado pelo inventor da bolsa, e até mesmo possuir modelo de utilidade devido a maneira como se pode carregar esta bolsa. Veja que é possível desvincular cada parte da bolsa e atribuir proteção a cada uma delas, isso porque se tratam de bens corpóreos.

Nessa lógica é que Patrícia Porto (2010) explica que a sobreposição deve ser vista de acordo com os conceitos de *corpus mechanicum* e *corpus mysticum*³⁸ - bem corpóreo e bem incorpóreo. Um objeto corpóreo pode ter vários tipos de proteções concorrentes, no qual vários direitos de propriedade intelectual coexistam num mesmo produto, conforme o exemplo apresentado, ou seja, **nesse caso não haverá sobreposição de direitos.**

Dessa forma é que Barbosa (2010) ressalta que antes de apontar que há sobreposição deve-se primeiramente separar o *corpus mechanicum* do bem incorpóreo, pois a acumulação sobre o mesmo objeto não causa problemas constitucionais, a grande dificuldade que há é a de estabelecer múltiplas relações

³⁸ Patrícia Porto esclarece que “Sobre um mesmo corpus mechanicum pode existir um ou vários corpus mysticum, ou seja, sobre um mesmo bem material podem coexistir um ou vários bens incorpóreos. Cada corpus mysticum coexistente em um mesmo suporte pode ser tutelado por um direito de propriedade intelectual que, de acordo com a natureza daquele direito, gera uma forma determinada de proteção exclusiva. Assim, sobre um mesmo corpus mechanicum pode existir a cumulação de diversos direitos de exclusiva oriundos da proteção do corpus mysticum sobre ele existente. [...] O corpus mysticum normalmente exerce uma única função sobre o bem corpóreo e, por consequência, é tutelado por um único direito de propriedade intelectual que, de acordo com a natureza daquele direito, gera uma forma determinada de proteção exclusiva. Entretanto, há situações em que um mesmo corpus mysticum existente sobre um corpus mechanicum exerce duas ou mais funções distintas, ou seja, ela passa a ser dois objetos de PI distintos, a natureza intrínseca do bem se divide em duas.” (PORTO, 2010, p. 3)

jurídicas se tecendo quanto a um só bem incorpóreo. No mais, a sobreposição deve ser analisada caso a caso para identificar se existirá sua incidência ou não.

Existem alguns mecanismos e/ou estratégias utilizadas para fazer com que haja a sobreposição de direitos sobre um bem, são a subsequente e a concomitante, nesta senda elucida Medeiros que para

a **sobreposição subsequente** possa ser aceita ela deve ser utilizada de forma a preservar, e não enfraquecer, os fundamentos dos regimes envolvidos. Se ocorrer o choque de regimes de forma que um deles invada negativamente a seara do outro, a sobreposição deve ser evitada. De outra forma, se as duas espécies puderem se desenvolver plenamente, observando os propósitos do seu regime, a sobreposição é, teoricamente, possível.

Já a **sobreposição concomitante** ou simultânea ocorre quando um único objeto ou manifestação de um bem intelectual é protegido ao mesmo tempo por mais de um segmento da propriedade intelectual. É a sobreposição em sua forma mais plena, em que a interpenetração entre dois ou mais segmentos é inevitável e as duas espécies atuam diretamente no sistema uma da outra. (MEDEIROS, 2010, p. 37) (grifo nosso)

Em suma, a autora explica que no caso da estratégia subsequente o objeto já possui uma proteção e existiria uma outra que revalidasse a já existente, ou seja, a nova forma de proteção conserva a anterior, e nesse caso poderá haver a sobreposição. No caso da concomitante, seria esta a forma de sobreposição plena, pois ocorre quando um único objeto pode ser protegido por dois ou mais institutos da Propriedade Intelectual, essa proteção está interligada, não há como separar como no caso da subsequente, e geralmente ocorre nos bens que possuem natureza jurídica híbrida, que é o caso do *software* que será visto no próximo capítulo.

Medeiros (2017, p. 318) em sua obra elenca como exemplo dessas estratégias o caso do *Mickey Mouse* e *Peter Rabbit*, desenhos animados da Disney, que eram protegidos por Direitos Autorais, pois se tratavam de uma expressão artística, e passaram a ter também proteção por marca devido aos grandes investimentos realizados e para haver a distinção entre Disney e Warner.

