

O DIREITO PATRIMONIAL DE PROPRIEDADE INTELLECTUAL DO EMPREGADO AUTOR DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR

THE INTELLECTUAL PROPERTY LAW OF THE EMPLOYEE AUTHOR OF SOFTWARES

Renata Barbosa Castralli Mussi*

RESUMO: Este trabalho visa aproximar o universo das criações tecnológicas ao meio ambiente laboral, limitando-se à criação de programas de computadores. A atual sociedade pandêmica atesta a importância dos *softwares* nas diversas vertentes da vida contemporânea. Nesse cenário, a figura do empregado autor se destaca, pois vale-se não apenas dos recursos internos de seu empregador, mas, principalmente, de sua capacidade de buscar conhecimento e criar modelos tecnológicos aptos a agregar valor e potencializar os ganhos da corporação.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade Intelectual. Programa de Computador. Empregado.

ABSTRACT: *This paper aims to bring the universe of technological creations closer to the work environment, limiting itself to the softwares creation. The current pandemic society attests to the importance of software in the different aspects of contemporary life. In this scenario, the figure of the employee-author stands out, as he uses not only the internal resources of his employer, but mainly his ability to seek knowledge and create technological models capable of adding value and enhancing the corporation's earnings.*

KEYWORDS: *Intellectual Property. Software. Employee.*

1 – Introdução

A ininterrupta revolução dos meios tecnológicos de informação impulsionam um redirecionamento e reorganização das vidas e ações humanas, que abandonam o eixo estritamente local, em torno do eixo global-local, acarretando um processo de transformação estrutural, multidimensional, relacionado ao assomo de um novo paradigma tecnológico, baseado nas tecnologias de comunicação e de informação, evidenciando a necessidade crescente de incentivo às atividades de inovação tecnológica e de promoção de políticas voltadas à expansão sustentada da economia e do emprego.

* *Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho; pós-graduada em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia; oficial da Reserva da Força Aérea Brasileira; assistente de juiz convocado no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.*

Nesse cenário de profundas alterações, os programas de computadores representam um importante veículo capaz de redefinir e revolucionar a comunicação, a estrutura organizacional das empresas nacionais, a inovação tecnológica e o nível de vida dos trabalhadores.

Recentemente, em 19 de fevereiro de 2014, o Facebook (WHATSAPP, 2014)¹ anunciou um acordo para a compra do aplicativo WhatsApp. A transação totalizou o montante de 16 bilhões de dólares, podendo atingir a marca de 19 bilhões de dólares, ante as previsões contratuais para pagamento de adicional de três bilhões em ações, para fundadores e funcionários, nos próximos quatro anos. Em comunicado oficial, o Facebook/WhatsApp informou que mais de 450 milhões de pessoas usam o aplicativo mensalmente, sendo que mais de 320 milhões de usuários ativos o utilizam diariamente.

Esses dados revelam a importância e o poder que o direito patrimonial de propriedade intelectual dos autores de *softwares* representa para as empresas e para a sociedade.

Dessa maneira, a segurança jurídica em torno da proteção desses direitos se apresenta como tema atual, relevante e fundamental para a estruturação das novas bases mercadológicas e apto a auxiliar os organismos sociais à promoção de profundas e importantes transformações.

Assim, o presente trabalho tem por intuito analisar a segurança jurídica da imbricada relação entre empregado e empregador autor de programa de computador em face da titularidade do direito patrimonial de propriedade intelectual. E, ao final, estudar se a implantação de uma política de *software* na empresa nacional revela-se como uma solução possível.

Trata-se de pesquisa que adota uma abordagem qualitativa e quanto aos objetivos, exploratória.

Para a realização da pesquisa, será utilizado o método teórico-bibliográfico, pelo qual serão aplicados textos constantes de livros, artigos e publicações jurídicas no geral, valendo-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2 – Os programas de computador

A proteção jurídica dos programas de computador (*software*) ganha força com a evolução dos processos tecnológicos e a acessibilidade dos meios de informática em todo o mundo. O capitalismo, adaptando-se às novas possibilidades, alterando o próprio sentido de produção, gradualmente incorpora todas as formas de trabalho intelectual à atividade econômica. Visto como um meio de produção

1 Disponível em: <http://blog.whatsapp.com/499/Facebook>. Acesso em: 7 jul. 2014.

intangível, a viabilizar um processo ou um produto de utilidade para a produção capitalista, demandou a necessidade de erigir um sistema de proteção jurídica.

As discussões iniciais, quanto à necessidade de proteção jurídica das criações intelectuais, consubstanciadas em programas de computadores, iniciaram-se na seara internacional, na década de 1970, com o objetivo de definir a natureza da proteção jurídica dos programas de computador, ou seja, se estariam sob proteção do ramo dos direitos autorais, sob o ramo da propriedade industrial, ou se haveria a necessidade de elaboração de um sistema *sui generis* (WIPO, 2014c).

Inicialmente, a ideia de elaboração de um sistema *sui generis* emergiu e ganhou força. A proteção *sui generis* proposta cobria os três elementos dos programas de computador: código-objeto, o código-fonte e documentação.

Código-fonte é o código original do programa de computador, escrito em linguagem de programação, que pode ser lido e compreendido por especialistas; código-objeto é uma versão do programa, diretamente utilizável em um computador, em formato binário (série de zeros e uns) que os processadores de computador podem entender, mas os seres humanos não podem se não for compilado, isto é, transformado em código-fonte; e documentação, que são instruções escritas em uma linguagem legível de programação de computador.

