

## A PATENTEABILIDADE COMO RECURSO ADICIONAL À PROTEÇÃO JURÍDICA DO SOFTWARE: RISCOS E AMEAÇAS

Thiago Tavares Nunes de Oliveira\*

**RESUMO:** *A partir do fenômeno do software livre, este trabalho pretende levantar os problemas sócio-econômicos relacionados ao patenteamento de software como recurso adicional à proteção jurídica dos programas de computador. Valendo-se de uma abordagem multidisciplinar assentada no método dialético, procura-se demonstrar que o instituto da patenteabilidade de software não estimula o processo de inovação na indústria de software e muito menos visa proteger os interesses dos programadores. Conclui-se que as patentes aplicadas ao software representam a forma encontrada por um pequeno número de grandes empresas para assegurar suas posições de monopólio, garantir a geração de valor excedente e neutralizar a concorrência.*

**Palavras-chave:** Propriedade intelectual; Inovação; Programas de computador

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho seminal se propõe iniciar uma investigação multidisciplinar acerca dos fundamentos que estão por trás do patenteamento de *software* como recurso adicional à proteção patrimonial dos ativos relacionados à criação intelectual, expressos na forma de *softwares* ou em programas de computador, atualmente protegidos pelos institutos jurídicos de *copyright* e direito autoral, decorrente dos tratados e acordos internacionais firmados.

Em um momento de grandes mudanças estruturais nas formas de produção e distribuição dos bens intelectuais fruto do trabalho social, é natural a dificuldade teórica para compreender a novidade e ao mesmo tempo conviver com a incerteza.

Ao revisitar autores clássicos das ciências econômicas e do Direito, pretende-se observar o fenômeno da patenteabilidade de *software* com o olhar clínico de um cientista social com formação jurídica e não com a motivação técnico-legal<sup>1</sup> dos causídicos.

O instituto da propriedade intelectual será abordado, portanto, a partir das categorias analíticas da Filosofia do Direito<sup>2</sup> e da Economia Política<sup>3</sup>, buscando-se situar historicamente o objeto e apontar suas contradições.

Valendo-se do método dialético e da pesquisa documental e bibliográfica, o presente

---

\* Professor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Salvador – UCSal. E-mail [thiagotavares@uol.com.br](mailto:thiagotavares@uol.com.br).

<sup>1</sup> Para uma compilação de informações técnico-jurídicas sobre o tema, ver: MONIZ, Pedro de Paranaçuá. *Patenteabilidade de Métodos de Fazer Negócio Implementados por Software: da perspectiva externa ao ordenamento jurídico pátrio*. In: Aspectos Polêmicos da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

<sup>2</sup> ALVES, Alaôr: “Ao pensar na Filosofia do Direito, tenho que refletir até que ponto o Direito não tem determinada função exatamente para manter as coisas como estão, exatamente para manter e consagrar ideologicamente as linhas de preservação disso que está aí. Há interesses de preservação e interesses de mudança. Então, é preciso entender que o próprio Direito implica também contradições e conflitos” (ALVES, 2004 p. 92-93)

<sup>3</sup> Corrente dentro das Ciências Econômicas que tem o método dialético como seu eixo interpretativo, tornando-se capaz de, partindo das meras aparências, penetrar na essência dos fenômenos sócio-econômicos e desvendá-los como movimento contraditório.

trabalho não pretende exaurir o objeto em questão, e muito menos oferecer uma interpretação técnico-legal do fenômeno – em que pese oferecer uma interpretação teleológica dos institutos jurídicos relacionados à proteção jurídica do *software* -, mas apenas e tão somente levantar o *problema* relacionado ao patenteamento de *software* e desbravar o sinuoso caminho que caracteriza este novo e problemático instituto, ainda inexistente no nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, é de suma importância realçar a relevância das notas de rodapé contidas no texto. Estas notas representam o fio condutor necessário para a compreensão das idéias apresentadas, bem como o caminho trilhado pelo autor para compreender e situar historicamente o objeto.

Espera-se, por fim, que a presente obra possa contribuir positivamente para a compreensão do tema e estimular novos estudos e pesquisas com vistas a difundir e realçar os riscos e ameaças representados pelo nascente “monstro” que tanto “temor, dúvida e encantamento”<sup>4</sup> tem provocado na sociedade mundo afora.

