



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO TRÊS RIOS
DEPARTAMENTO DE DIREITO, HUMANAS E LETRAS

Mateus Bernardes da Silva

CONTRATO DE ADESÃO DE LICENÇA DE PROGRAMA DE COMPUTADOR

Três Rios - RJ
2016

Mateus Bernardes da Silva

CONTRATO DE ADESÃO DE LICENÇA DE PROGRAMA DE COMPUTADOR

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de graduação em Direito do Instituto Três Rios da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, como requisito parcial à conclusão do curso.

Orientador: Prof^o.Dr^o. Allan Rocha de Souza

Três Rios - RJ
2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UFRRJ/BIBLIOTECA

Contrato de Adesão de Licença de Programa de Computador

SILVA, Mateus Bernardes
/ Mateus Bernardes da Silva – 2016.
88 f.

Orientador(a): Prof^o.Dr^o. Allan Rocha de Souza

1. Área do trabalho - Direito da Propriedade Intelectual do Software.
2. Palavra-chave – Lei 9.609/98, *Clickwarap Licenses*.

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro Faculdade de Direito

Autorizo, para quaisquer fins a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Mateus Bernardes da Silva

CONTRATO DE ADESÃO DE LICENÇA DE PROGRAMA DE COMPUTADOR

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de graduação em Direito do Instituto Três Rios da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, como requisito parcial à conclusão do curso.

Aprovado em: _____

Banca Examinadora: _____

Drº. Allan Rocha de Souza, UFRRJ – Instituto Três Rios

Drº. Ludmilla Elyseu Rocha, UFRRJ – Instituto Três Rios

Drº. Vitor de Almeida de Azevedo, UFRRJ – Instituto Três Rios

À todos, sem os quais não poderia, apesar dos meus sonhos,
me tornar mais forte do que quando cheguei aqui.

Haja hoje pra tanto ontem.

Paulo Leminski

SILVA, Mateus Bernardes da. *Contrato de Adesão de Licença de Programa de Computador*. 2016. 88 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, 2016.

RESUMO

O software é tema relevante para a economia criativa e a sociedade do século XXI, e o Brasil ocupa um lugar de destaque no ranking do Mercado Mundial de Softwares e Serviços. Em vista desta realidade, o presente estudo busca: enfrentar a pertinência da Lei 9.609/98 para a sociedade brasileira atual; o processo de enquadramento da proteção jurídica ao software; tecer algumas justificativas para esse enquadramento das normas internacionais e nacionais; enfrentar a definição do texto legal e os limites do bem jurídico a ser protegido pela Lei 9.609/98, enfrentar os tipos contratuais de exploração do software, com enfoque no surgimento do lucrativo contrato de adesão de licença de programa de computador feitos por clique. Buscando, assim, contribuir com algumas considerações gerais ao estudo da proteção jurídica ao software e ao seu contrato mais comum, sem, entretanto, a intenção de esgotar o assunto.

Palavras chave: Software, Programa de computador, Lei 9.609/98.

Sumário

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO..... | 9 |
| CAPÍTULO 1 - DESENVOLVIMENTO JURÍDICO DA PROTEÇÃO AO SOFTWARE..... | 12 |
| 1.1 - O software é uma propriedade?..... | 13 |
| 1.2 - Das infrações e penalidades na violação ao software..... | 16 |
| 1.3 - Dos direitos da empresa e do autor do software..... | 20 |
| 1.4 - Definição de software e seus limites conceituais..... | 23 |
| 1.5 - O registro do software..... | 27 |
| 1.6 - O software como direito sui generi..... | 29 |
| CAPÍTULO 2 – CONTRATOS DE SOFTWARE..... | 33 |
| 2.1 - A construção do lucro..... | 33 |
| 2.2 - A incidência dos princípios contratuais..... | 36 |
| 2.3 - Cultura de licenças..... | 39 |
| 2.5 - Tipos de contratos de software..... | 41 |
| 2.4 – Decisões judiciais sobre contratos de software..... | 47 |
| CAPÍTULO 3 – CONTRATO DE ADESÃO DE LICENÇA DE PROGRAMA DE COMPUTADOR..... | 51 |
| 3.1 - Validade das “Clickwarap License”..... | 51 |
| 3.2 - Contrato de adesão e o plano da eficácia..... | 55 |
| 3.3 - Das disposições legais gerais..... | 58 |
| 3.4 - Análise das cláusulas típicas e a sua eficácia..... | 59 |
| 3.5 – Jurisprudência sobre software no Supremo Tribunal Federal..... | 63 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 68 |
| BIBLIOGRAFIA BÁSICA..... | 72 |
| ANEXO A – Lei nº 9.609 , de 19 de fevereiro de 1998..... | 77 |
| ANEXO B – Modelo de Contrato de licença de uso e prestação de serviços..... | 82 |

INTRODUÇÃO

Em uma das primeiras aulas que tivemos como alunos de direito, ouvimos a frase: a sociedade avança primeiro que o direito e este deve segui-la. Como se o direito sempre estivesse em descompasso, sempre atrasado. Mas nem sempre a sociedade avança primeiro, pelo menos não a sociedade toda e o direito acaba por lançar caminhos para a sociedade. Aos poucos, percebemos a lógica desse sistema jurídico. É necessário esperar que os mecanismos de representação possam fazer o poder Legislativo se movimentar em harmonia com os interesses da sociedade e positivizar os avanços dessa em um texto legal. É necessário esperar que esse texto possa atender a todos os polos interessados da maneira mais justa. É necessário esperar que esse texto possa ser interpretado de maneira adequada. Esperar que os responsáveis pela aplicação desse texto, ao menos o conheça. Esperar que ao aplicar os dispositivos não haja nenhuma distorção. Esperar que os destinatários da proteção normativa tenham acesso à essa proteção, ou seja, esperar a eficácia da proteção. Ora, tudo isso é um processo longo e árduo.

Entretanto, é relativamente fácil perceber hoje o nascimento e a criação de um novo direito desde o final do século XX. Trata-se do direito relativo aos programas de computador e os seus correspondentes tipos contratuais específicos. As inovações tecnológicas vivenciadas nos últimos tempos contribuiu imensamente para essas e outras construções no mundo jurídico.

Isso demonstra em parte o quanto o direito é e tem se tornado cada vez mais dinâmico. Entretanto, é cada vez mais claro, que a influência dessas transformações no direito não são “puras” e prescindíveis de inúmeros outros aspectos da vida em sociedade e de outros campos do conhecimento. Não se pode negar a influência que conceitos diversos utilizados também em outros campos de conhecimento como os de ideais econômicos, de justiça, igualdade, liberdade, propriedade, de concepções políticas e da própria ideia de função dos direitos interferem diretamente nas interpretações feitas dos fatos e atos considerados juridicamente relevantes para essas recentes construções e outras bem mais antigas.

O futuro do direito se direciona cada vez mais a outras esferas de conhecimento em detrimento do seu resquício, antigo e inadequado método fechado em “si mesmo”. Fechado em seus próprios conceitos, argumentos de validade e em sua própria propagação de um

“*status quo*” jurídico e conseqüentemente social, mesmo que também promova transformações sociais. O direito é por vezes ambíguo, mas sempre é um instrumento.

Sempre existiu uma pluralidade de conceitos de direito e de perspectivas de como se observar o fenômeno jurídico. E tal como inúmeras são as pessoas que se debruçam sobre os seus conceitos, institutos, regras, normas e princípios. Inúmeras são as possibilidades de interpretação destes mesmos conceitos, institutos, regras, normas e princípios. A vivacidade e dinamicidade das transformações do direito são frutos das contribuições aceitas como relevantes pela comunidade acadêmica, jurídica, legislativa e executiva de diversos países. Influenciando, estes também uns aos outros.

O direito não é mais um produto do monopólio do Estado. Afinal, o direito é anterior a ideia de Estado. A quebra da premissa de que a vontade do legislador ao fazer a lei deve ser respeitada inquestionavelmente. Afinal as circunstâncias factuais mudam e conseqüentemente as correntes doutrinárias mudam também. Novas jurisprudência ou teorias e mesmo novas leis e princípios influenciam a cada dia mais a ordem jurídica. Não é possível mais aplicar uma lei considerando-a unicamente, é preciso ver suas relações com outras normas e utilizar o meio interpretativo adequado.¹

Mas então os juízes e outros atores estariam discricionariamente criando e legislando sobre temas já positivados? Sim e não. Sim, pois afinal, toda interpretação é uma criação. No entanto, os juízes não estariam legislando e sim fazendo o trabalho atribuído a eles, seja peticionando uma causa controversa, seja decidindo com privilégio a uma nova interpretação jurisprudencial, doutrinária ou técnica. Realizando, é claro, sempre uma interpretação condicionada aos limites constitucionais. Fazendo a adequação necessária a ordem jurídica, que a permite tentar acompanhar as mudanças da sociedade que regula.

Ao falar de mudanças na sociedade é inevitável falar sobre as que a Tecnologia da Informação acarretou. Houve um extraordinário impacto nas relações sociais do mundo moderno, sobretudo com o aparecimento das redes eletrônicas de comunicação (Internet) e a consolidação da Sociedade Global da Informação. Praticamente todas as atividades do cotidiano foram alteradas por essa revolução tecnológica: entretenimento, negócios, cultura, educação e comunicação. Por essa razão, não deixa de ser surpreendente constatar que o pleno reconhecimento desse fenômeno no ambiente jurídico nacional é ainda mais necessário, se ressentindo, por vezes, de não ser suficiente.

¹ BETTI, Emilio. Interpretação da lei e dos atos jurídicos. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2007. P.122

No fim de tentar uma contribuição a essa seara, buscaremos como finalidade primordial construir e/ou reestruturar de maneira tal os fatos e argumentos dentro do escopo do tema da pesquisa possibilitando um “novo” olhar sobre o mesmo, por mínimo de inovador que seja. E mesmo que não seja, possibilitando colocá-los em discussão, já que é um assunto de importância ímpar na sociedade contemporânea.

CAPÍTULO 1 - DESENVOLVIMENTO JURÍDICO DA PROTEÇÃO AO SOFTWARE

Como definiu Manuel Castells, nossa sociedade tem se caracterizado por estar cada vez mais interligada. Uma sociedade em rede. Principalmente após a revolução tecnológica desencadeada a partir da década de 1970 várias tecnologias se proliferaram pelo mundo. Desde equipamentos industriais a equipamentos eletrônicos e de telecomunicações de uso pessoal e profissional que são utilizados todos os dias.

O que todos esses equipamentos e aparatos têm em comum é que precisam estar programados para realizar as suas devidas funções. E assim fazer funcionar esse mundo em torno deles que se tornou dependente de seus serviços. São inúmeras as criações intelectuais relativas ao software, para o comércio, para a indústria, para entretenimento, para segurança. O software se tornou um produto básico e indispensável para a sociedade pós-moderna.

Faz-se necessário que os operadores do direito compreendam a importância desse bem intelectual para todos os pólos interessados: sejam eles agentes econômicos, agentes desenvolvedores de softwares, agentes públicos, e a própria sociedade que utiliza e é influenciada por todos esses interesses.

Compreender a evolução, dificuldades, e os principais debates envolvidos na criação das normas internacionais e nacionais dos instrumentos de proteção jurídica ao software é essencial para utilizá-las de modo adequado.

O Software é um bem que pelo seu valor econômico inexoravelmente foi visto como algo a ser “apropriado” por possuir em si inúmeras possibilidades de geração de valor. Obter por meio de institutos jurídicos uma forma de garantia quanto a esse bem se tornou um objetivo a ser alcançado.

No início, anos de 1970 e 1980, os softwares eram protegidos pelo segredo industrial ou contratual, normalmente entre o vendedor e o comprador de *hardware*. Mas essa forma de proteção logo se mostrou insuficiente crescendo a demanda por uma proteção exclusiva.

O crescimento do consumo de computadores nos anos 70 e a Era do Microcomputador dos anos 80 tornaram impossível proteger softwares com base em segredo industrial ou contratual. Quando microcomputadores invadiram o mercado, a demanda por proteção exclusiva cresceu junto com a exposição adicional do novo comprador com quem nenhuma relação contratual ou confidencial era

significativa: programas eram vendidos em supermercados como salsichas.²

Mas a proteção do software como um bem informático somente ganhou efetividade na medida em que o Estado garantiu ao titular do bem intelectual não apenas os direitos sobre o bem intelectual em si (programa de computador), como também o direito de exclusivo, com o privilégio da exploração econômica, exclusividade durante um certo lapso de tempo, atendendo a interesses sociais e de desenvolvimento tecnológico.³

1.1 - O software é uma propriedade?

Em 1972, Eugen Ulmer, a partir de análises da automação e do processamento da informação no âmbito do Direito Autoral defendia a tutela dos programas de computador por meio de Tratados Internacionais⁴.

Em 1976, com a lei de direitos autorais americana, iniciou-se a transformação dos pactos de não-concorrência em direitos *erga omnes* com característica de propriedade.

Foi surgindo, então, a consciência e um profícuo debate sobre a melhor forma de proteção e enquadramento jurídico do *software*. Se deveria ser protegido pelo Direito Autoral, pelo Direito Industrial ou se por um modelo específico.

Em 1973, na Convenção de Munique, houve as primeiras convergências doutrinárias, tendo sido aí consagrada a impossibilidade de atribuição de patentes aos programas de computador.

A Alemanha e a França em 1985 regulamentaram o software como um bem merecedor de tutela pelo Direito Autoral.

No Direito Comunitário Europeu em 1991 foi editada a Diretiva 91/250/CEE, pelo Conselho Europeu, e que se concedia ao *software* caráter criativo e proteção análoga à

² BARBOSA, Denis Borges. Tratado de Propriedade Intelectual. Tomo II. Rio de Janeiro. Editora Lúmen Júris. 2010. p.1863

³ WACHOWICZ, MARCOS. Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação. 1ª Edição. 6ª Reimpressão. Curitiba: Juruá Editora. 2009, pg. 205.

⁴ “Isto se deu quando da solicitação de relatórios pela Unesco e OMPI sobre a tutela jurídica que se deveria dar a matéria. E a conclusão inovadora para a época, foi a de que a violação do direito autoral se daria tanto na entrada de dados em um computador – na medida em que haveria a memorização de uma obra intelectual – como na saída dos dados de um computador, o que configuraria uma recuperação ou reprodução da obra intelectual” WACHOWICZ, MARCOS. Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação. 1ª Edição. 6ª Reimpressão. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p.205.

conferida às obras literárias. Essa diretiva influenciou diversos países, inclusive, os Estados latino-americanos.

Em 1994 a proteção dos programas de computador ganhou relevância com a conclusão da Rodada do Uruguai, no âmbito do GATT, quando por meio do acordo TRIP, se dispôs no art.10, n. 1: "programas de computador, em Código Fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias segundo a Convenção de Berna (1971)".

O que tornou coativa a proteção do software por algum regime autoral pelos Estados membros do acordo⁵. Tal proteção literária se aplicando aos programas de computador, independente de sua forma ou meio de expressão e independente de sua forma de leitura – mecânica ou não.

A Constituição brasileira de 1988 rejeitou a expressão propriedade intelectual, reservando-a apenas para as marcas. Isto quer dizer que somente as marcas são propriedade de alguém ou de alguma empresa.

No artigo 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, a Constituição é clara: "Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos seus herdeiros por todo o tempo que a lei fixar." Ou seja, a lei dá aos autores de inventos industriais privilégio temporário apenas para a utilização.

No inciso 28 deste mesmo artigo, que faz parte das cláusulas pétreas (aquelas que não podem mudar) da Constituição, são asseguradas a proteção às participações individuais em obras coletivas e a reprodução da imagem e da voz humana. Isso vale também para atividades desportivas, o que é uma alusão ao direito de arena, de transmissão de espetáculos esportivos e teatrais. Não se fala em propriedade. A Carta Magna do Brasil não usa essa expressão, garante-se proteção às participações individuais.

Já para marcas, o tratamento foi outro. Considera-se que elas são um bem abstrato, do espírito; são fruto de criatividade e designam algo imaterial. Uma marca é a representação de uma empresa, é sua identidade. Então, só neste caso a Constituição brasileira admite a propriedade intelectual. Segundo Ulysses Machado, "a ideia de propriedade foi uma deturpação do conceito inicial, que era de proteger e incentivar a criação". Ele explica: "A propriedade é um recurso jurídico que pressupõe a possibilidade de se alienar a qualquer tempo, de se dispor do bem. Por exemplo, de seu automóvel, ele é sua propriedade, você pode alugá-lo ou vendê-lo, fazer negócio com ele".⁶

⁵ BARBOSA, p 1853.

⁶ Artigo: "Aumentam as resistências ao movimento internacional pelas patentes". Disponível em: <http://www.serpro.gov.br/imprensa/publicacoes/Tema/tema_174/materias/aumentam-as-resistenciao-movimento-internacional-pelas-patentes>. Acesso em: 10 dez. 2015.

Uma das características questionáveis para não enquadrar o software como uma propriedade é a temporalidade de sua proteção. Mas por outro lado, essa característica de poder alugá-lo, licenciá-lo, vendê-lo, enfim, fazer negócio com ele, traz problemas a esse não enquadramento.

Após a conclusão da Rodada do Uruguai, no âmbito do GATT, quando por meio do acordo TRIP, que dispôs no art.10, n. 1: "programas de computador, em Código Fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias segundo a Convenção de Berna (1971)", acabou-se influenciando para que o prazo de proteção devesse ser os 50 anos previstos por Berna. Então, assim dispõe a Lei de Software:

Art. 2º. O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.

§ 2º. Fica assegurada a tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação.

O efeito, conseqüentemente, foi estender os prazos de proteção em diversos países. Por exemplo, a antiga Lei Brasileira de Software de 1987, tinha um tempo de proteção de 25 anos a partir do primeiro uso comercial em qualquer país. Isso representa 100% no aumento da proteção. O que, na prática, significa um aumento no tempo de angariação do lucro por royalties, pagos pelos países consumidores aos países fornecedores de softwares.

Talvez fosse mais adequado, para melhor aproveitar a natureza específica do software, que houvesse um prazo bem menor, contra as normas do TRIPS. Os especialistas referem-se a um prazo de 5 a 7 anos para abertura ao acesso público do nível tecnológico do software⁷.

Nas palavras de Jerome Reichman:

[...] a solução dos TRIPS pode efetivamente impedir a duplicação de softwares de computador e especialmente o código, como a lei de concorrência desleal fazia em alguns países europeus [...] Mas, nem o direito autoral nem o segredo industrial reforçados pelo acordo Trips previne a reimplementação ou comportamento funcional equivalente. Nem tais leis impedem retardatários em países desenvolvidos ou em desenvolvimento de usar componentes que são funcionalmente determinados ou que constituem padrões de eficiência no comércio ou

⁷ DAVISON, DM.: p.103; "even if release ideas into public domain (after 5 or 7 or 17 years), no need to release program copyright". Apud BARBOSA, p. 1970.

Mercado que sejam requeridos pelo consumidor. Ademais por conta do Artigo 10 do TRIPs expressamente requerem programas de computador a serem protegidos como “obras literárias” permitindo que países em desenvolvimento invoquem dispositivos de licença compulsória estabelecidos no anexo à Convenção de Berna para determinados fins educacionais e de pesquisa.⁸

Em 1996, com o Tratado de Direitos Autorais da OMPI, adicionou-se o direito a proteção física contra cópia. Segundo Barbosa:

Com uma descomunal campanha publicitária e política, os investidores em software (e nessas coisas em tudo similares, discos e dvds) tentaram inculcar no público e nos governos a noção de que cópia é uma infração moral, política e eticamente reprováveis. Proteção real, obrigacional, física e metafísica. Curiosamente, a primeira medida legislativa para adaptar o direito autoral clássico ao software tem sido, uniformemente, a erradicação dos direitos morais.⁹

Sendo assim, cumpre analisar como na lei de software brasileira foi feita essa configuração de infração moral, política e ética reprováveis.

1.2 - Das infrações e penalidades na violação ao software

Pelo artigo 12 da lei de software, a violação dos direitos de Autor de Programa de Computador é crime, sujeitando o infrator às penas de detenção de 06 meses a 02 anos, ou multa. Se a violação tiver fins comerciais, de acordo com o parágrafo 1º, a pena se agrava para reclusão de 01 a 04 anos e multa, cumulada com perdas e danos pelos prejuízos decorrentes da infração. A mesma pena incide para quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral.

Neste momento, é necessário que se defina a contrafação, ou seja, a transgressão em si, fruto da eventual indenização por perdas e danos. Pode-se conceituar contrafação como sendo a utilização indevida ou não autorizada dos programas de computador.¹⁰

Existem quatro formas básicas de pirataria (contrafação), sendo todas igualmente lesivas ao editor de software e ao utilizador final.

⁸ BARBOSA, p 1855.

⁹ WACHOWICZ, MARCOS. Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação. 1ª Edição. 6ª Reimpressão. Curitiba. Juruá Editora. 2009

¹⁰ Tal definição pode ser encontrada no site do INPI. www.inpi.gov.br/programa/conteudo/s_registro.htm

A primeira é a pirataria individual, que consiste em compartilhar programas com amigos e colegas de trabalho. É um problema significativo, levando-se em conta que os usuários individuais fazem cópias não autorizadas, acreditando que não possam ser detectados.