Contudo, essa ideia inicial não prevaleceu.

Em fevereiro de 1985, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, juntamente com a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) promoveram um amplo debate sobre a matéria. A partir dessa iniciativa, que resultou em um estudo aprofundado sobre o tema, com a participação de peritos e especialistas, convencionou-se internacionalmente que a proteção mais adequada aos programas de computador era aquela afeita aos direitos autorais, *copyright*.

Duas publicações internacionais foram decisivas nesse sentido: a primeira, em julho de 1991, *The Computer Programs Directive of the European Community*, e, em abril de 1994, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS, 1994). Essas duas publicações esclareceram que os programas de computador deveriam ser protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna.

O artigo 10.1² do Acordo TRIPS contém disposição interpretativa estabelecendo que os programas de computador, seja em código-fonte ou objeto,

2 Acordo TRIPS. Artigo 10. Programas de Computador e Compilações de Dados. “1 – Programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna (1971)”.

serão protegidos pela Convenção de Berna. O artigo 4^o do Tratado de Direitos Autorais da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (WCT, 1996) inclui o mesmo esclarecimento em termos muito similares. Assim, quanto à extensão da proteção jurídica reconhecida, essas disposições estabelecem que a proteção ao direito de autor, no que tange aos programas de computador, abrange todas as formas de expressão, quanto ao modo ou à forma (em código-fonte ou objeto).

Essas publicações revelam o consenso internacional em proteger os programas de computador a partir das peculiaridades próprias do direito de autor, ou seja, como obras literárias. Entretanto, esse posicionamento não vincula as legislações nacionais, que podem adotar um sistema de proteção mais próximo das patentes, ou, ainda, *sui generis*, desde que resguardem o nível mínimo de proteção reconhecido às obras literárias pela Convenção de Berna.

Dessa maneira, entende-se que os programas de computador não são apenas soluções técnicas, mas são documentos escritos, fruto do intelecto humano, tais como as obras literárias e artísticas, ou seja, são criações intelectuais originais. Assim, a finalidade para a qual o escrito é criado, sob o ponto de vista de sua qualificação como obra literária, é irrelevante. O *software* em si não é apenas um resultado técnico, mas representa “a criação de um autor que tem um caráter técnico. A única diferença é a natureza ativa do programa de computador, o que significa que ele tem efeitos técnicos, físicos, no *hardware* do computador durante o seu funcionamento”. Mas essa não é uma razão para a exclusão do *software*, como uma expressão original criativa, da proteção dos direitos autorais (WIPO, 2014c).

Convém observar que há países onde se admite a possibilidade de patentear programas de computador, desde que estes possuam um caráter técnico (*technical character*) ou envolvam uma função técnica (*technical teaching*). No Brasil, programas de computador que gerem uma funcionalidade técnica e que estejam embarcados, isto é, que possuam um suporte material associado, um *hardware*, podem ser patenteados, se presentes os requisitos legais (art. 27.1 do Acordo TRIPS).

No Brasil, os programas de computador são regidos pela Lei Federal n^o 9.609/98. E, segundo a legislação específica, são tidos 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,

3 WCT. Artigo 4. “Computer programs are protected as literary works within the meaning of Article 2 of the Berne Convention. Such protection applies to computer programs, whatever may be the mode or form of their expression”.

baseados em técnicas digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.”

Quanto ao regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador, no ordenamento jurídico brasileiro, adota-se também aquele conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no país (art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.609/98), cujas peculiaridades, relacionadas ao presente trabalho, serão analisadas no item seguinte.

3 – O regime jurídico aplicável ao empregado autor de programas de computador

O trabalho autoral possui características que o diferenciam da atividade desenvolvida pelos demais trabalhadores. Do autor exige-se e espera-se criatividade, originalidade, iniciativa própria e imaginação, qualidades que demandam uma enorme margem de liberdade no desempenho das atividades próprias.

O produto da atividade autoral excede àquele devido pelo trabalhador contratado; isso, porque uma obra, um programa de computador, corresponde a uma solução criativa, que não decorre do simples exercício de força, de lógica e de técnica, que compõem o trabalho operário.

As especificidades dessa relação propulsionam o empregado autor a um *status* peculiar, mais compatível com suas qualidades e conforme com as regras e princípios constitucionais.

Esse empregado é reinserido na relação laboral com um novo *status socialis*, tendo em vista suas potenciais habilidades, fundamentais para o desenvolvimento multidimensional e harmonioso da humanidade.

Esse posicionamento pode levar a duas principais críticas, são elas: o sensível aumento dos custos empresariais e o desestímulo do setor empresarial para investir em pesquisa, desenvolvimento, tecnologia e inovação, fatores essenciais ao desenvolvimento nacional e humano.

Nesse conflito aparente de interesses entre autores e empresários estão contidas muitas questões de natureza jurídica, social, econômica e ambiental, que suscitaram a preocupação do legislador nacional, desde 1987, quanto à alocação de direitos patrimoniais referente aos programas de computador.

3.1 – O empregado autor de programas de computador. Sistematização legislativa

A regra que determina a propriedade sobre as criações intelectuais está consignada nos incisos XXVII, XXVIII e XXIX do art. 5º do Texto Constitucional brasileiro.