As sobreposições de direito ainda podem ter outra classificação, objetiva e subjetiva. Medeiros (2017) aborda que o conceito de sobreposições continua o mesmo, a diferença é que a sobreposição objetiva ocorre quando dois ou mais direitos de um objeto pertencem ao mesmo titular, a mesma pessoa. Já se os direitos pertencerem a pessoas diferentes ocorre a classificação subjetiva, que também pode ser chamada de propriedade dividida. A autora ainda explica que no caso da

sobreposição subjetiva “é importante considerar para a análise que o problema da sobreposição subjetiva persiste nos casos em que não existe contrato regulando especificamente a questão da divisão sobre o gerenciamento da propriedade dividida.”. (MEDEIROS, 2017, p. 320)

Mesmo não sendo o interesse do presente trabalho, vale apontar que a incidência das sobreposições de direitos advém do meio comercial devido à grande concorrência existente no mercado. Os titulares de direitos “exploram à exaustão os regimes de propriedade intelectual para obterem máxima proteção possível e cuja consequência tem sido esticar os limites muito além da fronteira tradicional.” (QUAEDVLIEG, 2005, p. 24-25 *apud* Medeiros, 2017, p. 322).

Apresentado o conceito de sobreposições de direito e a sua direta inter-relação ao *software*, que no próximo capítulo será demonstrada as diversas possibilidades jurídicas de se proteger um *software*, devido a sua natureza híbrida, que o torna um objeto passível de sobreposições de direitos.

4. POSSIBILIDADE DE SOBREPOSIÇÃO DE DIREITOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL APLICADO AO SOFTWARE.

No capítulo anterior traçamos um panorama amplo do que seria a sobreposição de direitos, demonstrando o seu conceito e forma de aplicação. Esta delimitação da análise justifica-se pelo objetivo deste trabalho em demonstrar a pluralidade de proteção do *software*, como veremos a seguir. Antes, no entanto, é necessário apresentar o conceito de *software* e sua natureza jurídica através dos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais. Passamos, portanto, a esta análise e, por fim, à demonstração das várias formas de proteção.

4.1. DO CONCEITO LEGAL.

*Software*³⁹ é uma expressão da língua inglesa, que consiste, segundo Fragoso (2009, p. 153), em “obras complexas” pois funcionam como um “complexo sistema interativo”. Em outras palavras, de acordo com Paesani (2001, p. 26), *software* é o “instrumento que transforma ferragens em computador e consegue dar logotipos, ou seja, alma e pensamento a uma máquina e a transforma num elaborador de informações”.

Não obstante, a Lei nº 9609/98 em seu art. 1º conceitua programa de computador como

a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Partindo desse pressuposto é que se inicia a segunda sessão desse capítulo, objetivo principal do presente trabalho, demonstrando os meios de proteção do

³⁹ “A Organização Mundial de Propriedade Intelectual fixou o conceito de software em três categorias, a saber : **a) Programa de computador:** É o conjunto de instruções capaz, quando incorporado num veículo legível pela máquina de fazer com que uma máquina, disponha de capacidade para processar informações, indique, desempenhe ou execute uma particular função, tarefa ou resultado. **b) Descrição de Programa:** É uma apresentação completa de um processo, expressa por palavras, esquema ou de outro modo, suficientemente pormenorizada para determinar o conjunto de instruções que constitui o programa do computador correspondente. **c) Material de apoio:** É qualquer material, para além do programa de computador e da descrição do programa, preparado para ajudar a compreensão ou a aplicação de um programa de computador, como por exemplo as descrições de programas e as instruções para usuários. ” (Wachowicz, 2002. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/2530/o-programa-de-computador-e-sua-protecao-no-brasil>>).

software mediante as matérias em que se divide a Propriedade Intelectual, o Direito Autoral e a Propriedade Industrial por meio de patente e marca.

4.2. DA NATUREZA JURÍDICA COMO DIREITO AUTORAL.

No que tange a natureza jurídica do *software* como direito autoral, há posicionamento consolidado, tendo em vista que entendem sê-lo obra literária, conforme preconiza o art. 2º da Convenção de Berna⁴⁰. Nesse sentido, tem-se que essa proteção como obra literária necessita primeiramente ser o resultado de algum trabalho intelectual, que obterá como reflexo sua forma ou seu conteúdo⁴¹.