A pirataria corporativa é a execução de cópias não autorizadas de softwares, em computadores dentro de organizações, em outras palavras, ocorre quando os softwares são reproduzidos pela corporação para serem utilizados no escritório, sem a aquisição das respectivas licenças de uso, o que, mesmo se em pequenas quantidades, pode significar multas vultosas.

As chamadas “revendas” são aquelas que vendem softwares, a preços reduzidos, ou gravações ilegais em discos rígidos de computadores onde o software pirata é oferecido como um adicional gratuito na compra do hardware. Caso isto ocorra, se faz necessário que o usuário cobre do fornecedor a entrega do seu certificado de licença do produto, sob pena de ser acionado judicialmente, por recepção de mercadoria falsificada e infração de direito autoral.

A quarta forma de pirataria é a denominada “utilização em redes locais”, que ocorre quando o software é transferido para os utilizadores ligados, através de um modem, ou da Internet, sem a autorização expressa do proprietário dos direitos autorais do programa.

A Business Software Alliance, da qual fazem parte grandes empresas do setor, tais como, Adobe, Apple, Bentley Systems, Macromedia, Microsoft, Symantec, entre outras, apresenta anualmente um estudo acerca da contrafação no setor, bem como das perdas anuais sofridas em consequência da pirataria. No Brasil, a entidade afirma que 55% do mercado nacional de software é ocupado pela pirataria. São números alarmantes, todavia, em 1994, este mesmo número chegava aos 77%.¹¹

O problema da contrafação (pirataria) atinge todos os Estados nacionais indiscriminadamente. Todavia, alguns países lidam mais apropriadamente com este problema, sendo bons exemplos, os EUA, a África do Sul, a Nova Zelândia e a França. Entretanto, o Estado nacional que melhor protege o software, é, sem dúvida, os EUA. Além da melhor e mais abrangente legislação sobre o tema, a fiscalização à pirataria é ostensiva e surte resultados.¹²

Um caso marcante no Supremo Tribunal Federal Brasileiro e que se enquadra no art. 12 é o da extradição do nacional norte-americano Terry Lee Habner ao Governo dos Estados

¹¹ www.abes.org.br

¹² www.cybercrime.gov.

Unidos da América, no Ext 1212 do STF do Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento: 09/08/2011¹³, por suposto delito de conspiração para o tráfico de software falsificado e documentação falsificada de programa de computador. Ele foi considerado um fugitivo, veio para o Brasil e foi preso pela polícia federal. As investigações revelaram que:

um grupo de co-conspiradores em Los Angeles, San Francisco, Seattle, Austin, Hong Kong e em outros lugares fabricaram e distribuíram software de computadores falsificados sob vários nomes de empresas. A operação foi dividida em dois grupos, sendo um grupo para fabricação dos softwares falsificados e documentos relacionados, e outro grupo para vendê-los. [...] Ele venderia produtos falsificados de baixa qualidade da Microsoft, Adobe e Symantec de graça para compradores desavisados do site de leilões na Internet, eBay. [...] Uma busca pelos imóveis das empresas revelou aproximadamente 87 milhões de dólares em software falsificado; disco compacto (CD) equipamentos identificando, no mínimo, trinta ou mais empresas e

¹³ EMENTA Extradicação instrutória. Governo dos Estados Unidos da América. Pedido instruído com os documentos necessários à sua análise. Atendimento aos requisitos da Lei nº 6.815/80 e do tratado bilateral, com integração ao rol de delitos passíveis de extradicação dos crimes de conspiração para o tráfico de software falsificado e de documentação falsificada de programa de computador. Prescrição. Não ocorrência, tanto sob a óptica da legislação alienígena quanto sob a óptica da legislação penal brasileira. Dupla tipicidade. Ocorrência. Reexame de fatos subjacentes à investigação. Impossibilidade. Sistema de contenciosidade limitada. Precedentes. Revogação da prisão. Não ocorrência de situação excepcional que justifique a revogação da medida constritiva da liberdade do extraditando. Legitimidade constitucional da prisão cautelar para fins extradicionais. Precedentes. Pedido deferido. Assegurada a detração do tempo de prisão ao qual o extraditando foi submetido no Brasil (art. 91, inciso II, da Lei nº 6.815/80). 1. O pedido formulado pelo Governo dos Estados Unidos da América, com base em tratado de extradicação firmado com o Brasil, atende aos pressupostos necessários ao seu deferimento, nos termos da Lei nº 6.815/80. 2. Pedido que foi instruído com os documentos necessários à sua análise, trazendo, inclusive, detalhes pormenorizados quanto à indicação concreta sobre o local, a data, a natureza e as circunstâncias dos fatos delituosos. Portanto, em perfeita consonância com as regras dos arts. IX, 1, do tratado bilateral e 80, caput, da Lei nº 6.815/80. 3. Os fatos delituosos imputados ao extraditando correspondem, no Brasil, aos crimes de quadrilha ou bando (CP, art. 288) e de violação de direitos de autor de programa de computador (Lei nº 9.609/98, art. 12), satisfazendo, assim, ao requisito da dupla tipicidade previsto no art. 77, inciso II, da Lei nº 6.815/80. 4. Não ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, tanto pelos textos legais apresentados pelo Estado requerente quanto pela legislação penal brasileira (inciso IV do art. 109 do Código Penal). 5. No Brasil, o processo extradicionário se pauta pelo princípio da contenciosidade limitada, não competindo a esta Suprema Corte indagar sobre o mérito da pretensão deduzida pelo Estado requerente ou sobre o contexto probatório em que a postulação extradicionária se apoia. 6. No que concerne à alegação do extraditando acerca da inexistência de previsão dos delitos a ele imputados no tratado bilateral firmado entre Brasil e Estados Unidos da América, a impedir a extradicação, observo que se incorporaram à ordem jurídica interna a Convenção de Berna sobre Direitos Autorais, a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, com a tipificação das condutas incriminadas tanto na legislação penal pátria como na alienígena, incorporadas, assim, automaticamente ao rol de delitos extraditáveis. 7. A prisão preventiva é condição de procedibilidade para o processo de extradicação e, tendo natureza cautelar, “destina-se, em sua precípua função instrumental, a assegurar a execução de eventual ordem de extradicação” (Ext nº 579-QO, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 10/9/93), nos termos dos arts. 81 e 84 da Lei nº 6.815/80, não comportando a liberdade provisória ou a prisão domiciliar, salvo em situações excepcionais. 8. De acordo com o art. 91, inciso II, da Lei nº 6.815/80, o Governo dos Estados Unidos da América deverá assegurar a detração do tempo em que o extraditando houver permanecido preso no Brasil por força do pedido formulado. 9. Extradicação deferida. (Ext 1212 / ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento: 09/08/2011)

sítios relacionados à Internet, localizados por todo os Estados Unidos, que distribuíam o software falsificado produzido por Terry Lee Haber e seus colegas. [...] As provas consistem em várias declarações de testemunhas, provas documentais, como registros de negócios que revelam a venda do software falsificado, e outras evidências físicas.

Outro caso de extradição no Supremo Tribunal Federal é um pedido feito pela República Federal da Alemanha - Ext 1293 / DF – do Relator Ministro LUIZ FUX julgado em 11/06/2013. Onde o extraditando e os corréus são responsáveis pelo engendramento e execução de um projeto criminoso com o objetivo de auferir vantagem econômica indevida. In casu, os fatos supostamente delituosos imputados ao extraditando consubstanciam fraude consistente em ludibriar investidores, ao convencê-los, mediante a manipulação de softwares, da eficiência de determinada tecnologia destinada ao serviço de segurança bancária, culminando com o recebimento de vantagens ilícitas entre outubro de 2006 e abril de 2009. Neste caso, configurar-se-ia talvez estelionato através do software.

Entretanto é possível através do caso narrado acima a percepção da facilidade de manipulação de softwares, e conseqüentemente a facilidade de se poder caracterizar em outras situações os atos praticados conforme tipificados no art.12, §3º, inciso II da Lei de Software, onde pode configurar violação de direitos de autor de programa de computador para em decorrência de ato delituoso resultar em pratica de quaisquer dos crimes contra ordem tributária ou contra as relações de consumo. Neste caso seria necessário a denúncia de membro do Ministério Público.

Art. 12. Violar direitos de autor de programa de computador:
Pena – Detenção de seis meses a dois anos ou multa.

§ 3º. Nos crimes previstos neste artigo, somente se procede mediante queixa, salvo:

II – quando, em decorrência de ato delituoso, resultar sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária ou prática de quaisquer dos crimes contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo.

§ 4º. No caso do inciso II do parágrafo anterior, a exigibilidade do tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, processar-se-á independentemente de representação.

Os processos judiciais normalmente se iniciam de duas formas: mediante queixa, ou mediante denúncia. No primeiro caso é necessário que um indivíduo qualquer “apresente queixa”, iniciando-se assim o processo de inquérito. Já o segundo caso se dá “de ofício” mediante denúncia do membro do Ministério Público (Promotor), o qual instaura o inquérito.

De acordo com o art. 13 “a ação penal serão precedidas de vistoria, podendo o juiz ordenar a apreensão das cópias produzidas ou comercializadas em poder do infrator ou de quem as esteja expondo, mantendo em depósito, reproduzindo ou comercializando.”

Além da ação penal, cabe a reparação civil, art. 14 § 1º. “a ação de abstenção de prática de ato poderá ser cumulada com a de perdas e danos pelos prejuízos decorrentes da infração” podendo o juiz conceder medida liminar proibindo ao infrator a prática do ato incriminado.

Acerca destas perdas e danos causadas pelos gravames decorrentes da infração, a Lei 9.610/98 (Direitos Autorais), no capítulo das sanções às violações dos direitos autorais, traz uma série de penalidades de natureza civil (arts. 101 a 110). Portanto, temos a responsabilização por perdas e danos daquele que requerer e promover as medidas repressivas e reparatórias previstas na Lei 9.609/98, agindo de má-fé ou por espírito de emulação, capricho ou erro grosseiro, nos termos dos arts. 16, 17 e 18 do Código de Processo Civil, combinado à Lei 9.610/98, especialmente o parágrafo Único do art. 103 - “Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos.” Tal disposição está relacionada com o disposto no capítulo específico “da edição” (art. 56) da Lei 9.610/ 98 - “(...) No silêncio do contrato, considera-se que cada edição se constitui de três mil exemplares”¹⁴.

Além de perdas e danos, e da multa a ser estipulada pelo juiz (não superior a 1% do valor da causa), conforme for a dimensão dada ao caso, pode ser passível de reparação por danos morais também, caso haja uso de informações confidenciais para outras finalidades. (art. 14, §4º). E aquele que requerer e promover as medidas previstas nos artigos 12 e 13 agindo de má-fé ou por espírito de emulação, capricho ou erro grosseiro, nos termos dos artigos 16, 17 e 18 do Código de Processo Civil, serão responsabilizados por perdas e danos. Como entrou em vigor o novo Código de Processo Civil, os respectivos artigos 79, 80 e 81 correspondem aos artigos citados na lei de software. A única mudança de redação é no artigo 81 do NCPC que diminuiu o teto da multa aplicável de 20% para 10% do valor da causa.

1.3 - Dos direitos da empresa e do autor do software

No estudo do Direito Comparado Internacional, para proteção do autor, importante é a diferenciação entre a visão anglo-americana (*copyright*) e o sistema continental europeu (direito autoral).

¹⁴ FERREIRA, Gustavo Assed. Medidas Jurídicas de Proteção ao Software. Revista Paradigma da Universidade de Ribeirão Preto. p.50.

A lei de Copyright é centrada na tutela da obra criada, e assim, visa a coibição da reprodução do software. Ao contrario o sistema europeu visa proteger o direito do criador da obra. Daí que no sistema europeu não se exige o registro do programa de computador como se faz no sistema anglo-americano, uma vez que a proteção é dada ao autor e não a sua criação.

A Lei de Software nacional dispõe da seguinte maneira:

Art. 2º, § 1º - Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação.

Segundo José de Oliveira Ascensão, “o sistema anglo-americano admite que o direito de autor seja atribuído a empresa, o que não é admissível no sistema europeu, que considera a criação fruto de uma concepção individual, na qual apenas se reconhecem direitos a pessoas físicas”¹⁵.

Outra distinção entre os dois sistemas refere-se à admissibilidade de obra coletiva. Acolhida pelos países latinos, mas não pelos países germânicos. Essas especificidades podem acarretar algum obstáculo contratual, quando a matéria é o desenvolvimento de sistemas informáticos¹⁶.

O direito brasileiro, nesta matéria, se filia à escola europeia, principalmente à alemã. Na mesma época (1808) em que se desenvolveu o direito sobre bens, os publishers (editores) ingleses, em confronto com a coroa britânica, foram construindo um dispositivo que hoje é denominado copyright. Literalmente, direito de cópia. "Esse direito se refere à coisa e não ao criador", lembra Machado, chamando a atenção para uma ideia fundamental, que diferencia os conceitos jurídicos ingleses dos alemães: "Sob esse ponto de vista a coisa não é a extensão da personalidade do criador, ela é dissociada, passível de negociação. É perfeitamente factível, no direito anglo-saxão, a venda de uma obra, é comum passar os direitos a outra pessoa, como se ela fosse mesmo o autor. Isso não ofende o espírito da ética protestante, não denigre a criação nem o criador".¹⁷

¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. Rio de Janeiro. Renovar, 1997. p.5.

¹⁶ WACHOWICZ, MARCOS. Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação. 1ª Edição. 6ª Reimpressão. Curitiba. Juruá Editora. 2009

¹⁷ SERPRO, Aumentam as resistências ao movimento internacional pelas patentes. Disponível em: <http://www.serpro.gov.br/imprensa/publicacoes/Tema/tema_174/materias/aumentam-as-resistenciais-ao-movimento-internacional-pelas-patentes>. Acesso em: 10 dez. 2015.

O Brasil adota a teoria da bifurcação dos direitos de autor – morais e patrimoniais - correspondente à teoria dualista, que é reconhecida pela Lei 9.609/98. No entanto, a sistemática estabelecida se aproxima ao do anglo-saxão do copyright (direito de cópia), por afastar os direitos morais do programador, restringindo-se apenas os “direitos de paternidade e contra alterações não-autorizadas que impliquem em deformação, mutilação ou outra modificação ao programa”. A transferência de direitos patrimoniais, ao contrário do disposto na Lei de Direitos Autorais em que a exploração econômica da obra depende de autorização do autor (prévia e escrita), na Lei 9.609/98 o encomendante, salvo ajuste diverso, é o titular do programa de computador¹⁸.

Art. 4º. Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou, ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos.

§ 1º. Ressalvado ajuste em contrário, a compensação do trabalho ou serviço prestado limitar-se-á à remuneração ou ao salário convencionado.

A exceção a regra é no § 2º e § 3º do Art. 4º, onde o programa pertencerá ao indivíduo que o criou, desde que ele não tenha sido contratado para trabalhar na área de informática, nem para desenvolvimento de programas e desde que não utilize equipamentos da empresa ou informações técnicas a ela vinculada. Se aplicando também aos bolsistas, estagiários e assemelhados.

§ 2º. Pertencerão, com exclusividade, ao empregado, contratado de serviço ou servidor os direitos concernentes a programa de computador gerado sem relação com o contrato de trabalho, prestação de serviços ou vínculo estatutário, e sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, da empresa ou entidade com a qual o empregador mantenha contrato de prestação de serviços ou assemelhados, do contratante de serviços ou órgão público.

§ 3º. O tratamento previsto neste artigo será aplicado nos casos em que o programa de computador for desenvolvido por bolsistas, estagiários e assemelhados.

¹⁸ DELL'ISOLA, *Carmela*. Apontamentos a respeito da proteção jurídica do autor de programas de computador. Revista da Faculdade de Direito, PUC/SP, 2015.

No art. 5º temos uma regra interessante. Quando é autorizada pela empresa titular dos direitos de programa de computador qualquer produção de um programa de computador derivado. O programa derivado é de titularidade da empresa que fez a derivação, salvo estipulação contratual em contrário.

1.4 - Definição de software e seus limites conceituais

A legislação brasileira utiliza a expressão “programa de computador”, mas frequentemente, por hábito da utilização da expressão estrangeira, frequentemente vemos, mesmo em jurisprudência, o uso da palavra “software”. De um ponto de vista linguístico software se define por oposição à expressão inglesa relativa – hardware: ferramental, equipamento, o conjunto dos objetos (ware) tangíveis. Sendo software carregado de um sentido de intangibilidade, ou seja, onde não há manifestações físicas. O que pode não corresponder, em alguns casos, a realidade. Exemplo: situações onde o sistema é ativado, desativado ou continua a execução ou a suspende através de uma reação química específica que funciona como variável dentro do algoritmo do software.

O software é uma criação intelectual considerada bem móvel nos termos do art. 3º da Lei 9.609/98, e bem intelectual infungível. Além de ser considerado, a luz do art. 86 do Código Civil de 2002, bem inconsumível, já que seu uso é prolongado sem que desapareça ou se destrua sua substância¹⁹.

A ideia de se representar primeiro grandes cálculos, depois algoritmos, situações muito complexas, por meio do sistema binário, vem de Leipzig (Alemanha). Mas o emprego dos dois dígitos se disseminou mesmo nos últimos 60 anos.²⁰

O mundo digital é a fusão do conceito grego da ideia com a prática. Reúne, de forma muito concreta, a ideia com a coisa, uma velha discussão aristotélica e platônica. Esses dois mundos se encontram aqui.

De acordo com o Glossário da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (WIPO), programa de computador (software) “é o conjunto de instruções que, quando se incorpora a um suporte legível por máquina, pode fazer com que uma máquina com

¹⁹ BARBOSA, p.1883.

²⁰ SERPRO, Aumentam as resistências ao movimento internacional pelas patentes. Disponível em: <http://www.serpro.gov.br/imprensa/publicacoes/Tema/tema_174/materias/aumentam-as-resistenciao-movimento-internacional-pelas-patentes>. Acesso em: 10 dez. 2015.

capacidade para tratamento da informação indique, realize ou consiga uma função, tarefa ou um resultado determinado”²¹.

Liliana Minardi Paesani, ao tratar da natureza jurídica do software, atribui-lhe dois sentidos: em sentido estrito, software coincidiria com programa de computador; em sentido amplo, software abrangeria, além do programa de computador, “o suporte magnético, o manual de instruções e a documentação acessória”²².

Philippe de Tourneau estabelece a mesma diferenciação, ressaltando que os dois termos não podem ser usados como sinônimos:

O software é um bem imaterial muito particular, fruto de uma criação intelectual (como uma obra literária, ou... um contrato). A palavra software engloba várias categorias distintas, que não são determinantes; mas todas compreendem mais que um programa. Em outras palavras, as duas palavras não são sinônimas: o programa é um elemento constitutivo de um software, que inclui notadamente outros programas e subprogramas, a documentação e o material de concepção preparatória²³.

A definição do texto legal brasileiro de programa de computador é dada pelo Art. 1º da Lei 9.609/98:

Art. 1º – Programa de computador é 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.

Este artigo funciona como um filtro para determinar quais criações recai sob proteção da Lei de Software, e quais são excluídas dela; recaindo sob o regime geral da Lei de Direitos Autorais. Por exemplo, manuais do software, as imagens e sons de um videogame são, em princípio, objetos de proteção da lei autoral, ou seja, a Lei 9.610/98.

Outra importante característica do software, principalmente no que tange à sua comercialização, é o fato de tratar-se de prestação de serviços – pois, em si, é uma linguagem

²¹ Glossário OMPI. www.wipo.org.

²² PAESANI, Liliana Minardi. Direito de informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 26

²³ AREAS, Patricia de Oliveira. Contratos Internacionais de Software: O Direito Moral do Autor como limitante da autonomia da vontade. Tese de Mestrado apresentada a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2006. p.11. Apud. TOURNEAU, Philippe de. Contrats informatiques et électroniques. 3. ed. Paris: Dalloz, 2004.

codificada e/ou natural que permite operar um computador. Dependendo das circunstâncias, quando embalado e vendido em prateleira para o público consumidor, também pode ser visto como produto²⁴. Neste sentido, apesar das divergências existentes, as posições jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça – STJ:

[...] 1. Se as operações envolvendo a exploração econômica de programa de computador são realizadas mediante a outorga de contratos de cessão ou licença de uso de determinado "software" fornecido pelo autor ou detentor dos direitos sobre o mesmo, com fim específico e para atender a determinada necessidade do usuário, tem-se caracterizado o fenômeno tributário denominado prestação de serviços, portanto, sujeito ao pagamento do ISS (item 24, da lista de serviços, anexo ao Dec. 406/68).