DOCTRINA

Tais disposições constitucionais asseguram aos criadores intelectuais a titularidade originária do produto de seu trabalho intelectual.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 326) entendem que o mencionado inciso XXVII do art. 5º assegura tanto os direitos morais, de caráter inalienável, quanto os direitos patrimoniais, relativos à forma de uso, fruição e disposição, alienáveis pelo autor ou eventualmente por seus herdeiros.

A doutrina considera que o art. 5º, XXVII, da Constituição busca assegurar a proteção do direito intelectual do autor em relação às obras literárias, artísticas, científicas ou de comunicação pelo tempo em que viver, que envolva não só os direitos morais concernentes à reivindicação e ao reconhecimento da autoria, à decisão sobre a circulação ou não da obra, inclusive sobre a sua conservação como obra inédita, à possibilidade de se lhe introduzirem modificações antes ou depois de utilizada, à adoção de medidas necessárias à proteção de sua integridade, mas também os direitos patrimoniais relativos à forma de uso, fruição e disposição.

Sob os parâmetros constitucionais, a Lei nº 9.610/98, em seu art. 11, prevê que o “Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”.

Prima facie, pertenceriam aos empregados os programas de computador por eles desenvolvidos. A autoria seria determinante para o direito de propriedade, uma vez que para o direito autoral é irrelevante se o criador de obra intelectual é empregado, autônomo, servidor público, ou prestador de serviços. Contudo, não foi esse o entendimento dado à matéria pelo legislador ordinário.

A primeira vez que o legislador nacional dispôs sobre os direitos patrimoniais de propriedade intelectual do empregado autor de programas de computador foi com o art. 5º da Lei nº 7.646/87.

Referido dispositivo legal foi expressamente revogado pelo art. 16 da Lei nº 9.609/98, que, em seu art. 4º, trouxe regras muito próximas àquelas revogadas.

A legislação em vigor acrescentou os órgãos públicos ao rol dos titulares de direitos referentes à criação de programas de computador e a expressão “segredos industriais e negócios” ao conjunto de elementos que não podem ser utilizados pelo empregado quando de sua criação, a fim de que o programa de computador desenvolvido lhe pertença com exclusividade, além de estender o tratamento previsto no art. 4º aos casos em que o autor de programa de computador seja bolsista, estagiário ou assemelhado.

Para o deslinde da titularidade do direito patrimonial derivado do desenvolvimento de programas de computador nas relações de trabalho, há que

proceder a uma leitura atenta de todo o texto do art. 4º da Lei nº 9.609/98, em virtude de sua complexidade e importância para o tema.

Da leitura atenta, pode-se depreender que a titularidade dos direitos patrimoniais de propriedade intelectual dos programas de computador desenvolvidos durante o contrato de trabalho possui três soluções distintas, condicionadas ao tipo de criação, se “de serviço”, “mista” ou “livre” (MINHARRO, 2010, p. 130-135).

O ordenamento jurídico nacional propicia algumas regras acerca da autoria e da titularidade que podem trazer importantes subsídios para a sua aplicação ao Direito do Trabalho. Os programas de computador desenvolvidos e elaborados por empregado contratado expressamente para pesquisa e desenvolvimento desse tipo de tecnologia, ou para encargos, que, por sua própria natureza, gerem a necessidade de desenvolver esse tipo de criação, são entendidas como criações de serviço; já as criações realizadas por empregado que não tenha sido contratado para desenvolver ou elaborar programas de computador, mas que tenha utilizado recursos, dados, meios, equipamentos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais ou instalações do empregador, da empresa ou entidade com a qual o empregador mantenha contrato de prestação de serviços ou assemelhados, recebem a denominação de criações mistas; todas as demais, ou seja, *softwares* desenvolvidos por empregados sem relação com o contrato de trabalho e sem a utilização de quaisquer recursos, dados, meios, equipamentos, etc., configuram as chamadas criações livres ou sem a cooperação do empregador.

Dessa maneira, o regime jurídico aplicável contém exceções à previsão geral constitucional.

Conforme o regramento legal, o vínculo laboral justifica a titularidade do empregador. Há, assim, uma distinção entre o autor da obra e o titular dos direitos referentes à criação. O autor seria aquela pessoa que elaborou, desenvolveu e materializou uma ideia. Enquanto o titular do direito seria aquele que efetivamente pode usar, gozar e dispor da obra intelectual. Nas criações de serviço, o empregador não adquiriria *status* de autor de obra, mas, por força legal, seria o titular originário dos direitos decorrentes do esforço intelectual do empregado (CARVALHO, 1996a, p. 15).

Toda a matéria da criação intelectual de empregados se desenvolve em torno da alocação de direitos em relação às criações de serviço e das criações mistas.

Nesse aspecto, a opção legislativa se aproxima àquela adotada para as propriedades industriais, prevista no art. 88 da Lei nº 9.279/96.

DOCTRINA

Na seara industrial, Mozart Victor Russomano (1997, p. 497-498) defende a existência e preponderância do direito originário de propriedade do empregador sobre os frutos do trabalho intelectual do empregado, nos seguintes termos:

“O princípio geral é de que a invenção pertence ao autor, porque é fruto de seu trabalho, de suas tentativas, de seu raciocínio, de suas pesquisas pessoais, das horas gastas. Esse princípio, porém, sofre não de uma revogação, mas uma refração, quando o invento se dá no decurso de um contrato individual de trabalho, isto é, em momento no qual o empregado está prestando serviços em benefício de outrem, com material alheio, dirigido, fiscalizado e subordinado ao empregador. Os resultados do trabalho de um empregado, por outro princípio geral, pertencem ao empregador. O invento em serviço resulta da atividade do empregado. Poder-se-ia, portanto, sem grande esforço de dialética, concluir pela atribuição ao empregador do direito de propriedade da invenção.”