Conforme já trabalhado na primeira sessão deste capítulo, o *software* é protegido por Direitos Autorais por ser considerado uma obra do intelecto humano, previsto expressamente no inc. XII, art. 7º da lei de Direitos Autorais

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

[...]

XII - os programas de computador; (grifo nosso)

Entretanto, conforme §1º do art. 7º, a proteção do *software* possui legislação específica de nº 9.609/98, que aplica uma proteção de 50 (cinquenta) anos para os programas de computador. Essa proteção⁴² pode ser adquirida, a critério do seu titular, em órgão ou entidade a ser designado por ato do Poder Executivo, e por iniciativa do Ministério responsável pela política de ciência e tecnologia.

⁴⁰ “Art. 2º - 1) Os termos ‘obras literárias e artísticas’ abrangem todas as produções de domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, tais como os livros, brochuras e outros escritos; as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantominas; as composições musicais, com ou sem palavras; as obras cinematográficas e as expressas por processo análogo ao da cinematografia; as obras de desenho, de pintura, de arquitetura, de escultura, de gravura e de litografia; as obras fotográficas e as expressas por processo análogo ao da fotografia; as obras de arte aplicada; as ilustrações e os mapas geográficos; os projetos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências.”

⁴¹ ULMER E KOLLE, 1985, p.139.

⁴² Requisitos para obter a proteção do programa de computador: “Art.3º. § 1º O pedido de registro estabelecido neste artigo deverá conter, pelo menos, as seguintes informações:

I - os dados referentes ao autor do programa de computador e ao titular, se distinto do autor, sejam pessoas físicas ou jurídicas;

II - a identificação e descrição funcional do programa de computador; e

III - os trechos do programa e outros dados que se considerar suficientes para identificá-lo e caracterizar sua originalidade, ressaltando-se os direitos de terceiros e a responsabilidade do Governo. (Lei nº 9.609/98)

Ainda acerca da natureza jurídica do software como direito autoral, têm-se que da mesma forma é o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça - STJ, vejamos decisão do REsp 443.119-RJ, que teve como relatora a Ministra Nancy Andrichi

SOFTWARE. CONTRAFAÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL. A Turma conheceu em parte, e nesta parte deu provimento ao recurso, por entender **que o programa de computador (software) inclui-se no conceito de obra intelectual** (Lei n. 9.610/1998, art 7º, XII), razão pela qual se aplica o art. 103 do referido diploma legal, e não o art. 159 do CC anterior, para a quantificação dos danos materiais sofridos com a contrafação daquele programa. REsp 443.119-RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 8/5/2003. Terceira Turma – Informativo 171. (grifos nosso)

Ressalta-se que essa proteção por Direitos Autorais ao *software* não é obrigatória, porém realizando o registro é possível comprovar a autoria de seu desenvolvimento perante o Poder Judiciário, podendo ser muito útil em casos de processos relativos a concorrência desleal, o que garante maior segurança jurídica ao desenvolvedor.

4.3. DA NATUREZA JURÍDICA COMO REGISTRO DE PATENTE.

Inicialmente destaca-se que a Lei de Propriedade Industrial não reconhece que o *software* possa ser patenteado⁴³. Tal hipótese decorre da adequação do *software* aos requisitos encontrados no art. 10º da referida lei para que uma invenção possa ser patenteada, quais sejam, o de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial⁴⁴.

Entretanto, os autores ALMEIDA; DEL MONDE; PECK (2012, p.33) apresentam um exemplo para tornar cristalina a hipótese em que cabe essa modalidade de patente. No primeiro momento demonstram que um processo

⁴³ Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade: I - descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos; II - concepções puramente abstratas; III - esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização; IV - as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética; **V - programas de computador em si**; VI - apresentação de informações; VII - regras de jogo; VIII - técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e IX - o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais. (Lei nº 9279/96 – grifos nossos)

⁴⁴ Art. 8º É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. (Lei nº 9279/96)

computacional que apenas calcula um algoritmo matemático que não oferece nenhuma melhoria técnica e não preenche os requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial não será suscetível ao registro de patente.