2- Se, porém, tais programas de computação são feitos em larga escala e de maneira uniforme, isto é, não se destinando ao atendimento de determinadas necessidades do usuário a que para tanto foram criados, sendo colocados no mercado para aquisição por qualquer um do povo, passam a ser considerados mercadorias que circulam, gerando vários tipos de negócio jurídico (compra e venda, troca, cessão, empréstimo, locação etc.), sujeitando-se portanto, ao ICMS.[...] ²⁵

Inclusive há uma tendência em matéria tributária a se fazer uma interpretação extensiva do conceito de software, que abarcaria jogos de videogame considerando-os como softwares para fins de tributação alfandegária. É uma extensão de sentido, pois em princípio imagens e sons de um videogame é objeto de proteção autoral.

CLASSIFICAÇÃO ADUANEIRA. DVD DE JOGO. SOFTWARE. 1 - Os jogos de vídeo devem ser classificados como softwares, de acordo com a leitura do artigo 81 do Regulamento Aduaneiro cumulado com o artigo 1o da Lei no 9.609/98. 2 - É incontroverso que os DVDs de jogos não são meras gravações de som, cinema e vídeo, mas softwares, nem suportes com circuitos integrados, semicondutores e dispositivos análogos, mas suportes para leitura óptica. 3 - O art. 1o da Lei no 9.609/98 não estabeleceu restrição alguma quanto aos fins do programa, não cabendo à autoridade fazê-lo. 4- Precedentes desta 4a Turma. 5 - Apelação e remessa oficial improvidas.²⁶

Ou seja, o Tribunal Regional Federal 3 considerou que o dvd de jogo é uma modalidade de software de entretenimento, onde um código é programado para executar sons

²⁴ Neste sentido, para exemplificar, a determinação do Decreto nº 26.497, de 14 de junho de 2000, do Estado do Rio de Janeiro, que determina a aplicação do ICMS para software “não personalizado”

²⁵ SRJ, Recurso Especial nº 123022/RS. Recorrente: Ação Informática Ltda. e outros. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Sr. Ministro José Delgado. Brasília, 14 de agosto de 1997.

²⁶ TRF3, Quarta Turma, AMS 333273, Rel. Des. Federal Marli Ferreira, Julgado em 03/05/2012.

e exibir imagens quando determinadas variáveis forem ativadas, mantendo a execução do jogo enquanto não ocorrer uma das variáveis de encerramento.

A linguagem de programação²⁷ também é um objeto que pode ser protegido pela Lei 9.609/98²⁸.

Segundo Barbosa:

Os momentos de análise funcional e de projeto (fluxograma do programa, pelo memorial descritivo) não estão abrangidos pelo sistema autoral geral, por tratarem-se de geração de conceitos e ideias; por idêntica razão, não estarão sob a tutela do regime específico. Não é toda a criação intelectual que é protegida em direito, mas apenas aquela que, sob uma análise restritiva, se enquadrar nos pressupostos de proteção.

Do outro lado, certamente a codificação, a escrita de instruções em qualquer linguagem, será protegida, em sua literalidade e arquitetura, esta no que for livre e não necessária.²⁹

A definição do Art. 1º da Lei 9.609/98 é, portanto abrangente o suficiente para incorporar: o programa de computador em sua expressão literal (diretamente na linguagem de programação ou indiretamente na linguagem de máquina) veicula o conhecimento informático de determinada forma artística (programa como obra); o programa de computador impresso ou armazenado em determinado suporte que constitui determinado produto que pode ser “consumido” pelo usuário em seu computador (programa como produto); e quando sua operação na máquina traz um resultado útil ao usuário, podendo trazer efeitos ou aplicações técnicas no mundo físico ou virtual (programa como funcionalidade).

Quanto aos limites da proteção, eles são expressos no art. 6º da lei. Não se constitui contrafação a reprodução, em um só exemplar, de cópia do software legitimamente adquirido – é a chamada cópia de “backup”; Nem violação ao software a citação parcial do programa, para fins didáticos, em cursos de engenharia de software, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos.

Assim como não constitui violação a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a

²⁷ Existem vários códigos e linguagens de programação com funções bem diferentes. Pode-se programar em binário, como também programar em linguagens como: Pascal, PHP, C++, Java e outras mais eficientes e específicas para determinados equipamentos e finalidades. Ou seja, podemos programar uma calculadora física e com outra linguagem uma página web para uma instituição financeira.

²⁸ BARBOSA, p. 1892

²⁹ BARBOSA, págs. 1900 e 1991.

sua expressão - pode-se citar como exemplo a semelhança dos programas editores de texto devido a limitações de forma alternativa para a sua expressão, são todos muito parecidos.

E obviamente a integração de um programa a outro não constitui violação ao software, entretanto deve-se manter as características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, *desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu*. Neste caso, há possibilidades de integração com os sistemas de código aberto, que são poucos pois a maioria dos programas proprietários tem código fechado.

1.5 - O registro do software

O primeiro texto legal a tratar sobre o cadastramento de programas de computador no Brasil foi a Lei 7.232/84, com modificações trazidas pelo Dec-lei 2.203/84; elas cuidaram não só da proteção intelectual (software), como também da comercialização no país de produtos nacionais e estrangeiros, instituindo regimes diferenciados, em virtude da então orientação de reserva de mercado.

Houve o fim da reserva de mercado para o setor informático com a edição da Lei 8.248, de 23/10/1991, tendo a SEI – Secretaria Especial de Informática e Automação, órgão complementar do Conselho de Segurança Nacional, diretamente vinculada a Presidência da República – contribuído sobremaneira para tal.

As políticas governamentais para informática, incluindo a reserva de mercado, propiciaram a criação de um parque industrial sólido, no período de quatro anos (84/87) o mercado brasileiro obteve o maior crescimento (em termos relativos) mais de 400%. (...) Nesse ínterim, as atividades relacionadas com a computação puderam desenvolver-se livres da concorrência das empresas norte-americanas e europeias. Pôde-se construir uma indústria razoável que permitiu ao Brasil ocupar senão um lugar de destaque, ao menos uma posição intermediária em níveis mundiais.³⁰

A obrigatoriedade do registro do programa de computador junto à SEI foi extinta com a edição da Lei de Software, 9.609/98, que dispôs em seu art. 2º, § 3º, que “*a proteção aos direitos de que trata essa Lei independe de registro*”.

³⁰ Cit. LUPU, André L.P. Basto. Proteção Jurídica do Software. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 16-17.

Embora não mais de caráter obrigatório, a Lei de Software facultou ao titular o registro de seu programa de computador junto ao Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI).

Art. 3º - Os programas de computador poderão, a critério do titular, ser registrados em órgão ou entidade a ser designado por ato do Poder Executivo, por iniciativa do Ministério responsável pela política de ciência e tecnologia.

Entretanto, é crescente o entendimento de que devem ser tragos para registro junto ao INPI as partes principais do programa fonte. Isto porque é por meio dos documentos arquivados junto ao INPI que se poderá fazer prova de propriedade e se necessário utilizado no exame de uma ação judicial posterior.

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.

§ 2º. As informações referidas no inciso III do parágrafo anterior são de caráter sigiloso, não podendo ser reveladas, salvo por ordem judicial ou a requerimento do próprio titular.

O objetivo do depósito de trechos do programa (Art.3º, §1º III) é a comprovação de que o programa é criação independente, ou seja, resultante de elaboração autônoma. No entanto, o registro constitui prova *juris tantum*; ou seja, pode ser superada por outra evidência.

O registro do programa, como ocorre no conjunto do nosso sistema de direito autoral, não é elemento essencial da proteção. O titular do programa pode, mas não é obrigado a levar a registro sua criação. O registro é apenas uma forma de pré-constituir prova de originalidade ou de identidade de um programa, mesmo assim prova *juris tantum*, capaz de ser contraditada por outra evidência de maior peso.[...] A propriedade sobre os programas de computador nasce do ato de criação original, e a presença de qualquer índice desta criação substituirá o registro em seu efeito *ad probandum tantum*³¹

³¹ BARBOSA, p. 1962 e 1963.

Outra característica do registro do *software* no INPI o difere dos casos de marcas e patentes, porque possui abrangência territorial internacional.

O mesmo ocorre com os programas de origem alienígena, desde que procedentes de Estado que tenha acordo de reciprocidade na proteção aos autores brasileiros (art. 2º, § 4º).³² Neste último caso não se faz necessário o registro do *software* estrangeiro no Brasil, salvo nos casos de cessão de direitos ou de transferência de tecnologia. Onde o Instituto Nacional da Propriedade Industrial fará o registro dos respectivos contratos, para que produzam efeitos em relação a terceiros. Sendo obrigatória a entrega, por parte do fornecedor ao receptor de tecnologia, da documentação completa, em especial do código-fonte comentado, memorial descritivo, especificações funcionais internas, diagramas, fluxogramas e outros dados técnicos necessários à absorção da tecnologia (art.11).

1.6 - O software como direito *sui generi*

O elemento básico de conexão entre o sistema de proteção ao software e o sistema de proteção autoral na legislação nacional se encontra no Art. 2º da Lei de Software e no Art. 7º da Lei de Direitos Autorais.

Art. 2º da Lei 9.609/98 - O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigente no País, observado o disposto nesta Lei.

Art. 7º da Lei 9.610/98 - 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; (...)

§1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.

Segundo Barbosa, a assimilação da proteção do software através de um regime específico (*sui generis*), com fundamentos na estrutura do direito autoral, resultou, no direito interno, diretamente das pressões bilaterais americanas. A fim de favorecer uma indústria

³² WACHOWICZ, MARCOS. Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação. 1ª Edição. 6ª Reimpressão. Curitiba. Juruá Editora. 2009

voltada para a exportação, e conseqüentemente os interesses dos produtores mais avançados, na proporção em que estes propiciam transferência de tecnologia para o Brasil.³³

Na fase inicial da proteção legal do software no Brasil, o regime legal do setor de informática era o da reserva de mercado, formando um oligopólio legal no setor de informática. [...] O regime da nossa primeira Lei, Lei 7.646/87, restringia o acesso ao mercado interno de software de origem estrangeira. [...] A validade e eficácia de quaisquer negócios jurídicos, incluindo os contratos de desenvolvimento de obra intelectual, de encomenda de software ficavam sujeitos ao cadastramento do programa na forma da lei federal. [...] No entanto essa foi uma situação difícil de sustentar ao longo prazo, em um sistema econômico que se quer de livre mercado e em uma indústria onde há muita concentração e velocidade nas evoluções tecnológicas. [...] Assim, chegou-se a conclusão que para uma indústria voltada para a exportação, a proteção ao software deveria favorecer os interesses dos produtores mais avançados, na proporção em que propicia transferência de tecnologia para o Brasil³⁴

Buscou-se atribuir ao *software* a máxima proteção em face do seu altíssimo nível de internacionalização. E diante da facilidade de reprodução, bastaria para a sua proteção a sua publicação ou divulgação. Uma vez divulgado ou disponibilizado, o software já se consideraria como obra tutelada pelo direito autoral com proteção internacional. Essa proteção subsidiária pelo Direito Autoral é mais ampla e vantajosa do que pelo Direito Industrial, com o qual o software guarda semelhanças.³⁵

Esse enquadramento guarda, entretanto críticas. Aponta com acuidade José de Oliveira Ascensão que o programa de computador em si não guarda linearidade com a noção clássica de obra tutelada pelo Direito Autoral, entendendo que,

Em si, o programa escapa à noção de obra. O programa é um processo ou um esquema para a ação. Mas os processos não são tutelados pelos Direitos de Autor. Já vimos que este tutela uma forma, sendo-lhe indiferente que esta forma se refira ou não a uma técnica para a obtenção de um certo resultado. (...)

A pressão internacional foi, porém, muito grande no sentido de tutelar o programa pelo direito de autor. Atende-se então à fórmula do programa, que representa indiscutivelmente uma linguagem e pretende-se a tutela como obra de expressão linguística.³⁶

³³ BARBOSA, p 1876.

³⁴ BARBOSA, p. 1878 e 1879.

³⁵ WACHOWICZ, MARCOS. Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação. 1ª Edição. 6ª Reimpressão. Curitiba. Juruá Editora. 2009

³⁶ ASCENSÃO . J. de O. Direito Autoral. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 665.

Neste sentido, Denis Borges Barbosa, ao falar sobre a incidência do art. 5º, XXIX da Constituição Federal, que assegura aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país, inclui os programas de computador, de uma maneira uniforme com os outros objetos de direito de propriedade intelectual do mesmo tipo.

A base constitucional da proteção assegurada pela Lei 9.609/98 aos programas de computador seria, não os dispositivos autorais, aos quais não acendem quaisquer limites ou compromissos específicos com a ordem econômica, mas a mesma cláusula que ampara as marcas patentes e demais direitos intelectuais de fundo econômico. O regime de proteção dos programas de computador segue, em parte, o da Lei. 9.610/98, que protege no Brasil os Direitos Autorais. No entanto, com as muitas alterações introduzidas pela Lei de Software, e a natureza claramente tecnológica dos programas de computador, inegavelmente estamos, na presença de um *tertium genus*, à maneira de certos Direitos Conexos, cuja regulação acompanha talvez, na esfera internacional, o da Convenção de Berna – vale dizer, o da matriz internacional dos Direitos Autorais – no que com ela não contraste.³⁷

A Constituição e a legislação infraconstitucional procuram desenvolver uma proteção que garanta os direitos relativos à propriedade industrial e a tutela dos bens relativos ao direito autoral, reconhecendo, inclusive, as criações científicas, artísticas e tecnológicas como patrimônio cultural brasileiro, tomados individualmente ou em conjunto, quando portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Art. 216 – Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I – as formas de expressão;
- II – os modos de criar, fazer e viver;
- III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico culturais;
- V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

³⁷ BARBOSA, Denis Borges Barbosa. Bases constitucionais da propriedade intelectual. Revista da ABPI, n.59, jun./ago. 2002, p. 35-36.

Art. 215 – O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Entretanto ocorre uma exclusão social dos cidadãos ao conhecimento tecnológico, científico e cultural, pois as pessoas estão por demais ocupadas com a sobrevivência no dia a dia para que possam se engajar politicamente no sentido de exercer uma oposição com razoáveis chances de êxito à influência das organizações políticas estabelecidas e conseqüentemente tentar evitar essa exclusão.³⁸

³⁸ MULLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). Direitos Humanos, Globalização Econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002. P. 568)

CAPÍTULO 2 – CONTRATOS DE SOFTWARE

2.1 - A construção do lucro

Outro fator que incrementa a necessidade de compreensão e apropriação desse *know-how* por parte dos operadores do direito é a ainda incipiente utilização destes no Brasil, apesar de ocupamos o 8º lugar no ranking do Mercado Mundial de Softwares e Serviços (ABES).

O consumo de software no Brasil tem grande espaço para crescimento. Por exemplo, somente entre a sociedade civil, segundo pesquisa da NIC.br, realizada entre Setembro de 2013 e Fevereiro de 2014, o número de domicílios brasileiros que tem computadores de mesa é cerca de 31%, os computadores portáteis cerca de 28%.

Os domicílios que possuem *tablet* registram cerca de 6%. Números que irão crescer.

Os celulares em compensação chegam a 90% dos domicílios. Todos esses aparelhos, e ainda inúmeros outros referentes a indústria e ao setor de serviços necessitam desse bem indispensável da vida pós-moderna que é o software.³⁹

Segundo a ABES – Associação Brasileira de Empresas de Software -, o mercado brasileiro de software e serviços movimentou altas cifras, internamente e externamente, atingiu um faturamento de US\$ 27,1 bilhões em 2012, incluindo exportações de US\$ 2,24 bilhões, o que representa um crescimento de 26,7% em relação a 2011.

O segmento de software foi responsável por uma receita de US\$ 9,668 bilhões enquanto que os serviços responderam por US\$ 17,510 bilhões. Nos últimos anos, este mercado no Brasil tem apresentado taxas de dois dígitos de crescimento.

Em 2009, apesar do impacto da crise econômica mundial, o país apresentou avanço de 2,4%. Os índices continuaram excepcionais em 2011 e 2012, com percentuais de 12,6% e 26,7%, respectivamente.⁴⁰

Cabe neste estágio de desenvolvimento da sociedade da informação exigir dos operadores do direito que possam utilizar-se de medidas judiciais relativas às violações da propriedade intelectual.

Sejam elas relativas à contrafação de softwares. Ou seja, sobre a reprodução de um programa de computador por terceiro sem da autorização do seu autor ou do titular dos direitos de licenciamento. O que é uma prática ilícita, que pode ensejar ações de caráter penal.

³⁹ Site: www.nic.br

⁴⁰ Site: www.abessoftware.com.br

Onde se induz penas de privação de liberdade e multa. Ou de caráter de direito civil, onde se objetiva à reparação do dano por meio de indenização pecuniária.

Seja para resolver questões: contratuais; de licenciamento; de cessão; de titularidade; de transferência de tecnologia; da abrangência de proteção e qual a norma incidente; sobre a questão da patenteabilidade de *softwares* que não sejam *softwares* em si; das relações de consumo do *software* entre o fornecedor pessoa física, distribuidor ou *house-software* nacional ou internacional; e até sobre requisitos para pagamentos de *royaltes*.

Seja para resolver questões em decorrência de ato delituoso, resultado de sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária ou prática de quaisquer dos crimes contra a ordem tributária. Tanto quando da comercialização do software, quanto quando a sonegação é instrumentalizada através do programa de computador no que seu uso permita ou facilite a evasão fiscal.

E ainda assessorar profissionais da tecnologia da informação, *house-softwares*, ou órgãos públicos, quanto aos métodos de aplicação dos dispositivos tanto de normas internacionais, como da Lei de Software, da Lei de Direitos Autorais e da Lei de Propriedade Industrial.

Quando falamos de contratos de adesão de licença de programa de computador, por exemplo, também estamos falando de uma relação de consumo. De uma dependência e de uma confiança entre o usuário e a empresa de software. Uma dependência que é alimentada a cada dia e que é base para futuros contratos com a empresa, tal como uma alimentação de lucros futuros potencializada pelo movimento “natural” de concentração de mercado. Daí pensar que o contrato deve ser visto de inúmeros ângulos para não cair em reducionismos e simplificações.

Como bem explica Amartya Sen, no capitalismo e nessa nossa economia de troca existe uma relação dependente de confiança mútua entre os agentes onde se manifestam normas – explícitas e implícitas. E acaba que “[...] um objeto com o qual estamos muito familiarizados e que vemos todos os dias, mesmo que grandioso e belo, produz em nós apenas um pequeno efeito, pois nossa admiração não é sustentada pelo assombro ou pela surpresa”.

O funcionamento bem sucedido de uma economia de troca depende da confiança mútua e do uso de normas – explícitas e implícitas. Quando esses modos de comportamento são abundantes, é fácil deixar de notar seu papel. Mas quando eles têm de ser cultivados, essa lacuna pode ser uma barreira enorme para o sucesso econômico. Há uma profusão de exemplos dos problemas encontrados em economias pré-

capitalistas devido ao subdesenvolvimento de virtudes capitalistas. A necessidade de estruturas motivacionais no capitalismo que sejam mais complexas do que a pura maximização de lucros tem sido reconhecida de várias formas, no decorrer de um longo período, por numerosos cientistas sociais importantes, como Marx, Weber e Tawney.⁴¹

Entre empresas e com pessoas físicas os contratos podem ser analisados, sobre um prisma de analogia, semelhantes a um relacionamento. Há benefícios mútuos mas é necessário que haja também uma certa flexibilidade diante das questões que vão aparecendo, de maneira que a grande maioria dos contratos são resolvidos espontaneamente, de maneira a garantir a continuidade da relação de troca e conseqüentemente do poder econômico da empresa que está em busca do seu próprio lucro. As vezes, se considera razoável, absorver algum prejuízo fruto de um contrato presente para não inviabilizar inúmeros outros futuramente⁴².

O contrato, portanto, também é uma relação de poder e um instrumento de controle e gestão do fluxo dos bens transacionados, sejam eles materiais ou imateriais.⁴³ No caso de empresas de software, pode ser considerado também um instrumento de manutenção de domínio, elaborado individualmente e unilateralmente – contrato de adesão – impondo seus termos a pessoas do mundo todo, inclusive por pessoas jurídicas de direito público internacional, ou seja, por diversas soberanias.

O instituto “contrato” não tem uma definição consensual. Portanto, existem inúmeras maneiras de se abordar o instituto. E essas definições estão em função de concepções de mundo diferentes. Algumas dão mais força ao contrato elencando-o como “lei entre as partes”, outras relativizam a sua validade a aspectos subjetivos. Há quem considere aspectos extracontratuais relevantes⁴⁴ para a verificação do consenso de vontades, outras não. Enfim, o único consenso é que não há consenso, entretanto há características que são indissociáveis do instituto, como a sua função econômico-social.

Tamanha é a importância dos contratos como fato econômico, que sua disciplina jurídica constitui a estereotipificação do regime a que subordina a economia de qualquer comunidade. Sendo a sua função econômico-social reconhecida como a razão determinante de sua proteção jurídica, como explica o jurista Emilio Beti.