Na tentativa de sistematizar juridicamente a questão, Riva Sanseverino (1976, p. 209-210) defende a existência de um contrato com causa mista informado por dois tipos de contrato: o contrato de trabalho e o contrato de venda de coisa futura.

“O contrato com o qual o trabalhador promete os eventuais resultados da própria atividade inventiva (contrato relativo às chamadas invenções de serviço) não é um verdadeiro contrato de trabalho, mas, uma vez admitida tal categoria genérica, um contrato com causa mista, no qual concorrem dois tipos diversos de contrato, contrato de trabalho e de venda de coisa futura (art. 1.472 do Código Civil). E esta conclusão pode ser confirmada pelo fato que permite conciliar dois elementos inconciliáveis em um tipo unitário de relação, ou seja, o originário direito de propriedade sobre o fruto do trabalho, a favor do empregador e o originário direito de propriedade sobre a própria descoberta, a favor do inventor prestador de trabalho.”

O próprio contrato de trabalho justificaria a titularidade da criação pelo empregador. Entretanto, Nuno T. P. Carvalho (1996, p. 10) ressalta que:

“é preciso verificar se o empregado desenvolveu o invento durante o horário de trabalho e com recurso a dados, meios e equipamentos do empregador; claro, é preciso determinar se o empregado, ao ser admitido no emprego, assinou contrato onde consta cláusula de cessão de direitos sobre invenções que viesse a realizar durante a vigência do contrato; além do contrato, há que apurar se existe regulamento na empresa dispondo

sobre inventos ou se há alguma cláusula nesse sentido em contrato coletivo de trabalho.”

O estudo do texto legal do § 2º do art. 4º da Lei nº 9.609/98, entretanto, não esclarece se no caso das criações mistas a propriedade do empregador sobre os programas de computador desenvolvidos e elaborados pelo empregado seria exclusiva ou em copropriedade com o autor.

Nesse ponto, o art. 36 da Lei nº 5.988/73⁴ foi a única previsão legal a estabelecer a partilha equitativa do Direito do Autor entre empregado e empregador⁵. Assim, os direitos de autor decorrentes de obra intelectual produzida em cumprimento ao dever funcional ou ao contrato de trabalho pertenceriam a ambas as partes.

Tanto a Lei nº 9.610/98 quanto a Lei nº 9.609/98 deixaram de regulamentar a matéria, o que permitiu um vazio normativo. Dessa maneira, revela-se imperiosa a necessidade de se estimular nas empresas nacionais políticas internas de direitos imateriais de modo a dispor, dentre outros, sobre os desenvolvimentos de *softwares* realizados por empregado que não é contratado para criar, mas que o faz mediante a utilização de dados, meios, instrumentos e equipamentos do empregador.

Nuno T. P. Carvalho (1996, p. 12), pautado pela legislação da propriedade industrial, entende que no caso de criações mistas o regime legal é o da cotitularidade.

“O regime legal reservado a estas invenções, as invenções mistas, de natureza supletiva (posto que admite estipulação em contrário), é o da cotitularidade, em partes iguais, entre patrão e empregado. É o que dispõem os arts. 42 do Código de 71 e o 91 da Lei nº 9.279/96. Além disso, o empregador tem direito a uma licença exclusiva de exploração da invenção, cabendo ao empregado uma remuneração por essa licença. Note-se, portanto, que a cotitularidade reservada ao patrão não é objeto de compensação ao empregado. A remuneração que o empregado-inventor recebe é em pagamento da licença exclusiva, como o § 2º do art. 91 da

4 “Art. 36. Se a obra intelectual for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos do autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes, conforme for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito do Autor. § 1º O autor terá direito de reunir em livro, ou em suas obras completas, a obra encomendada, após um ano da primeira publicação. § 2º O autor recobrará os direitos patrimoniais sobre a obra encomendada, se esta não for publicada dentro de um ano após a entrega dos originais, recebidos sem ressalvas por quem a encomendou.”

5 Ao longo da evolução legislativa do tema, foram quatro as leis que regulamentaram os direitos autorais: a Lei nº 496, de 1898, o Código Civil de 1916, a Lei nº 5.988/73 e a Lei nº 9.610/98.

DOCTRINA

Lei nº 9.279/96 deixa bem claro. Portanto, a cotitularidade é oferecida ao patrão como consequência da utilização, pelo empregado, das horas de trabalho e de recursos, dados e meios que lhe pertenciam.”

Não é objeto deste trabalho estudar a teoria da unidade da propriedade intelectual, que consiste em reconhecer a unidade das diversas formas de criação do intelecto humano, contudo, entendeu-se que a apresentação de elementos que compõem a propriedade industrial agregaria argumentos ao estudo do presente ponto.