A segunda hipótese consiste em um processo computacional para filtrar digitalmente ruído empregando um algoritmo matemático. Por apresentar uma melhoria na técnica atualmente existente, além de preencher os requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, torna-se suscetível ao registro de patente (ALMEIDA; DEL MONDE; PECK, 2012).

Depreende-se então que o software pode ser escudado por patente quando este for parte que integre uma criação industrial, obtendo como resultado, um efeito técnico positivo que tenha como finalidade a solução de um problema, “mas que ao mesmo tempo não diga respeito tão somente à forma como o *software* tenha sido programado ou à linguagem que tenha sido utilizada para tanto” (ALMEIDA; DEL MONDE; PECK, 2012, p. 33). Para tanto, devendo preencher os requisitos previstos pela Lei de Propriedade Intelectual que são a novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

4.4. DA NATUREZA JURÍDICA COMO MARCA.

Ademais, o “sinal distintivo visualmente perceptível usado para distinguir produto ou serviço de outro idêntico” (NEGRÃO, 2019, p.190), é o que se entende por Marca. Esta divide-se em três tipos: marca de produto ou serviço, marca de certificação e marca coletiva. A primeira tem como objetivo distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa; a segunda é usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada, já a terceira é utilizada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade⁴⁵.

Esse tipo de proteção garantida pela Lei de Propriedade Industrial também é utilizada para proteger o *software*, haja vista que os proprietários desses programas precisam da criação de uma marca para comercializar o seu produto e colocá-lo em evidência no mercado. Vejamos alguns exemplos de marca de *software*

⁴⁵ Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996.

Figura 2: Marca *Microsoft Office* 2010Figura 3: Marca *Whatsaap*Fígura 4: Marca *Autocad*

Fonte: Google imagens

Com a informação de que marca é um sinal para distinguir produto ou serviço, temos que o próprio *software* é reconhecido como ambos, conforme Classificação Internacional de Produtos e Serviços de Nice⁴⁶. Diante desses argumentos é que se torna a possível a proteção jurídica desse bem intangível por meio de marca.

⁴⁶ A Classificação de Nice é um sistema de classificação de produtos e serviços para pedidos de registo de marcas da União Europeia (UE). Consiste em 45 classes. A Classificação de Nice atribui produtos às Classes 1 a 34, e serviços às Classes 35 a 45. Cada classe é representada por um título de classe,

4.5. DA NATUREZA JURÍDICA COMO BEM HÍBRIDO.

Em contraste, Mondaini (2013, p.292) relata que o programa de computador é mais próximo dos bens tipicamente tecnológicos, ou seja, das invenções, fugindo da ideia de ser considerado obra literária, por esse ter como finalidade “satisfazer necessidades materiais do ser humano, e, não satisfazer necessidades de caráter estético e artístico”. Vale mencionar ainda que o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual -INPI⁴⁷ apresenta ainda dois métodos de classificação para o *software*, que seria como produto⁴⁸ e como serviço⁴⁹, é o que se extrai da Classificação Internacional de Produtos e Serviços de Nice⁵⁰.

Diante dos posicionamentos diversos é que Rodrigues (1986, p. 452) afirma que o *software* possui natureza híbrida, haja vista exigir um suporte físico para que suas instruções sejam executadas, o que seria um problema de ordem extrínseca para o estudo de sua proteção, pois possui um elemento imaterial (*software* em si) e o material (*hardware* em que será executado).

Não se pode deixar de ressaltar que existe uma grande resistência em admitir que possa haver a cumulação de proteção jurídica direito de direito autoral e patente ao *software*, pois de acordo com Medeiros (2017), essa desaceitação

o qual fornece informações gerais sobre o tipo de produtos ou serviços abrangidos. Disponível em: <<https://euipo.europa.eu/ohimportal/pt/nice-classification>>.