⁴¹ SEN, Amartya. O desenvolvimento como liberdade. 2015, p. 336

⁴² MACAULAY, Stewart. Relações não contratuais nos negócios: um estudo preliminar. In: Para que serve o direito contratual? Direito, Sociedade e Economia. Editora FGV. 2015

⁴³ GORDON, Robert W. Macaulay, Macneil e a descoberta da solidariedade e do poder no direito contratual. In: Para que serve o direito contratual? Direito, Sociedade e Economia. Editora FGV. 2015

⁴⁴ COLLINS, Hugh. CAMPBELL, David. Descobrindo as dimensões implícitas dos contratos. In: Para que serve o direito contratual? Direito, Sociedade e Economia. Editora FGV. 2015

Definições não podem, infelizmente, solucionar as dificuldades que seus termos dão origem. Entretanto, não se pode deixar de perceber as soluções e oportunidades que seus termos criam.

Essa construção argumentativo jurídica feita com os programas de computador corresponde a função econômica e social e a concepção de que o contrato não é somente uma forma de transferência de bens juridicamente relevantes, mas também uma fonte concreta e criadora de lucro através de sua estrutura⁴⁵. Não se pode negar que essa construção argumentativo jurídica do contrato de licença de programa de computador possibilitou a criação de algumas das maiores fortunas planetárias, estando seus principais expoentes no topo do ranking mundial de riqueza e durante boa parte das duas últimas décadas – através de empresas como Microsoft.

2.2 - A incidência dos princípios contratuais

Com o Comércio Eletrônico, forma de negociar a distância e contratar dentro do ambiente digital e virtual. O Direito teve que regular os negócios jurídicos entre aqueles que se utilizam de tal meio para transacionar, seja como fornecedor de produtos e serviços, seja como consumidor. Necessitando a revisão dos contratos inseridos nesse ambiente, inclusive, com a observação dos novos princípios contratuais⁴⁶.

Principalmente quanto aos contratos internacionais que envolvem mais do que direitos de diferentes Estados, mas toda uma conjuntura, um contexto globalizado de várias disciplinas – economia, geografia, cultura etc. – para criar um instrumento do comércio internacional mais eficiente e uniforme. E devido à importância de que se revestem os padrões jurídicos perante os contratos internacionais, alguns usos profissionais e princípios gerais de direito configuram regras aplicáveis a eles⁴⁷.

Segundo Leonardo Mattietto, “os princípios tradicionais do direito contratual – autonomia privada, relatividade do contrato e obrigatoriedade do contrato – convivem com princípios emergentes, que apontam para uma ordem jurídica renovada”⁴⁸ Assim, o princípio

⁴⁵ GOMES, Orlando. Contratos.

⁴⁶ AMAD, Emir Iscandor. “Contratos de Software 'Shrinkwrap Licenses' e 'Clickwrap Licenses’”. Editora Renovar. 2002.

⁴⁷ AREAS, Patricia de Oliveira. Contratos Internacionais de Software: O Direito Moral do Autor como limitante da autonomia da vontade. Tese de Mestrado apresentada a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2006.

⁴⁸ MATTIETTO, Leonardo. O princípio do equilíbrio contratual.

da autonomia privada, na sua vertente de liberdade contratual, cede espaço à boa-fé objetiva. A relatividade dos efeitos do contrato é mitigada pelo princípio da função social, essa com matriz constitucional. E o princípio da obrigatoriedade é atenuado em prol do equilíbrio econômico do contrato⁴⁹.

Quando a Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 elegeu em seu texto normativo como fundamento os princípios da dignidade humana, da livre iniciativa e disse expressamente que o poder do povo se exerce indiretamente, nos termos da constituição, conseguimos bases para direcionar qual conjunto de comportamentos podem ser considerados juridicamente válidos. Claro, é um texto insuficiente para se construir certezas, servindo apenas para iluminar textos normativos infraconstitucionais e mais específicos.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como Fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

[...]

IV – os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa;

[...]

Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Desses princípios fundantes podemos inferir mais a frente outros princípios: tais como o da liberdade de contratar, o da obrigatoriedade dos contratos e o da função social.

Encontrando-se base no art.170 da CRFB/88 e no art.421 do Código Civil de 2002.

Art.421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Segundo Gustavo Tepedino, “a liberdade de contratar em sentido amplo constitui um postulado básico do regime contratual clássico”.

Como tal denominado o regime típico do modelo de contrato que floresceu nas primeiras codificações sob influência do liberalismo econômico. [...] dando origem a três outros princípios: i) o princípio da autonomia privada, segundo o qual as partes podem obrigar-se como e com quem quiserem, sujeitas apenas a limites impostos pelas normas imperativas (normas ditas de ordem pública); ii) o princípio da obrigatoriedade dos pactos, ou da intangibilidade do conteúdo do

⁴⁹ Idem.

contrato (pacta sunt servanda), pelo qual adquire o contrato força de lei entre as partes; e iii) o princípio da relatividade, segundo o qual os efeitos do contrato cingem-se aos contratantes, não vinculando outros (res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest, isto é, o contrato não prejudica nem favorece terceiro).⁵⁰

Agora quanto a função social do contrato, Clóvis Bevilacqua já entrevia “a capacidade que este instrumento jurídico dispõe para compor e fazer convergir interesses inicialmente não coincidentes, associando a função social do contrato à sua utilidade como instrumento de expansão da atividade econômica”⁵¹ contrato apresenta-se como razão determinante de sua proteção jurídica. O contrato se transforma num instrumento de modificação social, cujos efeitos se irradiam por todos em uma sociedade. A nova concepção de contrato é uma concepção social desse instrumento jurídico, para o qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha importância⁵².

Segundo Mattietto, “o contrato não é estático, mas dinâmico, assim como a relação obrigacional, que deve ser processualizada, no compasso das circunstâncias econômicas e sociais que presidiram a sua composição e que, quando substancialmente alteradas, justificam a sua modificação”⁵³

Assim, Orlando Gomes, reconhece que a função econômico-social do contrato:

A ideia de base objetiva do negócio tem amplo significado diante de um quadro de alteração de circunstâncias fáticas. Se já não são mais as mesmas as circunstâncias econômicas e sociais que hoje se apresentam, em comparação com as que existiam na época do ajuste, é chegado o tempo de recomposição da base do negócio, na busca do retorno a uma posição saudável de equilíbrio dos contratantes⁵⁴.

Explica Larenz que por base objetiva do negócio entendem-se “as circunstâncias e o estado geral de coisas cuja existência ou persistência é objetivamente necessária para que o

⁵⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de, “Princípios do Novo Direito Contratual”, p. 115. Apud TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Maria Helena; MORAES, Maria Celina Bodin; Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República, Volume II. Editora Renovar. 2006. p. 6.

⁵¹ GOMES, Orlando. Direito das Obrigações, p. 209-213.

⁵² MORAES, Maria Celina Bodin. Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Editora Renovar. p. 277.

⁵³ MATTIETTO, Leonardo. O princípio do equilíbrio contratual.

⁵⁴ Idem.

contrato subsista, segundo o significado das intenções de ambos os contratantes, como regulação dotada de sentido”⁵⁵.

Por último, o princípio da boa-fé objetiva, que impõe um comportamento, agora, não só moral mas também jurídico, e por isso coercitivo, que impõe uma série de direitos e obrigações anexas e que perduram antes, durante e depois da conclusão do contrato. É um princípio balizador, que anda em conjunto com a possibilidade de diminuição das injustiças inerentes do mundo econômico e do direito privado. É sobretudo um princípio sensato que tenta diminuir as injustiças e que visa por consequência ampliar as possibilidades de usufruto efetivo das liberdades individuais e assegurar um mínimo de dignidade nas relações interpessoais ambicionadas pelo lucro em detrimento de diversos outros valores⁵⁶.

2.3 - Cultura de licenças

A transferência de direitos autorais pode ser de diversos tipos, mas basicamente dois são utilizados: a licença e a cessão. Basicamente o contrato de cessão de direitos de programas de computador é o instrumento pelo qual se transferem, total ou parcialmente, os direitos patrimoniais do titular da obra a outrem. Já o contrato de licença de software, conforme ensina Manoel J. Pereira dos Santos, “é uma modalidade de negócio jurídico através do qual alguém, denominado Licenciante, concede a outrem, denominado Licenciado, o direito de exploração econômica e/ou utilização do programa de computador.”⁵⁷

Quanto ao *uso* do software só é possível a utilização do contrato de licença e quando não existe esse tipo de contrato ele é presumido, podendo ser substituído para comprovação da regularidade de seu uso o documento fiscal relativo à aquisição. Portanto, guardar o documento fiscal ou o contrato de licenciamento é necessário para se comprovar que o programa não foi adquirido por outros meios. Meios esses que podem ser considerados ilegais.

Art. 9º. O uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença.

Parágrafo único. Na hipótese de eventual inexistência do contrato referido no caput deste artigo, o documento fiscal relativo à aquisição

⁵⁵ LARENZ, Karl. Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos. Granada: Comares, 2002, p. 35. Apud BARBOSA, p. 1862.

⁵⁶ NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual.

⁵⁷ SANTOS, M. J. P. dos - Licença de Software, p. 40.

ou licenciamento de cópia servirá para comprovação da regularidade do seu uso.

Por analogia são aplicadas às licenças as mesmas normas que são aplicadas à cessão, que estão na legislação específica de direitos autorais dos artigos 49 à 52.

Assim, no art. 49 prescreve-se que a transmissão compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei; que na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos, sendo válida unicamente para o país em que se firmou contrato, salvo estipulação em contrário; e que não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

No Art. 50. § 2º estipula-se que constarão do instrumento como elementos essenciais seu objeto e as condições de exercício do direito quanto a tempo, lugar e preço. E no Art. 51 que a licença sobre programas de computador futuro abrangerá, no máximo, o período de cinco anos, sendo reduzido a cinco anos sempre que indeterminado ou superior, diminuindo-se, na devida proporção, o preço estipulado.

Ainda o Art. 52. prevê que a omissão do nome do autor, ou de co-autor do programa de computador na divulgação da obra não presume o anonimato ou a transferência de seus direitos, no caso direitos morais.

A doutrina jurídica e as decisões judiciais, contudo, diferenciam licença e cessão em razão da temporalidade da transferência, pois, enquanto a licença é por tempo limitado, ou mesmo indeterminado, mas finito, a cessão transfere permanentemente os direitos autorais especificados ao cessionário, que é quem recebe os direitos.⁵⁸

As licenças podem ser onerosas ou gratuitas. Geralmente são onerosas, mas podemos citar um exemplo relevante de licença gratuita que é a pública e geral criada por Linus Torvalds, o criador do Linux. Ele registrou o código do programa sobre um instituto que denominou de General Public License (Licença Pública Geral).

Não existe essa figura no direito. O direito de propriedade intelectual sobre o Linux é livre, o código é aberto porque ele assim quer. A fim de que possa reivindicar as condições sob as quais essa propriedade vai vigorar, Linus Torvalds registrou o Linux em cartório. General

⁵⁸ Ministério da Cultura – MinC. Livro: Gestão Cultural – Conceitos Básicos. Direitos Autorais. O Campo da Cultura.

Public License é o nome que ele dá a essa forma de utilização". O advogado do Serpro lembra que "os fatos não tomam forma de realidade quando alguém legisla, mas, sim, quando são assumidos de forma coerente pela sociedade". E a natureza jurídica da GPL é essa declaração unilateral de vontade ("Eu quero que seja assim"). [...] A idéia do projeto Creative Commons é "criar uma ética de forma diferenciada para tratar o direito autoral, hoje desvirtuado pela indústria de direitos autorais". [...] "Tem que haver generosidade. Um gigante subir nos ombros do outro para criar é uma coisa bonita. O conhecimento não é de ninguém. É de todo mundo. Só assim é que se produzirão coisas maiores, e coisas belas."⁵⁹

Isso mostra que o software desempenha, mediante o contrato de licença, um papel singular no mundo moderno, seja no âmbito econômico, político, social, jurídico ou acadêmico. Entretanto, predomina o âmbito econômico. Se pode observar que na atual Lei 9.609/98 o legislador não buscou uma maior proteção ao usuário do software, mas sim uma proteção “aos detentores da propriedade intelectual” e da comercialização do software de uma forma não exclusiva. Assim, ao adquirir um programa de computador, o usuário não se torna proprietário da obra, mas sim está apenas recebendo uma licença de uso, que é uma permissão para o uso, o que não impede que milhões de outras pessoas também adquiram o programa de computador sob as mesmas condições. O licenciante é o proprietário dos direitos do software ou o desenvolvedor e o licenciado aquele que adquire a licença de uso, não podendo transferir a outrem, comercializar, doar a outrem, arrendar, alienar, sublicenciar e tampouco dar o objeto em garantia.

2.5 - Tipos de contratos de software

Em seu início o processo de desenvolvimento do “software”, bem como sua própria customização, eram extremamente caros. Dessa forma, por se tratar de um negócio que envolvia milhões de dólares, havia a necessidade de se elaborar meios de proteção, os quais quase sempre eram feitos por meio da preservação dos segredos de negócio. Essa preservação se dava, necessariamente, por meio de contratos, que via de regra eram passíveis de negociação e elaborados por advogados.

Logo, as empresas que necessitassem de referido produto tinham que se valer de assistência jurídica para viabilizar o negócio,

⁵⁹ SERPRO. Aumentam as resistências ao movimento internacional pelas patentes. Disponível em: <http://www.serpro.gov.br/imprensa/publicacoes/Tema/tema_174/materias/aumentam-as-resistenciais-ao-movimento-internacional-pelas-patentes>. Acesso em: 10 dez. 2015.

sendo certo que os contratos, bem como a participação dos advogados nos trâmites da negociação, eram parte do dia dessas transações.

Esses contratos eram firmados com cada um dos usuários e estabeleciam os critérios e limites pelos quais o usuário era autorizado a utilizar o “software”. O usuário, então chamado de Licenciado, tinha a possibilidade de discutir os termos do contrato, participando de forma efetiva da elaboração de seu conteúdo, finalizando toda uma sequência de tratativas. Por fim, havendo concordância com os termos e limites estabelecidos no contrato, o mesmo passava a ser considerado concluído, ocorrendo a entrega efetiva do programa de computador pelo desenvolvedor ao usuário. Tais instrumentos ainda são costumeiramente usados, constituindo-se num dos meios de contratação mais comuns, quando se trata de licenciamento de programas de computador de grande porte e programas que não são vendidos em larga escala.⁶⁰

Com o surgimento dos PC's os 'softwares' passaram a ser vendidos aos milhares, às vezes milhões, de unidades⁶¹. Assim, com programas de computador sendo largamente licenciados surgiu a contratação em massa na informática⁶².

Com o surgimento do comércio eletrônico, surgiu também a necessidade de proteger os direitos autorais dos produtores de 'softwares', haja visto que no ambiente virtual não ocorria contrato com o usuário. É nesse cenário de contratações em massa que surge a necessidade de um mecanismo efetivo e adequado as necessidades de ordem pratica, no momento de disponibilização do produto ao mercado.

A essa altura, já se conheciam os mecanismos legais de proteção nas contratações em massa quando da elaboração dos contratos de transporte, seguros, fornecimento de luz, entre outros, os chamados contratos de adesão – ou por adesão. A indústria da informática encontrou nesse mecanismo a forma segura de proteger seus interesses.

Nasce, daí, o contrato de adesão de licença de programa de computador, a “Shrinkwrap License”, seguida por seu similar no meio

⁶⁰ AMAD, Emir Iscandor. “Contratos de Software 'Shrinkwrap Licenses' e 'Clickwrap Licenses’”. Editora Renovar. 2002. Pág. 9.

⁶¹ “Para as empresas que produziam esses programas, as chamadas “softwarehouses”, a transformação do computador numa ferramenta de trabalho comum, e até em objeto doméstico, foi uma 'mina de ouro'. Viram, os desenvolvedores de 'software', a oportunidade de tornar o seu produto uma necessidade corriqueira, passando a ofertá-los ao mercado de uma forma muito mais ampla e generalizada, tendo como usuários pessoas físicas e não só empresas. Dessa popularização do computador e, conseqüentemente, do 'software', surgiu um novo mercado que ansiava por novos programas. As empresas desenvolvedoras, por sua vez, começaram a reduzir custos, tornando os preços dos programas de computador muito mais acessíveis.”

⁶² Pois seria impossível negociar isoladamente cada contrato com cada usuário que pretendesse usar seus produtos – assim como era impossível ao transportador ou fornecedor de eletricidade negociar cada contrato de transporte ou fornecimento de energia isoladamente, por exemplo -, já que as contratações passaram a se dar aos milhões. Por outro lado, havia a necessidade e interesse das “softwarehouses” de consolidarem o exercício de seu direito impondo certas restrições aos consumidores de seus produtos. AMAD, Emir Iscandor. “Contratos de Software 'Shrinkwrap Licenses' e 'Clickwrap Licenses’”. Editora Renovar. 2002. Pág. 11.

eletrônico, a “Clickwrap License”. Referidos contratos surgiram da necessidade de se viabilizar um número enorme de contratações e, ao mesmo tempo de se estabelecer um vínculo contratual com o usuário, que passa a ter direitos e obrigações em relação ao titular do direito autoral do programa de computador.⁶³

Existem inúmeras modalidades contratuais que se prestam a explorar o software, tamanha a diversidade de negócios a que ele se destina. De fato, tanto na criação e produção quanto na comercialização, distribuição e uso do software deparamo-nos, invariavelmente, com figuras contratuais distintas.

Um dos tipos contratuais mais comuns é a contratação por meio de contrato de adesão. Visto isso a necessidade dos negócios jurídicos, ultimamente, a se realizar de maneira cada vez mais rápida e simplificada, principalmente aqueles que envolvem o consumidor final, por meio da contratação em massa. E de modo geral, os contratos diferem entre si, basicamente, na forma de conceder direitos.

- **Contrato de segredo ou confidencialidade**

Preserva dados sobre o programa (código-fonte) quando da necessidade de troca de informações que inevitavelmente deve ocorrer durante testes ou avaliações. Geralmente os termos são uma reprodução dos utilizados nos EUA para proteção, podendo, ainda, contar com cláusula penal para reforçá-la.⁶⁴

- **Contrato de desenvolvimento**

Também conhecido como contrato de encomenda, se presta à contratação de uma determinada pessoa física ou jurídica com o intuito de desenvolver um programa de computador específico aos interesses do contratante, para fins próprios e certos. Nesta mesma categoria se encontra os que customizam e adaptam um software já elaborado.⁶⁵

- **Contrato de prestação de serviços de suporte técnico e manutenção**

⁶³ AMAD, Emir Iscandor. “Contratos de Software 'Shrinkwrap Licenses' e 'Clickwrap Licenses’”. Editora Renovar. 2002. Pág. 12.

⁶⁴ SANTOS, M. J. P. dos - Licença de Software, p. 40.

⁶⁵ Idem.

Visa dar suporte ao adquirente do software, possibilitando a utilização total do programa de computador, como também o saneamento de eventuais falhas, se configurando em um contrato que visa tanto a manutenção preventiva como a corretiva.⁶⁶

Poderá, variavelmente, prestar a sanar dúvidas ou corrigir erros, também fornecer treinamentos, consultoria, podendo até se prestar ao fornecimento de novas versões do software em questão. (Chamados de atualização ou “upgrade”).⁶⁷

Podem ser comercializados juntamente com a licença de uso ou cessão de direitos, ou de forma totalmente autônoma, sendo certo que em nenhum momento as disposições contratuais relativas a esse negócio jurídico se confundem com aquelas relativas à licença (ou cessão) propriamente dita.⁶⁸

- **Licença para comercialização do “software”**

Nesse contrato o objeto é a concessão de parte dos direitos patrimoniais do autor, consubstanciados no direito de exploração da obra, gerando o direito de o licenciado reproduzir o programa, sublicenciar a terceiros para comercializá-los e, ainda, conceder ele mesmo licenças de uso.⁶⁹

- **Licença para distribuição**

Estabelece os limites da relação entre o titular do direito autoral e o chamado licenciado principal, também denominado distribuidor. Essa licença serve, basicamente, para determinar a forma pela qual o distribuidor irá comercializar o “software”, o que se dará normalmente por intermédio de revendas, estas sim negociando diretamente com o usuário final.⁷⁰

- **Sublicença para revenda**

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ SANTOS, M. J. P. dos - Licença de Software, p. 40.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Idem, p. 39.

⁷⁰ Idem.

Esta licença estabelece a relação entre o distribuidor e a revenda, determinando a forma pela qual essa irá adquirir os produtos daquele, bem como a maneira pela qual a revenda irá disponibilizar o produto ao mercado consumidor final.⁷¹

- **Licença de comercialização simples**

Esta é a licença “clássica”, pela qual o detentor do direito autoral licencia o uso do programa, sempre submetido não só à legislação vigente, como também, e principalmente, aos termos dessa licença, que irá determinar quais os direitos de uso a serem transferidos ao usuário.⁷²

- **Licença para desenvolvimento de sistemas**

Concede ao Licenciado o direito de proceder a modificações tecnológicas no programa original, autorizando-o, também, a efetuar derivações desse programa. Em face dessas modificações e derivações, poder-se-á utilizar dessa licença para proceder a integração do programa objeto do contrato em outros sistemas já existentes.⁷³

- **Licença de uso de software**

Tem como finalidade a autorização, pelo titular do direito autoral ao usuário que adquire uma cópia do programa, para utilização do software com finalidades determinadas. Quanto a implementação existem diversos tipos de licença de uso.⁷⁴

- **Contrato de programas especiais**

A finalidade desse contrato é a concessão, pelo detentor do direito autoral – ou pela pessoa que o detentor expressamente autorize – ao usuário, de um direito de uso relativo a uma cópia a do programa adquirida, para finalidades determinadas. Pela própria essência do

⁷¹ Idem.