Não obstante o consenso internacional em adotar as peculiaridades do direito de autor como mecanismo de proteção para os programas de computador, perfilhado pelo legislador ordinário, as análises tecidas até o momento neste trabalho não permitem corroborar com a sistematização dos direitos decorrentes do desenvolvimento de programas de computador apresentados pela legislação especial, tampouco com a adoção de regras de propriedade industrial para harmonizar temas de direito do autor.

O preceito legal inserto no art. 4º da Lei nº 9.609/98 não retirou apenas a exclusividade dos direitos decorrentes do desenvolvimento dos programas de computador pelos autores empregados, assegurado constitucionalmente no inciso XXVII do seu art. 5º, foi além, em absoluta afronta ao dispositivo constitucional, alterou a própria titularidade dos direitos relativos aos programas de computador.

Por óbvio, não se pretende negar a relatividade dos direitos fundamentais. Este trabalho entende, em consonância com o princípio da convivência das liberdades, que defende a máxima da cedência recíproca ou da relatividade dos direitos fundamentais (TAVARES, 2013), que existe uma variedade de hipóteses que balizam o alcance absoluto dos direitos fundamentais. Todavia, valendo-se do ensinamento de Dimitri Dimoulis (2001, p. 27): “É proibido proibir o exercício do direito além do necessário”.

Sob esse prisma, infere-se que a legislação específica excluiu direito fundamental do empregado autor em absoluta afronta ao ordenamento jurídico nacional. Esburgando o autor submetido a um contrato de trabalho, em vez de apoiá-lo e protegê-lo, como forma de incrementar o desenvolvimento científico e tecnológico e a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas e na sociedade, em harmonia com os preceitos normativos dos arts. 170, 218 a 219-B da Magna Carta.

Os textos legislativos defluem de objetivos e grupos divergentes dispostos em uma Assembleia e, por isso, podem incorrer em repetições despropositadas e

inconsistências. Supor que toda lei representa um todo coerente “é se equivococar sobre a natureza do processo legislativo”, possibilitando interpretações lúdicas, injustas e até inconstitucionais (POSNER, 2009, p. 311).

No inciso XXVII do art. 5º, o legislador constituinte se dedicou a garantir uma matéria de cunho técnico. Destarte, os termos utilizados quanto ao direito exclusivo para utilizar, publicar ou reproduzir suas obras devem ser compreendidos como o são na área do saber especializado.

Assim, a legislação sobre direitos autorais, no inciso I do art. 5º entente que publicação corresponde ao “oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento do público” e, no inciso VI do mesmo artigo, que a reprodução corresponde à “cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido”. Se aos autores pertencem os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou (art. 22 da Lei nº 9.610/98), sem ressalvas ou limitações, lhes é assegurado “o direito exclusivo de utilização”, constitucionalmente consagrado, isto é, àqueles referentes ao direito de propriedade do autor sobre o produto de sua criação.

A garantia do direito de propriedade alberga as faculdades de usar, gozar e dispor da criação intelectual (MENDES; BRANCO, 2013, p. 87).

“Quando a Constituição garante a propriedade, mesmo sem definir, entende-se que acolhe o conceito firmado desse instituto, que possui um núcleo de significado a que se ligam as faculdades de usar, gozar e dispor.”

O inciso XXVII do art. 5º da Constituição Federal é norma de direito fundamental, “de âmbito de proteção estritamente normativo, cuja conformação depende, por isso, em grande medida, das normas de proteção fixadas pelo legislador” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 326).

Além de regular diretamente as relações jurídicas, os direitos fundamentais são normas matrizes de outras normas (MIRANDA, 2001, p. 276). Assim, não se pode considerar os direitos fundamentais tão somente pelo prisma individualista. Tais direitos “transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 167).

Esse significado encerra a dimensão objetiva dos direitos fundamentais que impede uma orientação puramente utilitária do inciso XXVII do art. 5º pelo legislador, intérprete e julgador. Nesse sentido, o texto legal em análise

não pode exprimir exclusivamente o “peso do capital”, mas, ao mesmo tempo, deve prestigiar a contribuição do espírito criativo, a originalidade, o esforço característico que excede àquela energia pactuada no contrato de trabalho, mesmo porque essenciais à própria ordem econômica e financeira em um contexto contemporâneo e globalizado, que clama por inovação.

Incorre em equívoco a alegação de que o art. 4º da Lei nº 9.609/98, por ser *lex specialis*, prevaleceria sobre o comando geral da Constituição. Essa lógica interpretativa restringe-se ao nível infraconstitucional, sob pena de subversão do ordenamento jurídico nacional.

Da norma constitucional emana um verdadeiro direito de propriedade⁶ em virtude da criação intelectual, que não pode ser esvaziado pela via ordinária, especialmente em prejuízo daquele que se encontra em posição de vulnerabilidade em face de seu empregador.

É de se observar o trinômio criação-trabalho-propriedade que deve ser interpretado em consonância com a função social da propriedade, com a função solidária dos direitos, e com os princípios superiores de ética e de justiça, que devem permear as relações tanto verticais quanto horizontais.

4 – O conhecimento como fator de produção da pós-modernidade e as políticas corporativas

Em consonância com a terceira dimensão de direitos humanos, cujo valor principal é a solidariedade, tendo em vista os novos valores incorporados pela sociedade, o legislador constituinte derivado, por meio da EC nº 85/2015, alterou a redação do Capítulo IV (Da Ciência, Tecnologia e Inovação) do Título VIII (Do Ordem Social), absorvendo as demandas da sociedade do conhecimento, que altera o centro de gravidade da sociedade moderna, consumista e essencialmente capitalista, com o reconhecimento do conhecimento como o principal fator de produção da sociedade pós-moderna (não mais a mão de obra e o capital).