⁴⁷ O Instituto Nacional da Propriedade Industrial é uma autarquia federal brasileira, criada em 1970, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

⁴⁸ “CLASSE 9. Aparelhos e instrumentos científicos, náuticos, geodésicos, fotográficos, cinematográficos, ópticos, de pesagem, de medição, de sinalização, de controle (inspeção), de salvamento e de ensino; aparelhos e instrumentos para conduzir, interromper, transformar, acumular, regular ou controlar eletricidade; aparelhos para registrar, transmitir ou reproduzir som ou imagens; suporte de registro magnético, discos acústicos; CDs, DVDs e outras mídias digitais para registro; mecanismos para aparelhos operados com moedas; caixas registradoras, máquinas de calcular, equipamento de processamento de dados e computadores; programas de computador; aparelhos extintores de incêndio. Nota explicativa: 22 Esta classe inclui, notadamente: - aparelhos e instrumento de pesquisa científica para laboratórios; - aparelhos e instrumentos utilizados para o comando de navios, tais como aparelhos e instrumentos de medição e de transmissão de ordens; - transferidores; - máquinas de escritório de cartões perfurados; - todos os programas e softwares, em qualquer tipo de suporte de gravação e de difusão, ou seja, programas e softwares gravados em suporte magnético ou transferidos (baixados) a partir de uma rede remota de computadores.” (Classificação de NICE, 2015)

⁴⁹ “CLASSE 42. Serviços científicos e tecnológicos, pesquisa e desenho relacionados a estes; serviços de análise industrial e pesquisa; **concepção, projeto e desenvolvimento de hardware e software de computador**. Nota explicativa: A classe 42 inclui basicamente serviços prestados por pessoas, a título individual ou coletivo, relacionados aos aspectos teóricos e práticos de campos complexos de atividades. Tais serviços são prestados por profissionais tais como químicos, físicos, engenheiros, **programadores de computador**, etc. Esta classe inclui, notadamente: - serviços de engenheiros e cientistas encarregados de avaliações, estimativas, pesquisa e pareceres em campos científico e tecnológico (incluindo consultoria tecnológica); - serviços de pesquisa científica para fins medicinais”. (Classificação de NICE, 2015 – grifos nossos)

dá-se em razão da natureza do programa de computador: uma expressão funcional, isto é, a expressão é parte integrante da própria ideia e, assim, a expressão e a ideias são inseparáveis. Como afirma Shamnad Basheer, a noção de que o software é uma expressão literária de algum tipo e, portanto, que merece proteção de direitos autorais é nada menos que um mito legal; a maioria dos programadores escrevem um programa de computador para executar uma função e não para ostentar talento literário. É difícil, diante dessa característica, determinar o que é a forma/expressão no software e identificar as fronteiras entre a atuação do direito de autor e da patente. (MEDEIROS, 2017, p. 330)

Depreende-se então que a sobreposição de direitos está intrinsicamente ligada às novas tecnologias que possuem natureza híbrida, pois abarcam os dois tipos de proteção. Robert Tomkowicz, diz que o *software* é o melhor exemplo de sobreposição, pois

ao mesmo tempo em que consiste numa expressão linguística com o objetivo de instruir uma máquina, caso protegível por direito de autor, possui também, em alguns casos, um viés técnico-funcional que encerra o aspecto de uma invenção nos termos patentários. Consequentemente, com a permissão legal existente em diversos países para ambas proteções, o software que recebe a proteção por estes dois institutos é superprotegido e os dois sistemas de caracteres tão peculiares e distintos, com lógicas de equilíbrio extremamente particulares, sobrepõem-se numa muralha intransponível de muitos direitos e poucas contraprestações. Contraprestações estas que fazem parte de todo direito de propriedade intelectual presentes nos limites, exceções e temporalidade da proteção. (TOMKOWICZ *apud* MEDEIROS, 2017, p.320)

A não existência de uma previsão jurídica que preencha os requisitos de proteção que as novas tecnologias necessitam, causam a inevitabilidade de criação de novos meios de proteção para o *software*, pois a proteção por Propriedade Intelectual existente não mais incorpora as suas necessidades, já que não houveram modificações no texto legislativo que as suprissem. Dessa forma, é o pensamento de Arrabal e Dias (2018) ao relatarem que

Inovações no campo das Tecnologias de Informação e Comunicação incorporaram mudanças em nossa sociedade, com reflexos na vida cultural que, por consequência, repercutem na ordem jurídica autoralista. Considerando que os direitos de autor incidem nas mais diversas atividades cotidianas, especialmente de cunho criativo, **faz-se necessário enfrentar o desafio de interpretar as normas vigentes em harmonia com a realidade social, ressignificando conceitos e reorganizando práticas.** (ARRABAL; DIAS, 2018, p. 93)

Devido a isso é que se pode afirmar, de acordo com à natureza híbrida do *software*, que a proteção jurídica por meio de sobreposições de direitos seria a mais adequada, pois é a forma mais benéfica de proteção existente em harmonia com a tutela jurídica que é imposta pela legislação vigente e aos novos moldes da sociedade em meio a era tecnológica.