⁷² SANTOS, M. J. P. dos - Licença de Software, p. 39.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Idem. p. 40

contrato, entende-se que referida autorização e utilização devam ter caráter individual. Geralmente, têm características a serem assinadas pelas partes.⁷⁵

- **Contratos de software “convencionais”**

São os chamados programas-produto, que são elaborados para o público em geral por meio dos estabelecimentos de comércio de produtos de informática. Onde há licenças corporativas mundiais, as quais variam de nome, que podem ser usadas tanto para programas especiais, quanto para programas-produto.⁷⁶

- **Contrato com disponibilização 'shareware'**

O programa é distribuído para demonstração e o usuário é solicitado a efetuar um pequeno pagamento, caso deseje ficar com o produto para cobrir custos de fornecimento e atualização.⁷⁷

- **Contrato com disponibilização “freeware”**

O programa é cedido de forma absolutamente gratuita. A licença é concedida apenas livre de pagamentos, sendo certo que o usuário continuará submetido aos termos da licença.⁷⁸

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ SANTOS, M. J. P. dos - Licença de Software, p. 40.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Idem.

2.4 – Decisões judiciais sobre contratos de software

Existem algumas decisões sobre contratos de software. No Supremo Tribunal Federal só existe um Agravo Regimental no Agravo de Instrumento de nº 754.815 / SP, do Relator Min. Teori Zavasck, julgado em 28/05/2013, sobre interpretação de cláusulas contratuais no contrato de distribuição e venda de software.⁷⁹

No caso a ORACLE DO BRASIL SISTEMAS LTDA impôs uma exclusividade na comercialização de seus produtos. E o Tribunal de origem, ao reconhecer a cláusula de exclusividade na comercialização de produtos, fundamentou sua decisão em interpretação de cláusulas do próprio contrato. Leia-se do voto condutor do acórdão recorrido:

“O argumento da apelante no sentido de que a exclusividade imposta pela licenciante na comercialização de seu produto (cláusula 1.4) é abrandada pela possibilidade de a licenciada trabalhar ‘com a comercialização de quaisquer outros produtos’, desde que se submeta ‘à aprovação formal da Oracle’ (fl. 2.560) implica, na realidade em diferir alterações contratuais a novas tratativas, circunstância que não afasta o caráter impositivo da exclusividade a seu favor.” (Fls. 2675.)

Assim o relator do agravo regimental considerou que a decisão teve fundamento suficiente e que não foi impugnado nas razões do recurso extraordinário, sendo aplicável o disposto nas Súmulas 283 e 284/STF.

Mas reconheceu por outro lado, que a análise das apontadas violações ao texto da Constituição demandaria o reexame prévio de legislação infraconstitucional, do quadro fático-probatório apreciado pelas instâncias ordinárias e do contrato. Trata-se, portanto, de alegação de ofensa indireta ou reflexa à Constituição, o que dá margem ao descabimento do recurso extraordinário. Incide, no caso, as Súmulas 279, 454 e, mutatis mutandis, 636 desta Corte.

⁷⁹ EMENTA : PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO E VENDA DE SOFTWARES. EXCLUSIVIDADE IMPOSTA PELA CONTRATANTE NA COMERCIALIZAÇÃO DE SEUS PRODUTOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E ANÁLISE DO QUADRO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 279 E 454 DO STF. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A FUNDAMENTO SUFICIENTE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 283 E 284 DO STF. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE DE EXAME. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (Ag .Reg. no Agravo de Instrumento 754.815 / SP - Relator: MIN. Teori Zavasck, Julgado em 28/05/2013.)

A meu ver, a respeitável decisão do Supremo Tribunal Federal foi equivocada tendo em vista o disposto no inciso I, do § 1 do Art. 10 da Lei de Software que diz que: “serão nulas as cláusulas que limitem a produção, a distribuição ou a comercialização, em violação às disposições normativas em vigor”. A exclusividade imposta pela licenciante é abrandada, mas não deixa de ser uma limitação a distribuição ou a comercialização. Medida essa que a legislação aplicável proíbe com a sanção de nulidade da referida cláusula contratual. Entre o contrato e a lei específica, a meu ver, deveria prevalecer a lei específica.

Agora no Superior Tribunal de Justiça se encontram oito decisões sobre contratos de software⁸⁰. Sendo três sobre a incidência de ISS nos contratos feitos sob encomenda. Uma sobre sublicenciamento de software; Uma sobre a incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor em um contrato para uso de software de vendas online; Uma sobre a ilicitude de distribuição de software e módulos educacionais sem permissão contratual para tal; e por último um caso de comprovação com o contrato de licença de uso ou o documento fiscal para provar a regularidade do uso.

Para ilustrar melhor a temática é interessante observar o relatório e o voto do RE 816.149 – MG do Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa⁸¹. Trata-se de recurso especial após medida cautelar de vistoria, busca e apreensão, concretizada na sede da recorrida, Frigorífico Tamoyo Ltda..

Ingressou a recorrente (Microsoft Corporation), perante o Juízo da Comarca de Poços de Caldas (MG), com ação ordinária em que denunciou o uso irregular de uma série de softwares de sua propriedade e buscou indenização, a ser fixada sob parâmetros do número de "cópias-piratas", do proveito econômico obtido pelo uso irregular dos programas, do preço de mercado de cada programa, bem como que a recorrida se abstivesse da utilização irregular,

⁸⁰ Pesquisando pelos termos 'software' e 'contrato' há 14 acordãos, entretanto somente oito pertinentes.

⁸¹ RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTO. SIMPLES CÓPIA DE OUTRO JÁ ACOSTADO AOS AUTOS. CONTRATO ELABORADO PELA PRÓPRIA RECORRENTE. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. DIREITOS AUTORAIS. USO DE SOFTWARES EM REDE INTERNA DE COMPUTADORES, LIGADOS POR SERVIDOR. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE TODO O CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO E DE INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL PARA O DESLINDE DA CONTROVÉRSIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Não constitui violação do contraditório ou cerceamento de defesa a presença sobrevinda de cópia legível de documento já acostado aos autos, mormente em se tratando de contrato de adesão elaborado pela própria recorrente, que até por isso dele tinha perfeita ciência.

2. As instâncias anteriores, ao proclamarem a legalidade do uso conferido pela recorrida aos softwares da recorrente, se fundaram nos elementos fático-probatórios colhidos, bem como no próprio contrato de licença. Impossibilidade de rediscussão de tais pontos, em sede de recurso especial. Incidência das súmulas 5 e 7 do STJ.

3. Recurso não conhecido.

tudo conforme os arts. 2º, 9º, 13 e 14, da Lei 9.609/98 – Lei de Software – e os arts. 5º, VII, 28, 29, 31, 37, 102 e 120, estes da Lei 9.610/98 – Lei dos Direitos Autorais – (fls. 2/10); respondeu a recorrida, alegando que os programas haviam sido regularmente adquiridos e instalados em somente um computador, que havia na empresa em servidor de rede, os demais, em número de vinte e oito, sendo apenas terminais internos de acesso à rede; sustentou, ainda, que a si deveriam ser aplicadas as disposições do Código de Defesa do Consumidor (fls. 104/117).

A r. sentença de fls. 228/232 julgou improcedente o pedido, concluindo por inexistente qualquer ilicitude, uma vez que o contrato de licença e o art. 29, I e VII, da Lei 9.610/98 permitem o uso da forma como realizado pela recorrida; condenou a recorrente em custas e honorários advocatícios, arbitrados em 20% do valor da causa.

Apelou, então, a ora recorrente, sustentando não ter podido se manifestar sobre o documento de fl. 225, inexistir fundamentação jurídica para a sentença e, subsidiariamente, que o decisum teria se fundado em premissa equivocada, deixando de analisar corretamente a prova dos autos (fls. 233/248); o aresto recorrido rejeitou as preliminares e, no mérito, conferiu parcial provimento ao apelo (fls. 266/279):

"AÇÃO ORDINÁRIA - INDENIZAÇÃO - JUNTADA DE DOCUMENTO - VISTA À PARTE CONTRÁRIA - XEROX LEGÍVEL DE DOCUMENTO JÁ ACOSTADO NOS AUTOS - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA - CITAÇÃO DE ART. INEXISTENTE - OCORRÊNCIA DE ERRO MATERIAL -

SOFTWARE - USO DO PROGRAMA ADQUIRIDO NA REDE INTERNA DE COMPUTADORES DA EMPRESA ADQUIRENTE - CONTRAFAÇÃO - VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS - INOCORRÊNCIA - EXISTÊNCIA DE DOIS SOFTWARES UTILIZADOS SEM A APRESENTAÇÃO DAS RESPECTIVAS NOTAS FISCAIS - PERDAS E DANOS - VALOR DE MERCADO DOS PROGRAMAS.

Não ocorre cerceamento de defesa em casos como tais em que o documento juntado aos autos trata de cópia de outro que se encontrava ilegível, mormente tratando-se de contrato firmado entre as partes e, portanto, com conteúdo de conhecimento de ambas.

Em se tratando de erro material, a citação de um artigo inexistente não condiz em ausência de fundamentação, restando evidenciado que onde se encontra inserido art. 129, o julgador referiu-se ao art. 29 da citada lei.

O uso de um software em um sistema de rede interna de computadores, para uso exclusivo de quem a adquiriu, não constitui ofensa aos direitos autorais, ex vi do inciso IV do art. 6º da Lei 9.609 de 19/12/1998.

Constatando-se a utilização de dois programas da apelante sem a devida apresentação das notas fiscais, são devidas as perdas e danos, mas estas devem se restringir ao que os titulares dos direitos autorais deixaram de lucrar com a venda dos respectivos programas indevidamente utilizados, que corresponde ao valor de mercado dos mesmos, uma vez que nenhum outro prejuízo restou caracterizado."

Opostos embargos de declaração, foram, todavia, rejeitados (fls. 293/296).

Reprisa-se, nesta oportunidade, argüição de cerceamento de defesa e de prejuízo ao contraditório, com ofensa aos arts. 398 do Código de Processo Civil e 5º, LV, da Constituição Federal; vencida a preliminar, sustenta a recorrente ocorrência violação do art. 6º, IV, da Lei 9.609/98 e dos arts. 28, 29, 31 e 37, esses últimos da Lei 9.610/98 (fls. 299/314).

Contra-razões às fls. 318/325, pela inadmissão do recurso especial, ante a ausência de prequestionamento, por não atacadas as questões constitucionais em recurso extraordinário, bem como ausência de vulneração ao art. 535, II, do CPC.

O recurso especial não foi admitido na origem (fls. 328/330); interposto agravo de instrumento, o e. Ministro Fernando Gonçalves, então Relator, determinou a subida dos autos, para melhor exame da matéria (fl. 333).

O Ministro observou que a sentença, por seu turno, destacara a permissão dada pela própria recorrente para o uso dos programas, nos moldes do realizado pela recorrida, conforme prescrição contratual.

Leia-se, a propósito:

"Aliás, o CONTRATO DE LICENÇA MICROSOFT, juntado às fls.

110 dos autos em apenso, cujo exemplar mais legível foi reapresentado às fls. 225 dos presentes autos, contém dispositivo assim redigido: 'A instalação, entretanto, em um serviço de rede com o único propósito de distribuição para outros computadores não constitui uso.'" (fl. 232, grifos no original)

In casu, pois, resumindo, não há como aferir se houve ou não violação de direitos autorais da recorrente, sem que se efetue interpretação das cláusulas contratuais e, mais, sem o revolvimento de todo o conteúdo fático-probatório, para verificar, entre outros dados, de que forma os computadores ligados em rede, na sede da recorrida, se utilizavam dos programas da Microsoft; tais perquirições, entretanto, não quadram em sede de recurso especial, erguendo-se intransponíveis os óbices dos Enunciados nos 5 e 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

CAPÍTULO 3 – CONTRATO DE ADESÃO DE LICENÇA DE PROGRAMA DE COMPUTADOR

Se caracteriza por ser um contrato “auto-executável”. Existem, basicamente, dois modelos: A “Shrinkwrap License” e a “Clickwarap License”. A “Shrinkwrap License” vinha estampada do lado de fora da caixa lacrada, correspondendo a ruptura do lacre à aceitação, pelo usuário, dos termos ali propostos. As licenças passaram, então, a ser inseridas por baixo do plástico transparente que envolvia a embalagem que continha a mídia onde o software tinha sido instalado. Por vezes essa licença era impressa na própria caixa do produto onde, de forma clara, se informava o consumidor que o rompimento ou a abertura do invólucro da caixa denotavam o consentimento dos usuários aos termos ali postos.

Portanto, passou a ser consenso no mercado especializado que o rompimento do lacre a que envolvia a caixa contendo a mídia e manuais do software, como também os termos da licença, se configurava em aceitação do mecanismo.

Já a “Clickwarap License” passou a ser utilizado a partir da possibilidade de contratação eletrônica. As empresas passaram a licenciar seus produtos por meio da internet, carecendo de um dispositivo similar ao já largamente usado no mercado para continuar protegendo seus direitos.

3.1 - Validade das “Clickwarap License”

Segundo Emir Iscandor Amad, embora os contratos de adesão em geral sejam reconhecidos pela lei e sejam considerados como negócios jurídicos, cabe verificar que a validade dos contratos de adesão de licença de programa de computador está submetido às regras gerais de validade para os atos jurídicos em geral. Assim, se considerará válido o ato jurídico no qual o suporte fático seja perfeito, ou seja, em que seus elementos nucleares não tenham qualquer defeito que o invalidem e em que não haja falta de quaisquer de seus elementos complementares⁸².

⁸² MELLO, M. B. de - Teoria do Fato Jurídico – Plano de Validade, p.3.

- **Pressupostos da validade**

Segundo Emir Iscandor Amad os pressupostos da validade podem ser com relação aos sujeitos, à legitimação e à capacidade de agir do agente – que pode versar sobre idade, sanidade mental e física, condição cultural, ausência. Outros pressupostos são, ainda, àqueles relativos ao objeto, à forma e solenidades e, ainda, à perfeição da manifestação da vontade.⁸³

Para ser considerada válida, a manifestação de vontade deverá ser também inequívoca, precisa e completa, o que vale dizer que deverá ser válida tanto na forma quanto na origem: a) inequívoca, não gerando quaisquer dúvidas, não dando margem à dupla interpretação, b) precisa, pois deve gerar a compreensão clara da intenção do manifestante e, por fim, c) completa, pois deverá conter todos os interesses que se pretende contratar.⁸⁴

A análise da validade de tais contratos com relação a esses pressupostos está sempre presente ou sempre ausente, carecendo de análise de ordem prática para se delimitar a validade. Entretanto, a necessidade de consentimento se mostra imutável, independentemente do caso concreto para que determinado ato jurídico seja considerado válido.

- **O consentimento e o acordo de vontades com requisitos da validade do contrato**

Emir Iscandor Amad faz uma diferenciação entre duas formas de interpretar a palavra consentimento, no que tange à sua aplicação no direito contratual. A primeira é no sentido de acordo de vontades, ou seja, exprimindo exatamente a formação bilateral do negócio jurídico contratual. Na segunda o de sinônimo da declaração da vontade de cada parte do contrato. O consentimento, aqui considerado no seu segundo sentido, constitui requisito típico dos elementos constitutivos do contrato, devendo, necessariamente, existir para que o contrato seja considerado válido.⁸⁵

Portanto, no primeiro sentido o consentimento significa a integração das vontades, sendo certo que no contexto restritivo constitui-se a vontade de cada parte. De fato, esse elemento se faz presente na formação de outros negócios jurídicos, sendo que, quando considerado no contexto do direito contratual, tem a característica de representar interesses contrapostos.

Uma vez que as vontades se combinem, ocorre o acordo que será a junção de duas declarações de vontade,

⁸³ MELLO, M. B. de - Teoria do Fato Jurídico – Plano de Validade, p.17 e ss.

⁸⁴ COVAS, S. - O Contrato no Ambiente Virtual. Contratação por meio de Informática, p.107.

⁸⁵ GOMES, Orlando – Contratos, p. 48.

distintas porém coincidentes. Por conseguinte, considerando-se as declarações como independentes, será indispensável que as partes levem ao conhecimento, umas das outras de sua verdadeira vontade. Surge daí o entendimento de que a comunicação é condição fundamental à formação consentimento. Ou seja, para a conclusão do contrato depende-se, necessariamente, do intercâmbio das duas – ou mais – declarações, carecendo ainda que as vontades declaradas se integrem, uma na outra⁸⁶.

Assim, considerado nos contratos de adesão, o consentimento (adesão) é o verdadeiro criador do contrato. Enquanto não houver manifestação clara e inequívoca da vontade o contrato de adesão, em seu modelo pré-elaborado, não passa de simples papel⁸⁷.

A principal dificuldade que existia em considerar a “Shrinkwrap License” bem com sua similar virtual a “Clickwrap License” como contratos válidos reside na possibilidade de se demonstrar, de maneira clara e inequívoca, que houve entre as partes contratantes um acordo de vontades formalmente concluído⁸⁸.

Manoel J. Pereira dos Santos afirma que, em função da forma como se dá o consentimento nesse tipo de contrato, “tanto nos países do regime da *“common law”*, como nos países que seguem nossa tradição jurídica, existem muitas dúvidas quanto à validade destas licenças.” Nesse mesmo sentido, continua o autor afirmando que:

No sistema do *“common law”* a aceitação da “Shrinkwrap License” mediante a abertura do envelope ou início da utilização do produto suscita um problema adicional: a adesão pelo usuário aos termos da licença ocorreriam após concluída a transação, com o recebimento do produto e o pagamento do preço. Para justificar a validade das cláusulas contratuais constantes do contrato de adesão, argumenta-se que as mesmas constituem adendos ao ato de licenciamento já consumado. No entanto, muitas decisões judiciais não tem acolhido esta teoria, por considerar que o contrato já estava perfeito e acabado.⁸⁹

Outro elemento interessante a ser analisado é a necessidade de a licença a ser comercializada no Brasil ter de ser obrigatoriamente redigida em português. Com efeito, o artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor exige que a “oferta” e a “apresentação” de produtos devam ser em língua portuguesa. Ainda que se possa argumentar não se tratar a

⁸⁶ GOMES, Orlando. Contratos, p. 48.

⁸⁷ MARQUES, C. L. - Contratos no Código de Defesa do Consumidor, p. 56.

⁸⁸ SANTOS, M. J. P. dos - Licença de software, p.47.

⁸⁹ SANTOS, M. J. P. dos - Licença de software, p.48.

licença nem de oferta, nem de, especificamente, apresentação de produto – apesar de dispor sobre formas de utilização – entende-se que, caso a licença seja fornecida em língua estrangeira, não terá validade a não ser que seja acompanhada da respectiva tradução. Isso porque o artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor é taxativo ao afirmar que, se não houver pleno conhecimento prévio por parte do consumidor do conteúdo do contrato, este não estará obrigado a cumpri-lo. Portanto, estar redigido em língua portuguesa é pré-requisito para que a sanção do artigo citado não se faça valer.

Em verdade, o contrato cibernético⁹⁰ não difere em nada em relação aos demais contratos, a não ser pelo espaço onde o mesmo é criado, que difere do espaço físico tradicional. Portanto, o estudo da validade de um contrato feito por meio eletrônico deverá necessariamente seguir o mesmo procedimento analítico dos demais contratos.

A aceitação da proposta obrigará as partes, desde que estejam preenchidos todos os pressupostos legais e que estejam presentes todos os elementos constitutivos dos contratos. De qualquer maneira, os contratos firmados via Internet continuarão sujeitos aos princípios gerais do direito e dos contratos.

Considera-se formado o contrato quando do recebimento da aceitação. Essa questão nos remete ao ponto de definir se há ou não aceitação na “Clickwrap License”. Sendo a aceitação a manifestação da vontade concordante de um dos contratantes, a mesma deverá ter sido feita dentro do prazo estipulado e em termos concordes, na íntegra, com o disposto na proposta. Em havendo declaração que não corresponda à aceitação integral, estaremos diante de uma nova proposta, nos exatos termos do Código Civil.

Nesse sentido, fica muito clara a direção dada pelas cortes americanas ao tratar o assunto. Os casos analisados e decididos pelas cortes superiores americanas tratavam de “Shrinkwrap Licenses”, mas a decisão proferida acabou influenciando inegavelmente casos celebrados por meios eletrônicos. [...] Na verdade, tal decisão criou precedentes e bases legais para que o mercado da indústria de software pudesse continuar a se utilizar largamente desse tipo de contrato nas suas negociações. Logo, a confirmação da validade dessas licenças definiu a possibilidade da indústria do software calcular os riscos envolvidos nas transações comerciais via Internet, já que possibilitou aquele que pretende disponibilizar seus produtos por meio da rede ter mais segurança quando da contratação, protegendo melhor seu produto/direito autoral [...] Como não poderia deixar de ser, os procedimentos de contratação pela rede também vão se adaptando e se modernizando. De fato, há um consenso entre

⁹⁰ AOKI, Érica. - Comércio Eletrônico – Modalidades Contratuais, p.4

os profissionais da área no sentido de orientar as “softwarehouses” a deixar o mais claro possível que houve intenção de contratar por parte do usuário ⁹¹.