Essa alteração decorre da percepção contemporânea de que o principal desafio que o Brasil terá de enfrentar para se transformar em um país desenvolvido é preparar-se para a “sociedade do conhecimento” (MCT, 2014, p. 9).

6 A Constituição da República Federativa do Brasil consagra o direito à propriedade, dentro do rol dos direitos individuais, no inciso XXII do art. 5º, limitando-a desde que atenda a sua função social, no inciso XXIII do mesmo artigo e, ainda, nos incisos XXIV *usque* XXX do art. 5º; nos incisos II e III do art. 170; arts. 177 e 178; arts. 182 *usque* 186; e, ainda, nos arts. 191 e 222. Nesse ponto essencial, as ressalvas já tecidas acerca das dessemelhanças e aproximações entre os institutos. Contudo, propôs-se, em consonância com Maristela Basso, a manutenção da concepção de propriedade.

DOCTRINA

“Essa é a diretriz estratégica para as próximas décadas, que no nosso caso, implica combinar educação universal de qualidade, pesquisa científica, inovação e inclusão social. A sociedade do futuro é a sociedade do conhecimento. Durante as últimas décadas, o mundo presenciou uma notável ampliação da utilização, na produção industrial, de avanços realizados em diversas esferas do conhecimento científico, especialmente nas áreas de automação, microeletrônica e informatização.”

Desse modo, com vistas a atender os anseios econômicos e sociais, mas também ambientais, de consumo, e difusos da sociedade, tanto numa relação horizontal quanto vertical, há que se apoiar e fomentar atividades e iniciativas que prestigiem a ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, em nome do conhecimento, o novo “recurso econômico básico” (DRUCKER, 2002, p. 175-176).

Essa nova diretriz estratégica, em harmonia com os direitos e garantias fundamentais, qualifica e alavanca a promoção de uma releitura do disposto no § 1º do art. 4º da Lei nº 9.609/98, que trata da compensação do trabalho ou serviço prestado pelo salário ou remuneração.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk (1990, p. 234) conceituam o termo salário como “atribuições econômicas devidas e pagas diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço”; ou seja, o salário corresponde à contraprestação devida pelo empregador em decorrência dos serviços prestados pelo empregado, do dispêndio de sua energia ou da colocação desta à disposição do empregador.

Sob o prisma do instituto da propriedade, o direito patrimonial do empregado autor de programa de computador não pode ficar limitado à remuneração ou ao salário convencionado no contrato de trabalho.

A criação corresponde a um produto derivado da prestação do serviço, que excede à retribuição representada pelo salário. Assim, a criação original, fruto do intelecto do empregado, não pode ser remunerada de maneira englobada, sob pena de se verificar um enriquecimento sem causa, injusto, do empregador. Deve-se procurar um equilíbrio entre os interesses do trabalhador e os interesses do capital posto a serviço da capacidade inventiva.

A criação original no âmbito de uma relação de emprego, a despeito do esvaziamento legal dos direitos do empregado autor, deve, ao contrário, merecer proteção tutelar própria do ordenamento jurídico, com o objetivo de equilibrar

a imbricada relação entre empregador e empregado, respeitando-se o princípio da proporcionalidade entre os interesses e contribuições particulares dos dois⁷.

A sistematização do ordenamento jurídico abre a possibilidade de que a natureza e o conteúdo do contrato de trabalho sejam entendidos como critérios para a atribuição do direito de propriedade ao empregador. De modo que, na ausência de definições contratuais precisas, o contrato de trabalho não se transmute em meio para desvirtuar os princípios que norteiam a legislação trabalhista, restringindo a autonomia sobre sua criação e a liberdade criativa do empregado. Assim, o empregador apenas poderia exercer a parcela do direito patrimonial necessária à consecução do fim que alimentou o contrato de trabalho firmado entre as partes (ASCENSÃO, 1997, p. 374), mediante contraprestação específica não abrangida pelo salário.

Todavia, independentemente da existência de um mandamento legal, a empresa nacional – em nome do espírito de curiosidade, do empenho, do interesse e da iniciativa criadora – pode suscitar e respeitar o interesse de seus autores empregados fixando, ao menos, uma contraprestação própria, diferenciada e identificável pelo empregado.

Destarte, as novas possibilidades tecnológicas proporcionam o surgimento cada vez maior de pretensões resistidas no âmbito da Justiça do Trabalho, a suscitar um questionamento da legislação existente e a demandar iniciativas empresariais de modo a superar o texto em vigor.

Nesse cenário de profundas transformações, uma solução plausível seria a implementação de uma “política de *software*” pelas empresas nacionais.

Neste trabalho, a expressão política de *software* é adotada como um conjunto de ações e programas voltados ao fomento da criação original de programas de computador, dentro da empresa, objetivando a proteção do direito patrimonial de propriedade intelectual do empregado autor juntamente com a capacitação tecnológica da empresa, a atração de investimentos produtivos e o desenvolvimento econômico nacional, impulsionando a ampliação de seus índices de inovação.