CONCLUSÃO

A inovação não somente causou mudanças na forma de se viver e de ver o mundo, como também trouxe um desafio gigante, não só para aqueles que criam novos meios tecnológicos. Moldar-se ao novo meio social vem sendo um desafio a ser enfrentando por aqueles que escolheram ter a legislação como ferramenta de trabalho, pois a velocidade que a inovação possui, vai muito além do tempo necessário para se tomar um posicionamento jurídico acerca da natureza de um bem ou como esse deve ser protegido.

O *software*, um bem intangível de suma importância para o desenvolvimento tecnológico, frente a hipótese de possuir natureza jurídica híbrida, não possui, ainda, uma forma de proteção ideal. A sobreposição de direitos existe como uma forma de tentar protegê-lo em todas as formas pela qual se apresenta, entretanto ainda se faz necessário haver um aprofundamento sobre o tema, haja vista que esse método de acumulação ainda não é desenvolvido de forma mais profunda no meio jurídico.

Julga-se que o ideal seria realizar pesquisas jurisprudenciais para identificar como e se existem aplicações práticas nos processos brasileiros que possuem como matéria a proteção de *software*, já que durante a pesquisa apenas foram encontradas jurisprudências internacionais, conforme apresentado no segundo capítulo dessa monografia. Acredita-se também ser salutar a produção de um estudo sobre a procura e aceitação desse método de proteção no ordenamento jurídico brasileiro.

De mais a mais, além da proposta já apresentada anteriormente, acredita-se ser edificante para discussões futuras, relativas as sobreposições de direito no *software*, apontar hipóteses dos motivos que levam os inventores buscarem várias proteções para as suas criações. E mais a frente, até mesmo buscar como serão implementadas proteções para bens ainda mais inovadores, como é o caso da inteligência artificial.

Observou-se que o *software* possui várias maneiras de ser protegido sob a ótica da Propriedade Intelectual, por meio de Direitos Autorais, Patente e Marca. Logo, chega-se à conclusão de que o método de proteção jurídica de sobreposições de direitos é a melhor opção para proteger esse bem, pois conforme demonstrado no decorrer do trabalho, ainda não é possível apontar um meio ideal de proteção frente os ramos existentes de Propriedade Intelectual, já que se encontram defasados se

comparados ao avanço tecnológico, não mais abarcando a tutela jurídica necessária para a proteção dos bens inovadores.

Ressalta-se que a real necessidade do *software*, tendo em vista a sociedade capitalista, é que seja elaborada uma nova lei que preencha as suas necessidades. Entretanto, até que isso ocorra, a sobreposição de direitos torna-se a melhor forma de protegê-lo, já que para haver uma alteração na legislação se demandará tempo, e não é conveniente que até a criação de uma nova lei o *software* fique sem uma proteção que preencha a sua natureza jurídica.

Ainda assim, nada impede que novos meios de proteção possam vir a serem criados de acordo com as mudanças que venham a surgir, pois a sociedade está em constante processo de evolução para obter proventos, conforme analisado, no caso do Tecno Brega e ainda no processo de desmaterialização em que os produtos começaram a ser distribuídos por meio de *streaming*.

As evoluções criativas e tecnológicas não deixarão de existir, e sempre novos produtos, serviços e pensamentos serão criados. Diante disso, Stelman e Lessig criaram meios, ressaltando que se mantiveram nos ditames legais de Propriedade Intelectual, de proteção ao *software* que consideraram ser necessários para a continuação da inovação, o que pode também acontecer com a legislação, devendo seguir ou pelo menos tentar alcançar o processo inventivo e chegar ao ápice de atualização de seu corpo para abarcar o avanço tecnológico que só tende a oferecer ainda mais quebras de paradigmas.