## O IMPACTO DAS INOVAÇÕES NA DINÂMICA DO DESENVOLVIMENTO CAPITALISTA

Nas últimas décadas, tem-se consolidado os sinais que apontam para uma mudança estrutural na forma de produção e acumulação capitalistas. O desenvolvimento das novas tecnologias da informação e comunicação (TICs) tem possibilitado um avanço expressivo do trabalho imaterial organizado em rede, bem como inaugurado oportunidades de transformação paradigmática na forma como produzimos e socializamos a riqueza fruto do trabalho social.

Por sua vez, o modelo liberal de explicação econômica, centrado na idéia de escassez, não consegue explicar a dinâmica que impulsiona os fatores produtivos para uma nova etapa de organização e desenvolvimento baseada no compartilhamento e produção colaborativas.

O recrudescimento dos institutos da Propriedade Intelectual, criados para proteger e estimular a inovação, passa a ser o elemento fundamental para assegurar os níveis de acumulação e as posições de monopólio da indústria, que tem provocado uma verdadeira corrida para a criação de barreiras à entrada de novos competidores e imposição de limites ao avanço destas novas forças produtivas engendradas no ciberespaço.

O impacto das inovações, na dinâmica do desenvolvimento econômico capitalista, foi estudado por Joseph Alois Schumpeter, advogado e economista de orientação neoclássica, que, aos 28 anos, notabilizou-se pelas grandes contribuições ao estudo da Ciência Econômica. A razão de estudá-lo se justifica apenas pela necessidade de se descortinar o véu do fetichismo que foi historicamente construído com vistas a justificar os institutos da Propriedade Intelectual como condição necessária para o surgimento das inovações e criações intelectuais.

Ao publicar, em 1911, sua “Teoria do Desenvolvimento Econômico”, Schumpeter inaugura um novo sistema de interpretação do desenvolvimento capitalista em que o conceito de inovação é o elemento-chave, responsável pela dinâmica do desenvolvimento econômico. Passados 93 anos de sua publicação, esta obra continua influenciando o pensamento econômico atual e inspirando as formulações econômicas de Governos e Organizações.

Para Schumpeter, o capitalismo como processo econômico é concebido como um sistema dinâmico em transformação. A produção, por sua vez, é entendida como uma combinação de “forças e coisas ao nosso alcance” [Schumpeter 1988], de modo que “todos os métodos de produção significam algumas dessas combinações técnicas. Métodos de produção diferentes só podem ser diferenciados pela maneira com que se dão essas combinações, ou seja, pelos objetos combinados ou pela relação entre suas quantidades” [Schumpeter 1988]. Produzir transformando

<sup>4</sup> Palavras de José Antônio B. L. Faria Correa, Presidente da ABPI – Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, no prefácio dos anais do XX Seminário da Propriedade Intelectual. In: MONIZ, 2004.

o sistema (por conseguinte gerando desenvolvimento) é realizar novas combinações, isto é “empregar recursos diferentes de uma maneira diferente” [Schumpeter 1988].

Schumpeter entende por inovações (novas combinações), a introdução de um novo produto, de um novo processo de produção, a abertura de um novo mercado, a descoberta ou conquista de uma nova fonte de matéria-prima ou a introdução de uma nova estrutura de mercado. Sua análise pressupõe a existência de uma economia de mercado em que “as novas combinações, via de regra, estão corporificadas, por assim dizer, em empresas novas que geralmente não surgem das antigas, mas começam a produzir a seu lado (...) E se a economia concorrencial for rompida pelo crescimento de grandes cartéis, como ocorre crescentemente hoje em dia em todos os países, então isso deve se tornar mais e mais a verdade quanto à vida real, e a realização de combinações novas deve se tornar, em medida cada vez maior, a preocupação interna de um mesmo corpo econômico. A diferença assim criada é suficientemente grande para servir de divisor de água entre duas épocas da história social do capitalismo” [Schumpeter 1988]

Por fim, é desse modo que Schumpeter desenvolve a concepção do processo capitalista como um sistema que progride por intermédio de transformações qualitativas e descontínuas, fruto das inovações, gerando um padrão cíclico de desenvolvimento econômico.