Uma orientação puramente utilitarista, a despeito da pretensa preferência ao capital e ao desenvolvimento tecnológico e econômico, proporciona, na verdade, um enfraquecimento estrutural das organizações empresariais. A proteção dos direitos dos empregados é matéria de ordem pública e princípio da ordem econômica brasileira, cujo fim é o de assegurar a todos existência

7 Nesse sentido, Nuno Carvalho (1996, p. 10): “cabe ao legislador proteger o interesse do trabalhador, nomeadamente através da reposição do menor poder de barganha que ele tem na alocação de direitos”.

digna, conforme os ditames da justiça social. Dessa maneira, considerando as disposições constitucionais já mencionadas em conjunto com o *caput* do art. 218, que prevê que “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”, pode-se compreender que na ordem jurídica brasileira tanto o trabalho quanto o capital e o desenvolvimento científico e tecnológico não podem estar dissociados ou incompatibilizados. Esse entendimento pode ser extraído do próprio art. 218 em seu § 4º, que prevê o fomento às “empresas que invistam em pesquisa e criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho”.

Nesse sentido, a ausência de uma política de *software* na empresa implicaria perda de oportunidades e de mercado pela organização empresarial, uma vez que acarretaria o desestímulo ao desenvolvimento de programas de computador, a limitação à própria liberdade de criação de seus empregados, essenciais à garantia da dignidade humana, a desvalorização do trabalho intelectual humano e, via de consequência, da Política Nacional de Desenvolvimento.

Nessa linha de pensamento, Nuno Tomaz Pires Carvalho (1996, p. 9-10) defende uma política de incentivo a empregados inventores, que aufeririam benefícios decorrentes de suas criações intelectuais. Para o autor, esse tipo de ação influencia diretamente na competitividade da empresa, uma vez que possui uma função de fomento à invenção, considerando, inclusive, empregados que não foram contratados expressamente para pesquisa, desenvolvimento e inovação.

“(…), o Congresso, ao adequar (mediante leis ordinárias) a Propriedade Industrial aos fins constitucionalmente estabelecidos, não pode apenas buscar o desenvolvimento tecnológico e econômico, esquecendo do outro pilar que é a valorização do trabalho. Impõe-se, portanto, em matéria de inventos de empregados, o equilíbrio no tratamento do capital e do trabalho. A importância dos dois fatores não pode ser dissociada ou incompatibilizada.”

Em defesa de suas ideias, o autor argumenta que o Japão é um exemplo prático da implantação dessa política de incentivo aos empregados inventores. Para ele, sem a concessão dos incentivos aos empregados, tanto no que tange à proteção de suas invenções quanto à compensação financeira obtida, o desenvolvimento japonês não teria alcançado os altos níveis de avanço tecnológico e econômico, verificados nas últimas décadas.

Dessa maneira, adota-se o entendimento segundo o qual há uma correlação entre inovação tecnológica e emprego, e também entre inovação tecnológica, organizacional e níveis de vida dos trabalhadores (CASTELLS; CARDOSO, 2014).

A viabilidade dessa política depende da aceitação, pela instituição empresarial, de parâmetros que perpassem pelos direitos fundamentais, pelos direitos humanos, pela responsabilidade social da empresa e pelos princípios de ética e justiça.

A política de *software* proposta não deve estar voltada apenas para uma noção patrimonialista, mas ao contrário, deve deslocar-se em direção a um eixo ético de compromisso social (BARROSO, 2016). O presente trabalho entende que a promoção desse tipo de política é apta a agregar valor aos processos e produtos desenvolvidos e comercializados pela empresa, e, ainda, e fundamentalmente, a promover ações voltadas ao bem-estar social e ao desenvolvimento da comunidade na qual está inserida.

Isso posto, propõe-se uma política de *software*, na instituição empresarial, pautada no sistema aberto de normas que é o princípio da proporcionalidade, em que prevaleça o princípio fundamental da vedação ao enriquecimento sem causa e que prime pelas normas e princípios constitucionais.

Como ponto de partida, reconhece-se a inconstitucionalidade do art. 4º da Lei nº 9.609/98 e que ele encontra-se apartado da nova perspectiva tecnológica e dos princípios constitucionais. Em prosseguimento, em harmonização aos direitos constitucionais postos, sob certas circunstâncias, reconhece-se que não há direitos fundamentais absolutos. A partir da identificação dos princípios jurídicos fundamentais para cada caso concreto, competirá às partes, empregador e empregado autor, ponderar os diversos princípios jurídicos relevantes, segundo fatos e valores incidentes no caso. Não há tarefa fácil. Contudo, o consenso revela-se como sendo a melhor escolha possível, dentre os meios viáveis, para atingimento dos fins propostos.

Assim, adotam-se as considerações de Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 185), que considera a proporcionalidade “um guia à atividade interpretativa”, uma vez que o considera aplicável em qualquer interpretação.

O presente trabalho entende que a promoção desse tipo de política sustentável é apta a agregar valor aos processos e produtos desenvolvidos e comercializados pela empresa, e, ainda, e fundamentalmente, a promover ações voltadas ao bem-estar social, ao desenvolvimento econômico, à proteção do meio ambiente e ao desenvolvimento da comunidade na qual está inserida. A

solidariedade consubstancia a funcionalização do direito de terceira dimensão no âmbito empresarial, como meio de promover o fortalecimento da instituição empresarial em consonância com as três dimensões de valores (econômica, social e ambiental).