Dessa forma, cabe às “house-sofware” conseguir provar, de forma inequívoca, o animus de contratar do usuário, formando, assim, o entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre a matéria.

No caso concreto, uma vez questionado o consentimento do contratante usuário, caberá à empresa que disponibilizou o contrato na rede provar que a aceitação dos termos do contrato se deu sem vícios que o invalidem. Note-se que, do ponto de vista técnico, existe condições plenas de se identificar quem está contratando, podendo se considerar a questão resolvida por esse prisma⁹².

De início, é necessário que se defina se este tipo de contratação à distância – conceito já expressamente definido na Diretiva Européia 97/7/CE de 1997, e também admitido no direito da “common law”, como no caso dos Estados Unidos, onde é conhecido com o “distance transactions” - se trata de contrato entre presentes ou entre ausentes, de acordo com a legislação nacional. Segundo o nosso ordenamento jurídico, ainda que a contratação seja feita por telefone e, por consequência, os contratantes estejam em locais físicos diferentes, essa será considerada como contratação entre presentes, o que nos levará às questões fundamentais do prazo de validade da proposta e do momento da formação do contrato.

Considerando que o que diferencia um contrato de outro é a resposta imediata, podemos considerar os contratos eletrônicos como sendo entre presentes quando a aceitação se der por transmissão instantânea e entre ausentes quando a aceitação for diferida no tempo.

Portanto, segundo Emir Iscandor Amad, os contratos de adesão de licença de programa de computador são válidos, devendo, entretanto, serem analisados caso a caso, dadas as peculiaridades pertinentes à forma de consentimento.

3.2 - Contrato de adesão e o plano da eficácia

⁹¹ Cit. WESTERMEIER, J.T – Shrink-Wrap Enforceability; Implications for Global Eletronic Commerce, p. 9. Em AMAD, Emir Iscandor. Contratos de software “shrinkwrap licences” e “clickwrap licences”. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 158.

⁹² SANTOS, M. J. P dos e ROSSI, M. D. - Aspectos Legais do Comércio Eletrônico – Contratos de Adesão, p 104.

Mesmo que o contrato de adesão de licença de programa de computador seja um tipo contratual considerado válido, sempre poderá haver a discussão por parte do usuário sobre a eficácia de suas cláusulas contratuais. Haverá a possibilidade de se aplicar o CDC, submetendo referidas cláusulas à legislação de proteção ao consumidor, haja visto se tratarem de contratos de adesão e, por consequência, estarem submetidos à essa legislação protetiva.

Para adentrar no plano da eficácia, necessário se faz que sejam transpostos, antes, tanto o plano da existência, quanto o plano da validade dos fatos jurídicos. Assim, assumindo que os contratos de adesão de licença de programa de computador, tanto na sua versão “tradicional”, quanto na sua versão mais moderna “on-line”, são contratos válidos, resta analisar a eficácia de suas cláusulas.

Eficácia jurídica é como se denominam os efeitos resultantes dos fatos jurídicos⁹³. Apenas os fatos jurídicos produzem efeitos jurídicos, sendo certo que nem a lei, por si só, gera eficácia vez que, sem os fatos, é apenas norma no papel.

Para que as cláusulas dos contratos de adesão de licença de programa de computador sejam consideradas eficazes, necessário se faz que as mesmas estejam, de início, em conformidade com a legislação vigente, tanto a específica quanto a genérica.

Existem disposições expressas na Lei do Software que definem como nulas algumas cláusulas, que são as previstas no parágrafo 1º do artigo 10 da referida lei, que dispõe:

“Parágrafo 1º – Serão nulas as cláusulas que:

I – limitem a produção, a distribuição ou a comercialização, em violação às disposições normativas em vigor;

II – eximam qualquer dos contratantes das responsabilidades por eventuais ações de terceiros, decorrentes de vícios, defeitos ou violação de direitos de autor.”

Além dessas duas proibições havia ainda, na lei antiga, a previsão de nulidade para as cláusulas que fixassem exclusividade⁹⁴. Referida disposição não mais se fez presente na lei nova uma vez que, mesmo antes da promulgação do novo diploma, a legislação antitruste já trazia a vedação a ajustes de exclusividade prejudiciais à livre concorrência, tornando desnecessária a manutenção dessa previsão legal nesse sentido⁹⁵.

⁹³ MELLO, M. B. de - Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência, p.148.

⁹⁴ Lei 7.646/87, artigo 27, parágrafo único.

⁹⁵ SANTOS, M. J. P. dos - Licença de software, p 43.

O inciso I da lei, na verdade, busca evitar práticas abusivas e monopolistas, no sentido de prejudicar o livre comércio e a livre concorrência. Referido dispositivo tem importância maior nos contratos de distribuição e comercialização de “software”, do que nas licenças de uso propriamente ditas.

Essa previsão foi baseada nas normas contra o abuso econômico, tendo sido inspirada nos artigos 29, parágrafo 2º e 90, parágrafo 2º do Código de Propriedade Industrial de 1971, que contavam com proibições no sentido de que as licenças de patentes e de marcas não poderiam conter cláusulas restringindo a industrialização, comercialização e exportação de produtos licenciados.

Essas previsões legais surgiram da interpretação do artigo 74 da antiga Lei Antitruste (Lei nº 4.137/62), que proibia ajustes no sentido de regular o mercado, equilibrar a produção com o consumo, padronizar a produção, estabilizar os preços e regular a distribuição de produtos. Apesar de tais dispositivos terem sido excluídos do Código de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), referidas proibições foram mantidas na Lei de Software, embora com a ressalva de que tais cláusulas serão nulas se “... em violação às disposições normativas em vigor”.⁹⁶

O inciso II tem como base a manutenção de garantias, que são, basicamente, de duas espécies: a garantia relativa ao funcionamento do próprio “software”, que deverá funcionar de acordo com suas especificações técnicas, e a garantia contra a violação de direitos de terceiros.

Com relação à primeira garantia, que versa sobre o funcionamento do “software”, o direito brasileiro entendeu por bem rechaçar a possibilidade de se comercializar “software” sem qualquer garantia. No início os “software”s eram comercializados com base na cláusula “as is”, ou seja, o produto era entregue como for a produzido, não havendo qualquer obrigação por parte do fornecedor de garantir que o mesmo atingiria as necessidades do usuário, bem como as especificações técnicas do produto. Hoje, no entanto, referida cláusula é considerada nula, sendo certo que o produtor do “software” deverá se responsabilizar pela qualidade técnica do produto e não poderá, por meio de disposição contratual, eximir-se da responsabilidade decorrente de vícios ou defeitos do produto. Referida norma já existia na antiga Lei do “software” e continua na presente. Outrossim, existe ainda expressa previsão neste sentido também no Código do Consumidor (artigo 51, inciso I).⁹⁷

A segunda garantia é contra violação de direitos de terceiros e se denomina, no direito civil, evicção. No direito pátrio as cláusulas que excluem referida garantia são considerados

⁹⁶ AMAD, Emir Iscandor. Contratos de software “shrinkwrap licences” e “clickwrap licences”. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 171.

⁹⁷ AMAD, Emir Iscandor. Contratos de software “shrinkwrap licences” e “clickwrap licences”. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 172.

nulas. Em outros ordenamentos jurídicos existe a possibilidade de se aceitar as cláusulas exonerativas de responsabilidade, pois se entende que referida exclusão versa sobre limitação de obrigação e não de restrição de garantias⁹⁸.

3.3 - Das disposições legais gerais

Sem dúvidas o CDC é o dispositivo legal que mais inovações traz com relação à proibição de cláusulas abusivas. Por meio do inciso II do parágrafo primeiro do artigo 51, traz uma lista exemplificativa das cláusulas consideradas abusivas, declarando-as nulas de pleno direito. Tal proibição deverá necessariamente ser aplicada aos contratos de adesão de licença de programa de computador, uma vez que os referidos dispositivos alcançam todas as relações de consumo, que é o caso das licenças.

- **Das cláusulas abusivas**

Num primeiro momento o Código de Defesa do Consumidor criou direitos – aos consumidores – e deveres – aos fornecedores -, no intuito de assegurar a proteção do consumidor na fase pré-contratual, bem como no momento da formação do contrato, por entender ser o consumidor, geralmente, a parte fraca na relação negocial. Em um segundo momento, o Código criou normas vedando expressamente as cláusulas consideradas abusivas, assim, não só exige que as cláusulas que impliquem restrição de direito do consumidor devem ser redigidas em destaque, como também declara expressamente nulas as cláusulas que forem consideradas abusivas⁹⁹.

Logo, sempre que o usuário se sentir lesado por eventual disposição contratual inserida em contratos de adesão, terá o direito de questioná-la em juízo, esperando vê-la declarada nula pelo judiciário ou, ainda, ver seu alcance diminuído em determinados casos. Exemplo de tais cláusulas são as que estabeleçam obrigações iníquas ou que coloquem o usuário em desvantagem exagerada. De qualquer maneira, o CDC previu de forma clara, no seu artigo 47, que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Portanto, em caso de dúvida ou omissão na redação da cláusula, essa deverá sempre aproveitar ao consumidor.

⁹⁸ SANTOS, M. J. P dos – Licença de software, p. 44.

⁹⁹ SANTOS, M. J. P. dos – Licença de software, p. 48.

Uma das grandes mudanças introduzidas pelo CDC é, efetivamente, o tratamento relativo dado ao princípio *pacta sunt servanda*. Essas normas proibitivas, por serem de ordem pública, não podem ser deliberadamente afastadas pelas partes contratantes.

A proteção embutida no artigo em questão (artigo 51), ou seja, o restabelecimento do equilíbrio contratual, só ocorrerá depois de perfeito o contrato, do ponto de vista formal, tendo como certa a aceitação de forma livre. Entretanto, a execução do contrato se daria de forma desequilibrada, surgindo, para evitar essa prática, a norma imperativa.

3.4 - Análise das cláusulas típicas e a sua eficácia

Com o passar do tempo e com a utilização cada vez mais frequente do contrato de adesão como meio de licenciamento de seus programas, a indústria do “software” passou a oferecer diversas licenças de uso cujo conteúdo é muito similar entre si, variando muito pouco de uma “*house-sofware*” para outra.

Invariavelmente, as “*softwarehouses*” dispõem de forma clara todas as limitações de responsabilidade, restrições técnicas do produto, limite do alcance das garantias, deveres do Licenciado, sendo certo que, em relação aos limites impostos às suas próprias obrigações e direitos concedidos ao Licenciado, algumas vezes extrapolam até mesmo os dispositivos legais.¹⁰⁰

Quanto aos vícios ou fatos descritos no CDC, há que se considerar as peculiaridades e especificidades da indústria do “software”. De fato, alguns problemas são considerados normais nesse mercado, como por exemplo eventuais falhas simples do programa, no momento de sua utilização. O mercado especializado até mesmo criou terminologia própria para determinar essa “característica” do software¹⁰¹.

Em algumas situações, as “*house-sofwares*” inovam na busca de cada vez mais proteção. Em alguns casos, até mesmo o controle sobre as possibilidades de divulgação na imprensa de resultados de avaliações do “software” são objeto dos contratos. Em outros, há expressa limitação quanto à utilização do programa no sentido de se evitar o descrédito ou a depreciação da empresa ou, ainda, de seus produtos¹⁰².

¹⁰⁰ AMAD, Emir Iscandor. Contratos de software “shrinkwrap licences” e “clickwrap licences”. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 191.

¹⁰¹ ALMEIDA, G. M. - Código do Consumidor – Aspectos Relevantes na Informática, p. 5.

¹⁰² AMAD, Emir Iscandor. Contratos de software “shrinkwrap licences” e “clickwrap licences”. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 192.

- **Das cláusulas que proíbem a duplicação desautorizada do software**

Referida cláusula baseá-se em expressa proibição prevista na Lei de Software, que deriva da própria essência do direito autoral, segundo o qual o detentor do direito mantém a prerrogativa de exercer o controle absoluto sobre as cópias feitas a partir de sua obra. O objetivo dessa proibição é o que torna viável a própria manutenção da indústria, uma vez que é por meio do licenciamento de cada cópia que se recuperam os investimentos feitos na elaboração de um determinado programa e passa a ser possível dar continuidade aos negócios que, como qualquer outro, se não for lucrativo não pode prosperar.¹⁰³

Logo, referida cláusula tem a a clara intenção de levar ao Licenciado o conhecimento da proibição legal. Caso referida proteção não fosse prevista de forma clara nas licenças, poderia haver o entendimento de que houve autorização tácita para a publicação generalizada, o que faria com que o conteúdo econômico da obra autoral se esvaziasse.¹⁰⁴

- **Das cláusulas que proíbem a locação do software**

No Brasil a locação do software pode ser feita desde que não seja o objeto principal da locação, ou seja, desde que seja locado juntamente com um hardware de acordo com os parágrafos 5º e 6º do Artigo 2º da Lei de Software. Essa previsão objetiva evitar uma espécie de “concorrência desleal” entre o detentor do direito autoral, única pessoa que adquire um exemplar e decide explorá-lo por meio da locação. Na prática, deverá ser observado o caso concreto, vez que determinado dispositivo pode variar de licença para licença, dependendo de disposição da própria “softwarehouse”.¹⁰⁵

- **Das cláusulas que proíbem a engenharia reversa ou a modificação do software**

Seguindo na mesma linha de raciocínio que enseja a proibição da duplicação desautorizada do software, essa cláusula também tem a função de manter o conteúdo econômico da obra.

¹⁰³ Idem. p. 194.

¹⁰⁴ Idem. p.194

¹⁰⁵ Idem. p. 195

O objetivo nela inserido é evitar o acesso do usuário ao código-fonte do software. Entretanto, não lhe é concedida qualquer autorização para que o mesmo altere a configuração original do software.¹⁰⁶

- **Das cláusulas que limitam a utilização do software a apenas uma máquina**

Essa cláusula deriva do entendimento da primeira cláusula típica aqui analisada, a que versa sobre a proibição da duplicação desautorizada. É evidente que se há uma proibição nesse sentido, deverá haver a adequação de uma licença para cada máquina que for utilizar o software. Sendo que também visa a proteção do conteúdo econômico do software. Para que o detentor do direito autoral possa manter seus direitos sobre sua obra, e conseqüentemente explorá-la, é necessário que se defina com exatidão que o licenciamento de um programa ao usuário se presta a autorizá-lo a usar o referido software em apenas uma máquina, devendo o usuário adquirir um licenciamento para cada máquina que queira operar o software.¹⁰⁷

- **Das cláusulas que negam garantias e limitam a responsabilidades**

Referidas cláusulas se prestam exclusivamente a proteger a “softwarehouse”. Com efeito, dada a importância que o software tem hoje, bem com sua larga utilização, seria impossível que a “softwarehouse” se obrigasse a indenizar todos os usuários que, por utilizarem determinado software, tivessem problemas ou sofressem prejuízos. Evidentemente, referidas exclusões de garantias e limitações de responsabilidade deverão se adequar às regras de ordem pública impostas à matéria, como por exemplo o CDC e a Lei do Software.¹⁰⁸

Em vários modelos de licenças as limitações de responsabilidade muitas vezes ultrapassam os limites legais, inserindo-se, por consequência, no disposto no Inciso I do artigo 51 do CDC, que define como nulas as cláusulas que “impossibilitam, exoneram ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vício de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos”.

- **Das cláusulas que elegem foro ou arbitragem**

¹⁰⁶ AMAD, Emir Iscandor. Contratos de software “shrinkwrap licences” e “clickwrap licences”. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Idem. p. 196.

¹⁰⁷ Idem. p. 197.

¹⁰⁸ Idem. p. 199.

Essas cláusulas são comuns à maioria dos contratos, permitindo que a “softwarehouse” determine o foro competente para julgar a ação ou decida pela solução arbitral. De qualquer maneira, da mesma forma que as cláusulas excludentes de responsabilidade, as cláusulas de eleição de foro deverão respeitar as normas pertinentes à matéria, sendo certo que em alguns casos teremos conflitos internacionais para solucionar as demandas¹⁰⁹.

Caso ocorra a hipótese acima descrita, poderemos estar diante da infração ao disposto no Inciso VII do artigo 51 do CDC, que prevê a nulidade das cláusulas que estipulem a arbitragem de forma compulsória.

- **Das cláusulas típicas de proteção do Licenciante**

O comprometimento do Licenciado de comunicar ao Licenciante qualquer infração ao direito autoral do software em questão, inclusive cooperando na coibição de eventual ilícito cometido por terceiros.¹¹⁰

Estabelecer critérios para sublicença e, caso autorizada, a confirmação e aceitação do sublicenciado a respeito das restrições de sigilo impostas pelo Licenciante.¹¹¹

A possibilidade do Licenciante considerar terminada a licença caso haja negligência por parte do Licenciado.¹¹² Entretanto, esta estará submetida aos termos do inciso XI do artigo 51 do CDC, que prevê que serão consideradas nulas as cláusulas que “autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor”.

- **Das cláusulas típicas de proteção do Licenciado**

As mais comuns são: a descrição detalhada sobre o matéria que será objeto da licença e que, por consequência será o material sobre o qual o Licenciado deverá manter sigilo; Declaração do Licenciante de que as restrições impostas pela Licença não se aplicam às informações que sejam de domínio público, em decorrência de outro fato que não a flaha ou

¹⁰⁹ AMAD, Emir Iscandor. Contratos de software “shrinkwrap licences” e “clickwrap licences”. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 200.

¹¹⁰ Idem. p. 206.

¹¹¹ Idem. p. 206.

¹¹² Idem. P. 206.

ação do licenciado; E a previsão de evicção com relação a qualquer reclamação de terceiros em função de violação de direito autoral, patente, ou segredos de negócio.¹¹³¹¹⁴

3.5 – Jurisprudência sobre software no Supremo Tribunal Federal

A primeira ação de matéria tributária relativa ao software que chegou ao Supremo Tribunal Federal foi em 1997. Empresas que comercializavam softwares e estavam associadas a ASSESPRO Regionais, subordinadas a uma ASSESPRO Nacional, pediam uma liminar diante do “Periculum in Mora” de iminente pagamento de ICMS, uma vez que as mesmas se obrigavam a pagar, igualmente, o ISS, caracterizando uma bi-tributação. Entretanto, o mérito da ação não foi discutido por que se entendeu pela ilegitimidade ativa da parte.¹¹⁵

O acórdão que tratou do mérito foi o do Min. Sepúlveda Pertence, de 1998, virando um precedente fundamental mesmo após 17 (dezesete) anos do julgado, para outras decisões da corte como as dos Ministros Ilmar Galvão (**RE 199.464-9/SP**, Julgado em 02/03/99)¹¹⁶, Eros Grau (**RE 285.870-AgR/SP**, Julgado em 17/06/2008)¹¹⁷ e Luiz Fux, subsidiando a única Repercussão Geral da matéria (**Rep. Geral no RE 688.223/PR**, Julgado em 20/09/2012)¹¹⁸.

¹¹³ AMAD, Emir Iscandor. Contratos de software “shrinkwrap licences” e “clickwrap licences”. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 208.

¹¹⁴ SCOTT, M. D. - Scott on Computer Law, Prentice Hall Law & Business, p. 61 e 62.

¹¹⁵ EMENTA: ILEGITIMIDADE ATIVA, POR SER A REQUERENTE CONSTITUÍDA SOB A FORMA DE ASSOCIAÇÃO DE ASSOCIAÇÕES, SEM CARACTERIZAR, ASSIM, A ENTIDADE DE CLASSE A QUE SE REFERE O ART. 103, IX, PARTE FINAL. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. (ADI 1676-8 / DF. Min. Octavio Gallotti, Julgado em 01/10/97)

¹¹⁶ EMENTA: TRIBUTÁRIO. ESTADO DE SÃO PAULO. ICMS. PROGRAMAS DE COMPUTADOR (SOFTWARE). COMERCIALIZAÇÃO. No julgamento do RE 176.626, Min. Sepúlveda Pertence, assentou a primeira turma do STF a distinção, para efeitos tributários, entre um exemplar standard de programa de computador, também chamado “de prateleira”, e o licenciamento ou cessão do direito de uso do software. A produção em massa para comercialização e a revenda de exemplares do corpus mechanicum da obra intelectual que nele se materializa não caracterizam licenciamento ou cessão de direitos de uso da obra, mas genuínas operações de circulação de mercadorias, sujeitas ao ICMS. Recurso conhecido e provido, por unanimidade. (RE 199.464-9 / SP. Min. Ilmar Galvão, Julgado em 02/03/99)

¹¹⁷ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. PRODUTOS DE INFORMÁTICA. PROGRAMAS. SOFTWARE: CD-ROM. COMERCIALIZAÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 176.626, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 11.12.98, fixou jurisprudência no sentido de que “não tendo por objeto uma **mercadoria**, mas um bem **incorpóreo**, sobre as operações de **licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador** – matéria exclusiva da lide -, efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou comercializados no varejo – como a do chamado **'software de prateleira'** (off the shelf) – os quais, materializando o **corpus mechanicum** da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio”. Precedentes. 2. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento. (**RE 285.870-AgR / SP**. Min. Eros Grau, julgado em 17/06/2008)

RE 176.626-3 / SP.

(Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 10/08/98)

EMENTA: I. Recurso Extraordinário: prequestionamento mediante embargos de declaração (Súm. 356).

A teor da Súmula 356¹¹⁹, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual “não foram opostos embargos declaratórios”. Mas se, opostos, o Tribunal a quo se recusa a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte (RE 210.638, Pertence, DJ 19/06/98).

II. RE: questão constitucional: âmbito de incidência possível dos impostos previstos na Constituição: ICMS e mercadoria.

Não tendo por objeto uma **mercadoria**, mas um bem **incorpóreo**, sobre as operações de “**licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador**” - matéria exclusiva da lide -, efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo – como a do chamado “**software de prateleira**” (off the shelf) – os quais, materializando o **corpus mechanicum** da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio.

Por unanimidade, não conhecem o recurso extraordinário.

Esse acórdão do Min. Sepúlveda Pertence foi precedente, também, para tratar de outras matérias, como a incidência de ICMS para fitas de “video-cassete” gravadas em série e a incidência de ISS municipal na prestação de serviços que se realiza sob encomenda com a entrega do serviço ou do produto e não com a sua oferta ao público. (STF, RE 191.454-8/SP, Min. Sepúlveda Pertence, Julgado em 08/06/1999)

É interessante notar que ha uma prevalência de processos em busca de arrecadação tributária no STF. São mais de 50% dos processos que chegaram a corte, 6 (seis) processos num total de 11 (onze). Existem no STF, através de seu site, em pesquisa de jurisprudências com a palavra “software”, um total de 13 acórdãos de inteiro teor, sendo destes: 11 (onze) processos; 01 (um) referente a Direito Administrativo; 6 (seis) referentes a Direito Tributário

¹¹⁸ DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. LICENCIAMENTO OU CESSÃO DE DIREITO. PROGRAMAS DE COMPUTADOR PERSONALIZADOS (SOFTWARE). INCIDÊNCIA DE ISS. ARTIGO 156, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MANIFESTAÇÃO PELA REPERCUSSÃO GERAL. (Rep. Geral no RE 688.223/PR. Min. Luiz Fux, julgado em 20/09/2012)

¹¹⁹ Súmula 356 do STF: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”

na mesma questão de incidência de ISS ou ICMS; 1 (um) de Direito do Consumidor; 1 (um) de Direito Contratual; e 2 (dois) de Direito Penal, que são casos de extradição;

Dos processos sobre matéria tributária que chegam as últimas instâncias todos tem em um dos polos o poder público, das esferas municipais (Procuradoria do Município de Curitiba) e estaduais do país (Poder Legislativo ou Executivo dos Estados de Mato Grosso, Rio Grande do Sul e São Paulo). O que estaria por trás disso?

Num primeiro momento podemos observar que o poder público tem o dever de recorrer, conforme prevê o Código de Processo Civil (Lei 5.869/73) sendo obrigatório o “duplo grau de jurisdição”. Dessa forma, chega-se um número maior de processos ao Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, esse dever de recorrer do Estado é alvo de discussão, no Substitutivo do Senado ao PL 3.615/04, do deputado Maurício Rands (PT-PE). Tenta-se condicionar a obrigação de recorrer apenas para ações com valor acima de 60 salários mínimos.

E num segundo momento percebemos que se trata de um problema contextual mais amplo:

Quadro 01 - Espécies Tributárias por categoria econômica X Competência Tributária dos Entes Federativos

| Entes Federativos / Fatos Geradores | União (artigos 153 e 154 CF) | Estados (art. 155 CF) | Municípios (art. 156) |
|-------------------------------------|--|--|---|
| Renda | <ul style="list-style-type: none"> - Renda (IR) - Contr. Previdenciária - Contr. ao Seguro de Acidente do Trabalho - Contr. ao Salário Educação - Contr. ao Sistema S | | |
| Patrimônio | <ul style="list-style-type: none"> - Imposto Propriedade territorial Rural (ITR) - Grandes Fortunas - Contribuição de Melhoria | <ul style="list-style-type: none"> - Imposto Transmissão Causa Mortis e Doações de Quaisquer Natureza (ITCMD) - Imposto Propriedade Veículos Automotores (IPVA) - Contribuição de | <ul style="list-style-type: none"> - Imposto de Propriedade predial e territorial Urbano (IPTU) - Imposto de Transmissão de bens Imóveis (ITBI) - Contribuição de Melhoria |

| | | Melhoria | |
|---------------------|---|--|---|
| Atividade Econômica | <ul style="list-style-type: none"> - Imposto Produtos Industrializados (IPI) * - Imposto de Operações Financeiras (IOF) * - Imposto de Importação (II) * - Imposto Exportação (IE) * - Contr. Social da Seguridade Social (COFINS) - Programa de Integração Social (PIS) - Contr. Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) - Contr. de Intervenção do Domínio Economico (CIDE) | <ul style="list-style-type: none"> - Imposto Circulação Mercadorias e Serviços (ICMS) | <ul style="list-style-type: none"> - Imposto de Serviços de Quaisquer Natureza (ISS) |

O que se verifica do quadro supra é uma verdadeira concentração da política tributária sob a competência da União Federal, em detrimento dos Estados e Municípios.

De modo que o poder político de se legislar sobre a tributação, recurso financeiro necessário para custear as despesas decorrentes das políticas públicas elaboradas sob o pacto da Constituição, está sob o pálio da União Federal.¹²⁰

Quadro 02: Arrecadação Tributária por Ente Federativo em 2009

| Ente Federativo | Orçamento Fiscal | % |
|-----------------|------------------|---------|
| União | 737,004.43 | 69.83% |
| Estados | 270,046.37 | 25.59% |
| Municípios | 48,356.17 | 4.58% |
| Total | 1,055,406.97 | 100.00% |

Ou seja, mais de 2/3 de toda a arrecadação tributária brasileira está concentrada na União Federal, cabendo aos Estados administrarem receitas de 25,59% e aos Municípios meros 4,58% do total.¹²¹ Estes números não compreendem os repasses da união aos outros entes através de convênios e fundos de participação. Entretanto, mesmo com os repasses a gigantesca desproporcionalidade de receita entre os entes continua.

¹²⁰ BARAU, Victor. Artigo sobre: O Sistema Tributário Nacional. Acesso em: 07/09/2015. Encontrado no link: <http://www.escoladegoverno.org.br/artigos/1734-o-sistema-tributario-nacional>.

¹²¹ Idem.

Neste contexto mais amplo, pelo fato de a imensa maioria dos serviços públicos ser prestados pelos municípios e pelos estados, é fácil compreender a “vontade de tributar” destes dois entes federativos, por vezes duplamente, caracterizando, o ilícito da bi-tributação.

Outro exemplo dessa “vontade de tributar” o software se encontra nítida no acórdão do STF, do Min. Octavio Gallotti (**Med. Cautelar na ADI 1.945-7 / MT**, Julgado em 26/05/2010).

Ação Direita de Inconstitucionalidade. Direito Tributário. ICMS. 2. Lei Estadual 7.098, de 30 de dezembro de 1998, do Estado de Mato Grosso. Inconstitucionalidade formal. Matéria reservada à disciplina de lei complementar. Inexistência. Lei complementar federal (não estadual) é a exigida pela Constituição (arts. 146, III, e 155, § 2º, XII) como elo indispensável entre os princípios nela contidos e as normas de direito local. 3. Competência do Supremo Tribunal para realizar controle abstrato de constitucionalidade. Lei que dá efetividade a comando da Constituição Federal pela disciplina de normas específicas para o Estado-membro. 4. Restituição de valores cobrados em substituição tributária e fixação de critérios para o cálculo do imposto (arts. 13, § 4º, e 22, par. Único, da Lei impugnada). Delegação a decreto de matérias albergadas sob o manto da reserva legal. Existência de *fumus boni iuris*. 5. Discriminação do pagamento antecipado a determinado setor produtivo (art. 3º, § 3º, da Lei impugnada). Razoabilidade do critério objetivo em que repousa a distinção. Inexistência de violação ao princípio da isonomia. 6. Previsão de incidência do ICMS sobre “prestações onerosas de serviços de comunicações, por qualquer meio” (art. 2º, § 2º, da Lei impugnada). Dispositivo cuja redação pouco destoa da determinação constitucional (art. 155, II). Ausência de relevância jurídica na fundamentação para deferimento da liminar. 7. Previsão de incidência de ICMS sobre serviço de comunicação “iniciado fora do território mato-grossense” (art. 16, § 2º, e 2º, §3º, da Lei impugnada). Inexistência, em juízo preliminar, de interpretação extensiva a violar o regime constitucional de competências. 8. ICMS. Incidência sobre softwares adquiridos por meio de transferência eletrônica de dados (art. 2º, § 1º, item 6, e art. 6º, § 6ª, ambos da Lei impugnada). Possibilidade. Inexistência de bem corpóreo ou mercadoria em sentido estrito. Irrelevância. O tribunal não pode se furtar a abarcar situações novas, consequências corretas do mundo real, com base em premissas jurídicas que não são mais totalmente corretas. O apego a tais diretrizes jurídicas acaba por enfraquecer o texto constitucional, pois não permite que a abertura dos dispositivos da Constituição possa se adaptar aos novos tempos, antes imprevisíveis. 9. Medida liminar parcialmente deferida, para suspender a expressão “observados os demais critérios determinados pelo regulamento”, presente no parágrafo 4º do art. 13, assim como o inteiro teor do parágrafo único do art. 22, ambos da lei 7.098/98, do Estado do Mato Grosso. Votos por maioria, indefere liminar. (**Med. Cautelar na ADI 1.945-7 / MT**, Julgado em 26/05/2010)

O Estado do Mato Grosso aprovou e tentou implantar à Lei 7.098, de 30 de dezembro de 1998 que dispunha sobre a regulamentação e as normas referentes ao ICMS:

Art. 2º (...)

§ 1º O imposto incide também:

(...)

VI – sobre as operações com programa de computador – software –, ainda que realizadas por transferência eletrônica de dados.

Art. 6º (...)

§ 6º Integra a base de cálculo do ICMS, nas operações realizadas com programa de computador – software – qualquer outra parcela debitada ao destinatário, inclusive o suporte informático, independentemente de sua denominação.

Estes dispositivos estavam, entretanto, ao ver do requerente da inconstitucionalidade da lei, o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), a invadir a competência tributária municipal, prevista no art. 156, III, da Constituição (serviços de qualquer natureza, definidos em lei complementar, no caso a LC 56/1987).

Diante das questões encontradas pelas jurisprudências e da necessidade de se atualizar a Lei de Software Brasileira, verifica-se uma convergência delas em torno da questão da tributação do software. Tanto que pelo Projeto de Lei nº 7.417, de 2006 do Sr. Marcondes Gadelha e outros, os dispositivos da Lei de Software são reproduzidos *ipsis literis*, o que há é um acréscimo de 05 (cinco) artigos, que falam, exclusivamente, dos incentivos fiscais ao setor e conseqüentemente sobre (a diminuição da) sua tributação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil em seu preâmbulo estabelece o próprio objetivo do Estado, sendo o seu início de interesse direto à análise da estrutura da proteção constitucional: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos *sociais e individuais...*”

Assim, a Constituição de 1998 assegura e faz uma distinção entre os direitos individuais e os sociais. Onde se vê por exemplo, no direito de propriedade não somente um

direito individual, mas também um direito social de acesso à propriedade através do instituto da usucapião e da desapropriação pelo poder público mediante justa indenização. Entretanto, apesar do software ter características de propriedade ele não pode ser considerado uma por força de disposição constitucional. Mas, também, por força constitucional tanto a propriedade como seus assemelhados não podem ser vistos sem outras considerações.

[...] A propriedade não pode ser vista mais à parte de sua conformação aos interesses sociais. Em outras palavras: não há, no texto constitucional brasileiro, garantia à propriedade, mas tão-somente garantia à propriedade que cumpre a sua função social. [...]

122

Poderíamos, por analogia utilizar esse raciocínio ao direito de exclusivo do software reconhecendo a necessidade de acesso ao software. Essa necessidade vem sendo delineada através dos institutos de licença compulsória, licenças abertas e da engenharia reversa.

Como ensina Allan Rocha em seu livro a função social dos direitos autorais:

Vive-se em um mundo com propriedades privadas bem como espaços públicos, o valor e o uso dos espaços privados engrandecem-se com a existência dos públicos, como acontece com um loteamento com o advento de ruas, avenidas e parques. Nada indica que deve-se inverter essa ordem quando se trata de bens imateriais. Ao contrário, deve-se insistir no equilíbrio ponderado, projetando esta tradição do passado no futuro, inspirando-se na defesa do amanhã contra o ontem, pelo futuro contra o passado, e pela liberdade contra a dominação.¹²³

O que se percebe na constituição é uma conjugação de direitos com funções¹²⁴ diferentes e interesses que por vezes são considerandos opostos, entretanto isto é apenas aparência pois por meio de uma ponderação de princípios e utilização de métodos interpretativos como a análise extensiva dos direitos fundamentais, se poderá perceber no caso concreto que não são oposto e sim complementares.

A noção geral de funcionalização, pode-se afirmar, parte da distinção entre fins e meios. Tudo o que se diz meio para a realização de alguma coisa, se diz instrumento e, na esteira, se diz funcionalizado àquela noção que representa o seu fim. Se assim é, como parece,

¹²² FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: Uma concretização da função social da propriedade.

¹²³ SOUZA, Allan Rocha de. A função social dos direitos autorais: Uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica. Brasil: 1988 – 2005.

¹²⁴ FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: Uma concretização da função social da propriedade.

numa concepção hierárquica, os meios estão abaixo dos fins, uma vez que se curvam aos seus ditames, servem àquelas finalidades.¹²⁵

O direito tem, como explica Carlos Affonso, devido as suas características inerentes, que promover determinadas construções argumentativas através da regulação de condutas buscando essa finalidade¹²⁶.

É necessário portanto, uma construção de um direito em harmonia com princípios e valores não patrimoniais e que tenha a função de promover direitos como o acesso à cultura, à informação, à proteção de dados pessoais e o direito a identidade como meio de se alcançar a aplicação do princípio da dignidade humana em detrimento dos meios de controle e restrição da liberdade de acesso e de desenvolvimento pessoais e tecnológicos.

O mecanismo legal para divulgação, distribuição e comercialização dos programas de computadores para o usuário comum permitiu que a indústria do software se desenvolvesse a passos largos. É certo que toda uma nova área se desenvolveu criando profissões no mundo todo e permitindo que houvesse inovações em quase todas as áreas do interesse humano. Gerou um crescimento da arrecadação de impostos e o desenvolvimento de programas atingiu diretamente, a engenharia espacial, a medicina, transações interbancárias, apenas para citar alguns exemplos, tornando o mundo pequeno.¹²⁷

Entretanto, também houve consequências negativas, como o monopólio exercido por algumas grandes empresas de software que resulta em prejuízos não só para a concorrência comercial, como também em alguns casos para o consumidor final. Pois é grande as possibilidades de erros e abusos. Entretanto, o direito decorre do fato. E o fato é que as referidas licenças são usadas a nível mundial, numa proporção já irreversível, fazendo com que o direito tenha se modificado para que essa realidade tivesse respaldo legal.¹²⁸

Mas não se pode negar que apesar das possibilidades de abusos e do monopólio existem instrumentos legais protetivos em relação aos aderentes do contrato. A legislação nacional estabelece limites para as cláusulas que sendo consideradas abusivas, são desde logo,

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ Ao se perceber que o direito pode promover determinadas finalidades através da regulação de condutas, rompe-se a perspectiva de um ordenamento jurídico que apenas alcança a conduta daqueles que a ele se submetem porque temem a aplicação de alguma sanção negativa caso não o façam. O surgimento das chamadas sanções positivas, ou das condutas estimuladas (promovidas) pelo ordenamento jurídico, é assim o elemento distintivo da *função promocional do direito*. (SOUZA, Carlos Affonso de, p. 15)

¹²⁷ AMAD, Emir Iscandar. Contratos de software “shrinkwrap licences” e “clickwrap licences”. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 211.

¹²⁸ Idem. p. 215.

taxadas de nulas. Além disso, o acesso ao judiciário para questionar determinadas cláusulas sempre é possível, em qualquer tipo contratual.¹²⁹

Enfim, tanto Marcos Waschowicz quanto Denis Borges Barbosa, tem preocupações quanto ao equilíbrio e a recusa ao monopólio. Entretanto, nesse tempo todo, o software criou um mundo novo. Esse foi o efeito da sociedade de informação. Cabe-se perguntar: essa dinâmica acelerada de inovação justifica o monopólio imitigado? Para ambos a resposta é não e sim, ao mesmo tempo. “Pois o desenvolvimento e a difusão da tecnologia da informação e conseqüentemente do software na sociedade informacional acarretaram um impacto ambivalente. A tecnologia e a proteção jurídica dela favoreceu ao mesmo tempo o monopolista e ao usuário da informação¹³⁰.”

¹²⁹ Idem. p. 215.

¹³⁰ WACHOWICZ, MARCOS. Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação. 1a Edição. 6 a Reimpressão. Curitiba. Juruá Editora. 2009. p. 16.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA

AOKI, Érica. **Comércio Eletrônico – Modalidades Contratuais**. In: Anais do 10º Seminário Internacional de Direito de Informática e Telecomunicações da ABDI (Associação Brasileira de Direito de Informática e Telecomunicações), São Paulo.

AMAD, Emir Iscandor. **Contratos de software “shrinkwrap licences” e “clickwrap licences”**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro. Renovar, 1997

_____, **Programa de Computador e Direito Autoral**. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1985.

AREAS, Patricia de Oliveira. **Contratos Internacionais de Software: O Direito Moral do Autor como limitante da autonomia da vontade**. Tese de Mestrado apresentada a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2006.

ATIENZA, Manuel. **O Direito como Argumentação**. Editora Escolar. Lisboa, 2014.

ALMEIDA, Gilberto Martins. **Código do Consumidor – Aspectos Relevantes na Informática**. In: Anais do 10º Seminário Internacional de Direito de Informática e Telecomunicações da ABDI (Associação Brasileira de Direito de Informática e Telecomunicações), São Paulo.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de, **“Princípios do Novo Direito Contratual”**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 750, p. 113-120, abr. 1998.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado de Propriedade Intelectual**. Tomo II. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2010.

BARAU, Victor. Artigo sobre: **O Sistema Tributário Nacional**. Encontrado em: <<http://www.escoladegoverno.org.br/artigos/1734-o-sistema-tributario-nacional>>. Acesso em: <07/09/2015>.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**. Editora Saraiva, 1991.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. Tradução Nilson Moulin. Editora UNESP, São Paulo, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1998.

_____, Decreto 1.355, de 30 de dezembro de 1994, que promulga o **Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio**. (TRIPPS)

_____, **Lei 9.610**, de 19 de fevereiro de 1998, que regulamenta os Direitos Autorais no Brasil.

_____, de 19 de fevereiro de 1998, que regulamenta a proteção jurídica ao software no Brasil

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura**; v.1: São Paulo: Paz e Terra, 2010.

CAMBIUCCI, Waldemir. **Uma introdução ao Software + Serviços, SaaS e SOA**. Artigo encontrado no site: <https://msdn.microsoft.com/pt-br/library/dd875466.aspx> em 30/06/2015.

COLLINS, Hugh. CAMPBELL, David. **Descobrendo as dimensões Implícitas dos contratos**. In: Para que serve o direito contratual? Direito, Sociedade e Economia. Editora FGV. 2015

COVAS, Silvânio. **O Contrato no Ambiente Virtual**. Contratação por meio de Informática. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, ano II, nº 5, maio/agosto de 1999.

DELL'ISOLA, Carmela. **Apontamentos a respeito da proteção jurídica do autor de programas de computador**. Revista da Faculdade de Direito. PUC/SP.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11a Edição. Revista e Ampliada. Ed. Atlas, São Paulo, 2014.

FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: **Uma concretização da função social da propriedade**. Revista Brasileira de Direito Civil, Vol. 2 – Out / Dez 2014.

FERREIRA, Gustavo Assed. **Medidas Jurídicas de Proteção ao Software**. Revista Paradigma da Universidade de Ribeirão Preto, 2002.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26.ed. Atualizado por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **A proteção dos programas de computador**. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1985.

GORDON, Robert W. **Macaulay, Macneil e a descoberta da solidariedade e do poder no direito contratual**. In: Para que serve o direito contratual? Direito, Sociedade e Economia. Editora FGV. 2015

KONDER, Carlos Nelson de Paula. **A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

LARENZ, Karl. **Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos**. Granada: Comares, 2002.