## O PATENTEAMENTO DE SOFTWARE

Passaram-se 191 anos desde a publicação, em 1813, da célebre carta do então ex-presidente dos Estados Unidos da América do Norte, Thomas Jefferson, que denunciou o caráter artificial da propriedade intelectual e firmou o entendimento sobre a impossibilidade de concessão do direito de monopólio conferido pelas patentes a idéias abstratas. Disse Jefferson:

“Se a natureza produziu uma coisa menos suscetível de propriedade exclusiva que todas as outras, essa coisa é a ação do poder de pensar que chamamos de idéia, que um indivíduo pode possuir com exclusividade apenas se mantém para si mesmo. Mas, no momento em que a divulga, ela é forçosamente possuída por todo mundo e aquele que a recebe não consegue se desembaraçar dela. Seu caráter peculiar também é que ninguém a possui de menos, porque todos os outros a possuem integralmente. Aquele que recebe uma idéia de mim, recebe instrução para si sem que haja diminuição da minha, da mesma forma que quem acende um lampião no meu, recebe luz sem que a minha seja apagada. Que as idéias passem livremente de uns aos outros no planeta, para a instrução moral e mútua dos homens e a melhoria de sua condição, parece ter sido algo peculiar e benevolentemente desenhado pela natureza ao criá-las, como o fogo, expansível no espaço, sem diminuir sua densidade em nenhum ponto. Como o ar que respiramos, movem-se incapazes de serem confinadas ou apropriadas com exclusividade. Invenções, portanto, não podem, na natureza, ser sujeitas à propriedade.” [Jefferson 1813]

Desde então, o monopólio conferido pelo direito patentário limitou-se às invenções que gerassem um efeito ou contribuição técnica factível de aplicação industrial - como máquinas, componentes, composições químicas e processos industriais – com a condição de preencher os requisitos necessários para patenteabilidade: novidade, não-obviedade e utilidade.

Presentes estas condições, o Estado deve conferir ao inventor um título de propriedade sobre sua invenção que lhe garanta um tempo de vantagem em relação à concorrência, que deve se abster, durante o tempo de vigência da patente, de fabricar, usar, vender, oferecer para venda ou importar o bem patenteado sem o prévio consentimento do titular da patente.

A possibilidade do patenteamento de instruções abstratas representativas de signos lingüísticos nasceu nos Estados Unidos da América do Norte, cuja idéia que permeia o sistema é de que o direito existe não para ser um edifício lógico e sistemático, mas para resolver questões concretas.

Sendo assim, ao julgar o caso *Diamond vs. Diehr* em 1981, a Suprema Corte Norte Americana decidiu que, embora os algoritmos não possam ser patenteados, suas aplicações podem ser. Acontece que na ciência da computação “as aplicações de algoritmos são, via de regra, em outros algoritmos” [Rezende 2001]. Desse modo, na prática, a Suprema Corte Norte Americana autorizou a concessão do monopólio conferido pelas patentes às criações abstratas, desde que possíveis, de aplicação técnica.

Antes de prosseguir, é necessário esclarecer o conceito de *software* para além das definições legais e técnicas. *Software* é, antes de tudo, uma criação fruto do trabalho e da genialidade humana adquirida ao longo do processo de sociabilização do indivíduo em permanente interação com os seus semelhantes e com a realidade na qual está inserido. *Software* é conhecimento puro e aplicado, expresso através de linguagem simbólica, construída e determinada historicamente a partir da cultura e dos ensinamentos herdados de nossos antepassados.

*Software* é, também, a maneira pela qual o homem se relaciona a máquina e por meio destas com os outros homens, através do ciberespaço, seja para se comunicar ou para promover revoluções.

*Software*, por fim, nas sábias palavras do professor Pedro Rezende, “é mistério. O mistério da virtualíssima trindade. Para o produtor (pai) é produto intelectual, para o usuário (filho) é inteligência intermediadora, e no ciberespaço (espírito santo dos bits) é a lei. A qual das pessoas desta trindade se privilegia, eis a questão.” [Rezende 2003]

Atualmente, o ordenamento jurídico Norte Americano permite que qualquer assunto possa ser patenteável, desde que “não caia nas únicas três exclusões identificadas pela Suprema Corte dos EUA, quais sejam: (1) leis da natureza, (2) fenômenos naturais e (3) idéias abstratas (*Diehr*, 450 US, 185)” [Moniz *apud* Stoll, 2004), ou seja: “anything under the sun that is made by man”<sup>5</sup>

No que concerne ao *software*, o Escritório de Marcas e Patentes dos EUA (USPTO) tem concedido uma quantidade assustadora de patentes desde 1981, com sinais que apontam para uma desmedida e irresponsável progressão destas concessões.