Com isso é que se indica que deve ocorrer, tendo em vista a evolução tecnológica, a alteração do paradigma da Propriedade Intelectual em que propõe somente uma forma de proteção para um bem, para uma proteção plural. Diante disso é que se apresenta o *software* como melhor exemplo para demonstrar essa necessidade de mudança, mas para que ocorra deve-se ser alterada a perspectiva do velho para o novo.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, D., DEL MONDE, I., PECK, P. **Manual de Propriedade Intelectual**. UNESP, Núcleo de Educação a Distância, 2012.
- AMADEI, J., TORKOMIAN, A. **As patentes nas universidades**: análise dos depósitos das universidades públicas paulistas. *Ciência da Informação* v. 38, n. 2, p. 9-18 2009.
- BARBOSA, D. **Uma Introdução a Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro-RJ. Editora Lumen Juris. 2º edição. 2010.
- BOCCHINO, L. de O.; CONCEIÇÃO, Z.; GAUTHIER, F. Á. O. **Propriedade Intelectual**: Principais conceitos e legislação. UTFPR. Curitiba, 2010.
- BRASIL. **Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da União. Brasília, DF.
- BRASIL. **Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF.
- BRASIL. **Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 20 fev. 1998. Seção 1, p. 3.
- DE ARAÚJO, Sousa e Silva, Nuno. ***The Ownership Problems of Overlaps in European Intellectual Property***. 1st ed., Nomos Verlagsgesellschaft MbH, 2014. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/j.ctv941rmt.
- DERCLAYE, Estelle; LEISTNER, Matthias. **Intellectual property overlaps**: a European perspective. Oxford: Hart Publishing, 2010.
- FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral**: da antiguidade à internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- JUNGMANN, Diana de Mello. **A caminho da inovação**: proteção e negócios com bens de propriedade intelectual: guia para o empresário. Brasília-DF. Editora IEL, 2010.
- LESSIG, LAWRENCE. **Cultura Livre**: Como a mídia usa a tecnologia e a lei para barrar a criação cultural e controlar a criatividade. Estados Unidos, 2004.
- MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: empresa e atuação empresarial, volume 1. - 4. ed. - São Paulo: Atlas, 2010.
- MEDEIROS, Heloisa Gomes. **A sobreposição de direitos de propriedade intelectual no software**: coexistência entre direito de autor e patente na sociedade informacional. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2017. Cap. 5.
- MONDAINI, C. R. A. **Patente de software na nova era científica e tecnológica**: estímulo à inovação ou instrumento anticompetitivo. Propriedade intelectual. [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: João Marcelo

de Lima Assafim, Maitê Cecília Fabbri Moro. Florianópolis-SC. FUNJAB, 2013. p. 285-303.

NAGANO, Camila. **O “Fair Use” na busca da educação básica de qualidade para todos.** Rev. Jusnavigandi. 2015. Disponível em: <<https://camilanagano.jusbrasil.com.br/artigos/242679118/o-fair-use-na-busca-da-educacao-basica-de-qualidade-para-todos?ref=feed>>. Acesso em 20 de ago de 2019.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial.** – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de Informática: comercialização e desenvolvimento internacional do Software.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PIMENTA, Eduardo Salles. A proteção (Civil e Penal) do programa de computador: pontos e contrapontos. – 3ª ed. – São Paulo: Letras Jurídicas, 2017.

PORTO, Patrícia Carvalho da Rocha. **Cumulação de direitos de propriedade intelectual:** breve análise acerca dos fatores que contribuíram para sua evolução. PIDCC: Revista em propriedade intelectual direito contemporâneo, v. 9, n. 3, p. 94-115, 2015.

RODRIGUES, Adriana Camargo. Proteção Jurídica do Software. **Rev. de Informação Legislativa.** Ano 23, nº 89, 1986.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, Socialismo E Democracia.** Editado por George Allen e Unwin Ltd., traduzido por Ruy Jungmann. — Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SOUSA E SILVA, Nuno, **The Ownership Problems of Overlaps in European Intellectual.** Centro de Direito da Propriedade Intelectual de Munique - MIPLC, Bd. 21, Nomos, 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2465866>>. Acesso em: 01 set. 2019.

STELLMAN, Richard. **The GNU Project.** Disponível em: <<https://www.gnu.org/gnu/thegnuproject.html>>. Acesso em 31 de ago de 2019.

ULMER, Eugene. KOLLE, Gert. **A Proteção Jurídica do Software.** Rio de Janeiro: Forense, 1985.

WACHOWICZ, Marcos. O programa de computador e sua proteção no Brasil. **Jus Navigandi,** Teresina, 6, ri. 53, 2002.