5 – Conclusão

O incremento da propriedade intelectual no mundo alterou a velocidade das transformações sociais, demonstrando toda a sua importância no desenvolvimento das nações e das sociedades.

Nesse sentido, a importância do tema proposto apto a auxiliar os organismos sociais à promoção de profundas e importantes alterações.

Delineou-se um conceito de propriedade intelectual, concluindo que o tema excede os limites traçados pelo art. 1.228 do Código Civil. O instituto da propriedade intelectual compreende a titularidade dos bens intelectuais – direitos autorais, propriedade industrial e proteção *sui generis*; a exclusividade de uso de certos bens imateriais; o direito de clientela e a concorrência desleal.

São ramos da propriedade intelectual: os direitos autorais, a propriedade industrial e a proteção *sui generis*. São áreas dos direitos autorais: os direitos de autor, os direitos conexos e a proteção dos programas de computador. Autor é aquele que cria, que idealiza, que elabora uma obra intelectual, imprimindo sua própria individualidade no produto da criação de seu intelecto. Sendo a obra expressão da criação do espírito, nos termos do art. 7º da Lei nº 9.610/98, ela está intimamente relacionada à pessoa física que a materializou.

Ao criador intelectual da obra pertencem direitos morais e patrimoniais.

A análise do art. 4º da Lei nº 9.609/98, em conjunto com o inciso XXVII, do art. 5º da Constituição Federal, permitiu concluir que esse artigo legal é inconstitucional e, assim, vulnera o direito patrimonial do autor criador de programa de computador, proporcionando uma insegurança jurídica nas relações entre empregador e empregado autor.

A norma do art. 4º da Lei de *software* não retirou apenas a exclusividade do direito patrimonial do empregado autor, mas foi além, em absoluta afronta ao dispositivo constitucional, alterou a própria titularidade dos direitos relativos aos programas de computador.

Sob o prisma do instituto constitucional da propriedade, o direito patrimonial de propriedade intelectual do empregado autor de *software* não pode

ficar limitado à remuneração ou ao salário convencionado, mas deve ser objeto de contraprestação própria, diferenciada e identificável pelo empregado.

A criação original no âmbito de uma relação de emprego, a despeito do esvaziamento legal dos direitos do empregado autor, deve merecer proteção tutelar própria do ordenamento jurídico, com o objetivo de reequilibrar a imbricada relação entre empregador e empregado, na medida em que a criação compreende um esforço intelectual diferenciado, capaz de agregar valor à empresa e exceder a relação contratual inicialmente firmada.

Em um cenário de profundas transformações, uma solução possível é a adoção pela empresa nacional de uma política de *software*, objetivando a proteção do direito patrimonial de propriedade intelectual do empregado autor juntamente com a capacitação tecnológica da empresa, a atração de investimentos produtivos e o desenvolvimento econômico nacional, impulsionando a ampliação de seus índices de inovação.

Este trabalho permite concluir que há uma correlação entre inovação tecnológica e emprego, e também entre inovação tecnológica, organizacional e níveis de vida dos trabalhadores, revelando a importância da implantação de uma política de *software* na empresa nacional.

6 – Referências bibliográficas

- ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: IBDC, 1999.
- BECK, Ulrich. *O que é globalização?: equívocos do globalismo*. Respostas à globalização. São Paulo: Paz & Terra, 1999.
- CARVALHO, Nuno T. P. Os inventos de empregados na nova Lei de Patentes – I. *Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual*, São Paulo, v. 22, maio/jun. 1996.
- COSTA NETTO, José Carlos da. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998.
- DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. *Caderno de Comunicações*, Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, ano 5, n. 2, jan. 2001.
- DRUCKER, Peter Ferdinand. *Sociedade pós-capitalista*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.
- FIGUEIRA, A. L. Barbosa. *Sobre a propriedade do trabalho intelectual: uma perspectiva crítica*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999.

DOUTRINA

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson Guimarães. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

JESSEN, Henry. *Direitos intelectuais*. Rio de Janeiro: Itaipu, 1967.

MCTI – Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. *Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação 2012-2015: balanço das atividades estruturantes*. Apresentação. p. 9. Disponível em: <https://livroaberto.ibict.br/218981.pdf>. Acesso em: 7 maio 2014.

MELO, Renato Dolabella. *Patentes e desenhos industriais: instrumentos legais para coibir os abusos*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINHARRO, Francisco Luciano. *A propriedade intelectual no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2001.

POSNER, Richard A. *Law and literature*. Cambridge: Mass, 2009.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. I.

SANSEVERINO, Rita. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1976.

SILVEIRA, Newton. *Estudos e pareceres de propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Ana Cristina França. Avaliação de propriedade intelectual e ativos intangíveis. *Revista da ABPI*, n. 39, 1999.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

WCT. *Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor*. Genebra: WIPO, 1996.

WHATSAPP. *Site*. Disponível em: <http://blog.whatsapp.com/499/Facebook>. Acesso em: 7 jul. 2014.

WIPO (2008). *Intellectual property handbook*. 2. ed. Genebra: WIPO, 2008.

WIPO (2014b). Disponível em: <http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/ompi/>. Acesso em: 14 mai. 2014b.

WIPO (2014c). *International IP protection of software*. Disponível em: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wipo_ip_cm_07/wipo_ip_cm_07_www_82573.pdf. Acesso em: 8 jul. 2014.

Recebido em: 18/09/2020

Aprovado em: 03/11/2020