No embalo desta tendência, as grandes corporações da indústria de *software* tem procurado patentear absolutamente tudo que possa ser utilizado como recurso na suas estratégias para assegurar suas posições de monopólio. Assim, em 1991, o próprio presidente da Microsoft anunciou a estratégia da empresa através de um memorando interno direcionado à sua equipe:

“If people had understood how patents would be granted when most of today's ideas were invented, and had taken out patents, the industry would be at a complete standstill today. I feel certain that some *large company will patent some obvious thing* related to interface, object orientation, algorithm, application extension or other crucial technique. If we assume this company has no need of any of our patents then they have a 17-year right to take as much of our profits as they want. ***The solution to this is patent exchanges with large companies and patenting as much as we can.***” (GATES 1991, itálico e grifo nosso)

<sup>5</sup> “The Committee Reports accompanying the 1952 Act inform us that Congress intended statutory subject matter to “include anything under the sun that is made by man”, citação retirada da decisão da Suprema Corte Norte America no caso *DIAMOND v. CHAKRABARTY*, 447 U.S. 303 (1980), disponível em: <http://laws.findlaw.com/us/447/303.html> Acesso em: 30 de Novembro de 2004.

Esta ofensiva das grandes corporações não está direcionada apenas aos Estados Unidos da América do Norte, onde as patentes de *software* são admitidas. Mas compreende um projeto de internacionalização que reconheça a legalidade e garanta a validade jurídica das patentes de *software* a nível global. Assim se pronunciou o vice-presidente do departamento de Propriedade Intelectual e Licenciamento da IBM, em conferência organizada pelo Governo do Reino Unido em cooperação com a Presidência da União Européia, em março de 1998:

“the software industry is an important industry that is growing by leaps and bounds and is expected to continue its rapid growth into the next century. The U.S. software industry is beginning to appreciate the value of patent rights, and I believe Europe is not far from the same conclusion. From a business and technical perspective, there is no reason why software technology should be treated any less favourably than other technologies. The software industry invests large sums of money to develop creative solutions to real problems. The European Union should be looking for ways to encourage innovation in this area so that Europe does not miss out on the economic opportunities presented by the growth of this industry. If Europe wants to encourage this industry to innovate within its borders, I believe it has some work to do.” [PHELPS JR, 1998]

As grandes inovações paradigmáticas que sacudiram a indústria de *software* e de entretenimento não brotaram dos departamentos de pesquisa e desenvolvimento das grandes corporações, mas sim do trabalho aberto e cooperativo engendrado no seio da comunidade de programadores e usuários.

O avanço do *software* livre como novo modo de produção tem provocado o desestranhamento progressivo do trabalho humano em escala crescente, de modo a assegurar a apropriação direta dos frutos do trabalho por parte dos programadores, tradutores e usuários.

Diante deste cenário sombrio para a grande indústria de *software*, não resta outra saída a não ser erguer barreiras à entrada destes novos competidores e impossibilitar, através das patentes de *software*, a proliferação de bens substitutos<sup>6</sup>. Nas precisas palavras de Lawrence Lessig “A future start-up with no patents of its own will be forced to pay whatever price the giants choose to impose. That price might be high: Established companies have an interest in excluding future competitors”

As patentes de *software*, portanto, constituem-se na saída encontrada pela grande indústria do *software* para manter suas posições de monopólio<sup>7</sup> diante do avanço das novas forças produtivas engendradas no ciberespaço, que ameaçam o processo de acumulação de capital das grandes corporações.

## CONCLUSÃO

As patentes, assim como a renda da terra, constituem uma receita de monopólio garantida pela lei ao detentor da patente (título de propriedade). Ao invés da proteção limitada à

<sup>6</sup> O maior advento da comunidade de Software Livre é o projeto GNU, iniciado em 1984 por Richard Stallman, que tem como objetivo produzir um programa livre (substituto) para cada programa proprietário existente, a partir do trabalho colaborativo de milhares de desenvolvedores voluntários espalhados ao redor do planeta. Atualmente, centenas de milhares de desenvolvedores e usuários do GNU/Linux trabalham coletivamente para o aperfeiçoamento desse sistema operacional e existem mais de 10 mil programas alternativos construídos por essa comunidade.

<sup>7</sup> SCHUMPETER, Joseph: “a posição de monopólio efetivamente funciona como um freio e traz um rendimento líquido permanente ao monopolista. Consideramos a receita de monopólio um rendimento líquido com o mesmo direito e pela mesma razão que o fazemos em relação à renda” [Schumpeter 1988]

reprodução do programa conferida pelo direito de autor, a proteção patentária do *software* permite a proibição do uso do programa protegido, “pouco importando se o programa foi reproduzido ou por quem foi; o fato é que ele não pode ser utilizado” [Moniz 2004] sem o devido consentimento prévio do detentor da patente. Desse modo, “a posição de monopólio é para o monopolista algo análogo a um fator produtivo. Verifica-se uma imputação com relação aos “serviços” desse quase-fator de produção, exatamente como em relação aos outros fatores. A máquina, enquanto tal, não é uma fonte de valor excedente, nem o são os seus meios de produção, mas o monopólio torna possível obter um valor excedente com a máquina ou com seus meios de produção. Obviamente nada muda se admitirmos que o produtor e o usuário coincidem numa única pessoa” [Schumpeter 1988]

Enquanto a proteção pelo direito de autor comporta a possibilidade de criação de trabalhos derivativos e/ou similares aos existentes, a partir da recombinação das obras (incluindo código-fonte e documentação), admitindo a coexistência simultânea de vários programas com a mesma funcionalidade e utilidade, a proteção patentária exclui qualquer possibilidade de coexistência pacífica entre aplicações com mesma funcionalidade e utilidade, conforme diagnosticado nesta passagem de [Landes e Posner 2003] “The patentee of the improvement probably won’t be able to use his patent without infringing the original patent, but by the same token the original patentee cannot make the improvement without infringing the improver’s patent”.

Sendo assim, uma vez que as posições de monopólio são geradoras de rendas, a fonte do valor excedente está assegurada, e a concorrência não anula o rendimento.

É desse forma, portanto, que as grandes corporações estão conduzindo o processo de apropriação dos produtos do conhecimento humano, representado pela forma de *softwares* ou programas de computador. A adoção do modelo patentário para proteger o *software* representa a vitória de um sistema de dominação que está sendo construído para aniquilar o livre desenvolvimento das forças produtivas criadas pela sociedade.

## REFERÊNCIAS

GATES, Bill. *Challenges and Strategy*. Microsoft Corporation, 1991. Disponível em: <<http://www.bralyn.net/etext/literature/bill.gates/challenges-strategy.txt>>. Acesso em: 30 de Novembro de 2004.

LANDES, William M., POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

MONIZ, Pedro de Paranaguá. *Patenteabilidade de Métodos de Fazer Negócio Implementados por Software: da perspectiva externa ao ordenamento jurídico pátrio*. In: Aspectos Polêmicos da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JEFFERSON, Thomas. Thomas Jefferson and Intellectual Property including Copyrights and Patents. Disponível em: <<http://rack1.ul.cs.cmu.edu/jefferson>> Acesso em: 30 de Novembro de 2004.

PHELPS JR, Marshall C. Software Patents – A Global Perspective. Palestra no Seminário Software Patents in Europe, Londres, 23 mar. 1998. Disponível em: <<http://www.patent.gov.uk/about/ippd/softpat/1440.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2004.

REZENDE, Pedro Antônio Dourado de. Processo evolutivo: informática, governo e liberdades. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 ago. 2003. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br/textos/20722/>>. Acesso em: 30 nov. 2004.

\_\_\_\_\_. Sapos Piramidais nas Guerras Virtuais -Episódio I: Paradoxos da Propriedade Intelectual e da Segurança Computacional. Palestra no 3º Seminário de Segurança na Informática do Instituto Tecnológico de Aeronáutica, São José dos Campos, 25 out 2001. Disponível em: <<http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/trabs/ssi2001.htm> >. Acesso em: 30 nov. 2004.

SCHUMPETER, J.A. *A teoria do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Nova Cultural, 1988. (Coleção Os Economistas)