- LIMA, C. R. P. de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap): um estudo comparado entre Brasil e Canadá.** 2009. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- LOBO, Carlos Augusto da Silveira. **Proteção Jurídica dos Programas de Computador.** Editora Forense, 1ª Edição. 1985.
- LUPI, André L.P. Basto. **Proteção Jurídica do Software.** Porto Alegre: Síntese, 1998.
- MACAULAY, Stewart. **Relações não contratuais nos negócios: um estudo preliminar.** In: Para que serve o direito contratual? Direito, Sociedade e Economia. Editora FGV. 2015
- MACHADO, Ulysses Alves de Levy. Artigo em mini-curso sobre patentes da FGV: “**Aumentam as resistências ao movimento internacional pelas patentes**”. Disponível em: <http://www.serpro.gov.br/imprensa/publicacoes/Tema/tema_174/materias/aumentam-as-resistencias-ao-movimento-internacional-pelas-patentes>. Acesso em: 10 dez. 2007.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações.** In Revista Brasileira de Direito Comparado, a. 2003, n. 25. pp. 230-281.
- MATTIETTO, Leonardo. **O princípio do equilíbrio contratual.** Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112>> Acesso em: 01 de Dezembro de 2015.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor,** v. I, 3ª Edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.
- MELLO, Marcos Bernardes de - **Teoria do Fato Jurídico** – Plano de Validade. 8ª Edição. São Paulo, Saraiva, 1998.
- MINC, Ministério da Cultura. Livro: **Gestão Cultural – Conceitos Básicos.** Etapa 1. Unidade VI. Direitos Autorais.
- MORAES, Maria Celina Bodin. **Princípios do Direito Civil Contemporâneo.** Editora Renovar, 2006.
- PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- PEREIRA, Alexandre Libório dias. **Programas de computador, Sistemas Informáticos e Comunicações eletrônicas: Alguns aspectos jurídicos contratuais.** Revista da Ordem dos Advogados, Ano 59, III, Dezembro 1999, Lisboa, pp. 915-1000.
- PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos, Globalização Econômica e integração regional: desafios do direito constitucional, internacional e comparado.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. **Licença de Software**. In: Revista da ABPI (Associação Brasileira de Propriedade Intelectual), edição no 25, novembro/dezembro. São Paulo, 1996.

SCOTT, Michael D. **Scott on Computer Law, Prentice Hall Law & Business**, 2ª Edição. Los Angeles, Prentice Hall Law & Business, 1991.

SEN, Amartya. **O desenvolvimento como liberdade**. Companhia das Letras. 2015.

_____. **A idéia de Justiça**. Companhia das Letras. 2015.

SICCA, Gerson dos Santos. **A proteção da propriedade intelectual dos programas de computador**. Revista Universitária. Brasília a. 36 n. 142 abr./jun. 1999.

SOUZA, Allan Rocha de. **A função social dos direitos autorais: Uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica**. Brasil: 1988 – 2005. Tese de Mestrado – Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, 2006.

_____, **Direitos Culturais no Brasil**. Rio de Janeiro: Azougue, 2012.

SOUZA, Carlos Affonso de. **Abuso do Direito nas Relações Privadas**. Editora Campus. 2014.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Maria Helena; MORAES, Maria Celina Bodin; **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**, Volume II. Editora Renovar. 2006.

TOURNEAU, Philippe de. **Contrats informatiques et électroniques**. 3. ed. Paris: Dalloz, 2004

ULMER, Eugen. KOLLE, Gert.. A proteção sob o Direito Autoral de Programas de Computador. Tradução de Marina Brenner. Editora Florense, 1º Edição, 1985.

WACHOWICZ, MARCOS. **Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação**. 1a Edição. 6ª Reimpressão. Curitiba. Juruá Editora. 2009

_____, Organizador. **Porque mudar a Lei de Direito Autoral?** Estudos e Pareceres. Fundação Boiteux, Florianópolis, 2011.

_____, PRONER, Carol. Organizadores. **Inclusão tecnológicas e Direito à Cultura: movimentos rua à sociedade democrática do conhecimento**. Fundação Boiteux, Florianópolis, 2012.

WALD, Arnaldo. **A natureza jurídica do software**. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1985.

WESTERMEIER, J.T. **Shrink-Warap Enforceability; Implications for Global Electronic Commerce**. In: Anais do 11º Seminário Internacional de Direito de Informática e Telecomunicações da ABDI (Associação Brasileira de Direito de Informática e Telecomunicações), São Paulo.

ANEXO A – Lei nº 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.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I**DISPOSIÇÕES PRELIMINARES**

Art. 1º Programa de computador é 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.

CAPÍTULO II**DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE AUTOR E DO REGISTRO**

Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.

§ 1º Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação.

§ 2º Fica assegurada a tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação.

§ 3º A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.

§ 4º Os direitos atribuídos por esta Lei ficam assegurados aos estrangeiros domiciliados no exterior, desde que o país de origem do programa conceda, aos brasileiros e estrangeiros domiciliados no Brasil, direitos equivalentes.

§ 5º Inclui-se dentre os direitos assegurados por esta Lei e pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País aquele direito exclusivo de autorizar ou proibir o aluguel comercial, não sendo esse direito exaurível pela venda, licença ou outra forma de transferência da cópia do programa.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos casos em que o programa em si não seja objeto essencial do aluguel.

Art. 3º Os programas de computador poderão, a critério do titular, ser registrados em órgão ou entidade a ser designado por ato do Poder Executivo, por iniciativa do Ministério responsável pela política de ciência e tecnologia.(Regulamento)

§ 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, ressalvando-se os direitos de terceiros e a responsabilidade do Governo.

§ 2º As informações referidas no inciso III do parágrafo anterior são de caráter sigiloso, não podendo ser reveladas, salvo por ordem judicial ou a requerimento do próprio titular.

Art. 4º Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos.

§ 1º Ressalvado ajuste em contrário, a compensação do trabalho ou serviço prestado limitar-se-á à remuneração ou ao salário convencionado.

§ 2º Pertencerão, com exclusividade, ao empregado, contratado de serviço ou servidor os direitos concernentes a programa de computador gerado sem relação com o contrato de trabalho, prestação de serviços ou vínculo estatutário, e sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, da empresa ou entidade com a qual o empregador mantenha contrato de prestação de serviços ou assemelhados, do contratante de serviços ou órgão público.

§ 3º O tratamento previsto neste artigo será aplicado nos casos em que o programa de computador for desenvolvido por bolsistas, estagiários e assemelhados.

Art. 5º Os direitos sobre as derivações autorizadas pelo titular dos direitos de programa de computador, inclusive sua exploração econômica, pertencerão à pessoa autorizada que as fizer, salvo estipulação contratual em contrário.

Art. 6º Não constituem ofensa aos direitos do titular de programa de computador:

I - a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda;

II - a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos;

III - a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão;

IV - a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu.

CAPÍTULO III

DAS GARANTIAS AOS USUÁRIOS DE PROGRAMA DE COMPUTADOR

Art. 7º O contrato de licença de uso de programa de computador, o documento fiscal correspondente, os suportes físicos do programa ou as respectivas embalagens deverão consignar, de forma facilmente legível pelo usuário, o prazo de validade técnica da versão comercializada.

Art. 8º Aquele que comercializar programa de computador, quer seja titular dos direitos do programa, quer seja titular dos direitos de comercialização, fica obrigado, no território nacional, durante o prazo de validade técnica da respectiva versão, a assegurar aos respectivos usuários a prestação de serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do programa, consideradas as suas especificações.

Parágrafo único. A obrigação persistirá no caso de retirada de circulação comercial do programa de computador durante o prazo de validade, salvo justa indenização de eventuais prejuízos causados a terceiros.

CAPÍTULO IV

DOS CONTRATOS DE LICENÇA DE USO, DE COMERCIALIZAÇÃO E DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

Art. 9º O uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença.

Parágrafo único. Na hipótese de eventual inexistência do contrato referido no *caput* deste artigo, o documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia servirá para comprovação da regularidade do seu uso.

Art. 10. Os atos e contratos de licença de direitos de comercialização referentes a programas de computador de origem externa deverão fixar, quanto aos tributos e encargos exigíveis, a responsabilidade pelos respectivos pagamentos e estabelecerão a remuneração do titular dos direitos de programa de computador residente ou domiciliado no exterior.

§ 1º Serão nulas as cláusulas que:

I - limitem a produção, a distribuição ou a comercialização, em violação às disposições normativas em vigor;

II - eximam qualquer dos contratantes das responsabilidades por eventuais ações de terceiros, decorrentes de vícios, defeitos ou violação de direitos de autor.

§ 2º O remetente do correspondente valor em moeda estrangeira, em pagamento da remuneração de que se trata, conservará em seu poder, pelo prazo de cinco anos, todos os documentos necessários à comprovação da licitude das remessas e da sua conformidade ao *caput* deste artigo.

Art. 11. Nos casos de transferência de tecnologia de programa de computador, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial fará o registro dos respectivos contratos, para que produzam efeitos em relação a terceiros.

Parágrafo único. Para o registro de que trata este artigo, é obrigatória a entrega, por parte do fornecedor ao receptor de tecnologia, da documentação completa, em especial do código-fonte comentado, memorial descritivo, especificações funcionais internas, diagramas, fluxogramas e outros dados técnicos necessários à absorção da tecnologia.

CAPÍTULO V

DAS INFRAÇÕES E DAS PENALIDADES

Art. 12. Violar direitos de autor de programa de computador:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos ou multa.

§ 1º Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de programa de computador, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente:

Pena - Reclusão de um a quatro anos e multa.

§ 2º Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral.

§ 3º Nos crimes previstos neste artigo, somente se procede mediante queixa, salvo:

I - quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público;

II - quando, em decorrência de ato delituoso, resultar sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária ou prática de quaisquer dos crimes contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo.

§ 4º No caso do inciso II do parágrafo anterior, a exigibilidade do tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, processar-se-á independentemente de representação.

Art. 13. A ação penal e as diligências preliminares de busca e apreensão, nos casos de violação de direito de autor de programa de computador, serão precedidas de vistoria, podendo o juiz ordenar a apreensão das cópias produzidas ou comercializadas com violação de direito de autor, suas versões e derivações, em poder do infrator ou de quem as esteja expondo, mantendo em depósito, reproduzindo ou comercializando.

Art. 14. Independentemente da ação penal, o prejudicado poderá intentar ação para proibir ao infrator a prática do ato incriminado, com cominação de pena pecuniária para o caso de transgressão do preceito.

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

§ 2º Independentemente de ação cautelar preparatória, o juiz poderá conceder medida liminar proibindo ao infrator a prática do ato incriminado, nos termos deste artigo.

§ 3º Nos procedimentos cíveis, as medidas cautelares de busca e apreensão observarão o disposto no artigo anterior.

§ 4º Na hipótese de serem apresentadas, em juízo, para a defesa dos interesses de qualquer das partes, informações que se caracterizem como confidenciais, deverá o juiz determinar que o processo prossiga em segredo de justiça, vedado o uso de tais informações também à outra parte para outras finalidades.

§ 5º Será responsabilizado por perdas e danos aquele que requerer e promover as medidas previstas neste e nos arts. 12 e 13, agindo de má-fé ou por espírito de emulação, capricho ou erro grosseiro, nos termos dos arts. 16, 17 e 18 do Código de Processo Civil.

CAPÍTULO VI

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 15. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 16. Fica revogada a Lei nº 7.646, de 18 de dezembro de 1987.

Brasília, 19 de fevereiro de 1998; 177º da Independência e 110º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Israel Vargas

ANEXO B – Modelo de Contrato de licença de uso e prestação de serviços

4º OFÍCIO DE REGISTRO DE TÍTULOS
E DOCUMENTOS – FONE: 3015-5100
495.539 16/12/2009

CONTRATO DE LICENÇA DE USO DE SOFTWARE E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Este Contrato de Licença de Uso de Software e Prestação de Serviços ("Contrato") é celebrado entre a Bematech S.A., com sede na Avenida Rui Barbosa, 2529, Módulos 07 e 08, na Cidade de São José dos Pinhais, Estado do Paraná, inscrita no CNPJ sob o nº. 82.373.077/0001-71 ("Licenciante") e o Cliente ("Licenciada") especificado na Proposta ou no Formulário de Licenciamento de Software emitido pela Revenda Credenciada da Licenciante ("Proposta") da qual este Contrato faz parte integrante no tocante aos programas de computador descritos e especificados na Proposta, assim como meios físicos, materiais impressos correlatos e demais documentação "on-line" ou eletrônica que os acompanham (conjuntamente "Software");

I OBJETO

1.1 Mediante aceitação da Proposta e sujeito aos termos e condições da Proposta e deste Contrato, a Licenciante outorga à Licenciada, em caráter temporário, não exclusivo, intransferível e oneroso, o direito de uso do Software, para desempenho de suas atividades empresariais. A Licenciada será exclusivamente responsável por providenciar e assegurar, constantemente, a manutenção das condições mínimas exigidas no tocante à infra-estrutura, equipamentos, sistemas operacionais e ambiente operacional para a adequada instalação, uso e manutenção do Software, condições estas que se encontram especificadas no documento intitulado Requerimentos de Infra-estrutura que se encontra disponível no seguinte endereço eletrônico: www.bematech.com.br/software ("Website").

1.2 A Licenciada reconhece e aceita que, deverá dispor de infra-estrutura, ambiente operacional e equipamentos necessários para a instalação e utilização do Software objeto deste Contrato;

1.3 A Licenciada reconhece e aceita que durante a vigência deste Contrato e após seu término, a Licenciante poderá licenciar o Software e/ou prestar qualquer serviço similar a terceiros. Sem prejuízo do disposto nesta Cláusula, a Licenciada reconhece e aceita que, durante a vigência deste Contrato, só poderá contratar terceiros credenciados pela Licenciante para lhe prestar quaisquer serviços (implantação, treinamento e suporte) no tocante ao Software.

1.4 A Licenciante terá o direito ainda de, mediante aviso prévio e a qualquer tempo durante o horário de expediente normal, inspecionar o local no qual o Software encontra-se instalado, a fim de verificar o integral cumprimento das disposições deste Contrato. O exercício do direito de inspeção da Licenciante de nenhuma forma diminui, relativiza ou afeta as responsabilidades legais e contratuais da Licenciada, a qual permanecerá sendo a única e exclusiva responsável pelo bom e correto uso do Software, nos termos do presente Contrato e da legislação em vigor. A Licenciada declara também que é e continuará sendo, para todos os efeitos legais, a única e exclusiva responsável pelo(s) seu(s) estabelecimento(s) comercial(ais), respondendo por todas as obrigações decorrentes de seu negócio, sejam elas de natureza comercial, civil, penal, tributário, trabalhista, previdenciário, ou de qualquer outra natureza.

1.5 Para cada licença do Software adquirida, a Licenciada poderá utilizar apenas uma cópia do Software em um equipamento específico, em um único local de suas instalações e somente para desempenho de suas atividades empresariais, sendo expressamente vedado o compartilhamento do Software por mais de um equipamento ou a utilização do Software para qualquer outra finalidade, salvo mediante autorização prévia, escrita e específica da Licenciante.

1.6 Tendo em vista o caráter intransferível da licença de uso do Software concedida sob este Contrato, a Licenciada reconhece e aceita que lhe é vedado permitir o uso do Software por

2º OFÍCIO DISTRIBUIDOR
Registro de Títulos e Documentos
Registro Civil de Pessoas Jurídicas
Rua Mal. Deodoro, 320 - Sala 504
Fone: (41) 3225-3805 Curitiba - PR

11



4º OFÍCIO DE REGISTRO DE TÍTULOS
E DOCUMENTOS - FONE: 3013-3100
495.539 16/12/2009

qualquer terceiro, incluindo, mas não se limitando a, sociedades controladoras, controladas, coligadas ou sucessoras da Licenciada.

1.7 A Licenciada poderá fazer, no máximo, 1 (uma) cópia do Software exclusivamente com propósitos de salvaguarda, arquivo ou recuperação, desde que reproduza e inclua integralmente em referida cópia, sem qualquer alteração, os avisos de direitos autorais, marcas e demais avisos de direitos de propriedade da Licenciante contidos no original do Software.

1.8 É vedado à Licenciada, sem a prévia, específica e escrita autorização da Licenciante: (a) divulgar, revelar ou disponibilizar o Software a qualquer terceiro, salvo se e de acordo com o expressamente previsto neste Contrato; (b) a não utilizar, vender, distribuir, sublicenciar, alugar, arrendar, emprestar, dar, dispor, ceder ou de qualquer outra forma transferir total ou parcialmente o Software e/ou quaisquer direitos a ele relativos, salvo se e de acordo com o expressamente previsto neste Contrato; (c) copiar, alterar, adaptar, aprimorar, corrigir, traduzir, atualizar, desenvolver novas versões ou elaborar obras derivadas do Software ou de qualquer de suas partes ou componentes, salvo se e de acordo com o expressamente previsto neste Contrato; (d) desmontar, descompilar, fazer engenharia reversa do Software ou, por meio de qualquer outra forma, obter, acessar ou tentar obter ou acessar o código-fonte do Software e/ou qualquer dado ou informação confidencial relativo ao Software; e (e) remover os avisos de direitos autorais ou quaisquer outros avisos de direitos de propriedade contidos no Software.

1.9 A transferência pela Licenciada a terceiros, a qualquer título, da posse ou propriedade de qualquer equipamento no qual esteja instalado o Software não implicará cessão ou transferência da licença de uso do Software a referido terceiro. Na hipótese da Licenciada pretender transferir a terceiros qualquer equipamento no qual esteja instalado o Software, deverá comunicar tal fato, prévia e expressamente, à Licenciante, ficando a transferência da licença de uso do Software sujeita à celebração entre a Licenciante e o terceiro adquirente de um contrato de licença de uso do Software, bem como ao pagamento dos valores que venham a ser então ajustados.

II REMUNERAÇÃO

2.1 Pelo direito de uso do Software e pela prestação dos Serviços, a Licenciada pagará à Licenciante ou à Revenda Credenciada da Licenciante por esta expressamente indicada na Proposta Comercial, a remuneração especificada na Proposta, a ser paga de acordo com os prazos, termos e condições de pagamento igualmente ali especificados, observadas as disposições deste Capítulo. Pelos Serviços Adicionais, a Licenciada pagará à Licenciante ou à Revenda Credenciada da Licenciante por esta expressamente indicada na Proposta Comercial, a remuneração especificada na proposta pertinente, de acordo com os prazos, termos e condições de pagamento igualmente ali especificados, observadas as disposições deste Capítulo.

2.2 Salvo se diversamente especificado na Proposta, os valores devidos pela Licenciada à Licenciante, ou à Revenda Credenciada da Licenciante, sob este Contrato serão corrigidos monetariamente, anualmente ou na menor periodicidade permitida pela legislação em vigor à época, de acordo com a variação do Índice Geral de Preços - Mercado da Fundação Getúlio Vargas ("IGP-M/FGV") no período. Caso o índice previsto nesta Cláusula seja extinto ou tenha seu uso expressamente vedado por lei, a correção monetária dar-se-á de acordo com a variação do índice que vier a ser eleito pela Licenciante dentre aqueles legalmente permitidos.

2.3 Salvo se diversamente especificado na Proposta, a Licenciada obriga-se a pagar à Licenciante ou à Revenda Credenciada da Licenciante por esta expressamente indicada na Proposta Comercial, todos os custos e despesas eventualmente incorridos pela Licenciante no fornecimento do Software e na prestação dos Serviços, incluindo, mas não se limitando a, custos de transporte, viagem, alimentação e estadia do pessoal da Licenciante. Caso a Licenciada por si

4º OFÍCIO DE REGISTRO DE TÍTULOS
E DOCUMENTOS - FONE: 3015-5100
495.539 16/12/2009

ou por sua Revenda Credenciada venha a arcar com qualquer de tais custos ou despesas, a Licenciada obriga-se a reembolsar imediatamente à Licenciante ou à Revenda Credenciada da Licenciante por esta indicada na Proposta Comercial, os valores por esta despendidos, mediante apresentação do documento de cobrança pertinente.

2.4 Salvo se diversamente previsto na Proposta, a Licenciada reconhece e aceita que será exclusivamente responsável por todos e quaisquer tributos, encargos ou contribuições de qualquer natureza que incidam ou venham a incidir, direta ou indiretamente, sobre ou com relação às transações objeto deste Contrato, sendo certo que toda e qualquer remuneração devida à Licenciante ou à Revenda Credenciada da Licenciante sob este Contrato deverá ser paga integralmente, líquida de qualquer dedução ou retenção. Caso a Licenciante ou a sua Revenda Credenciada venha a arcar com qualquer de referidos tributos, encargos ou contribuições, a Licenciada reembolsará imediatamente à Licenciante ou à Revenda Credenciada da Licenciante os valores despendidos com o pagamento de tais tributos, encargos e contribuições, mediante recebimento dos documentos de cobrança pertinentes.

2.5 Todos os valores faturados pela Licenciante ou pela sua Revenda Credenciada à Licenciada sob este Contrato serão devidos e deverão ser pagos no prazo e condições estabelecidas na Proposta Comercial,. O não recebimento do documento de cobrança não desobriga a Licenciada do pagamento dos valores devidos, bem como não autoriza o seu pagamento com atraso, sem a incidência das penalidades previstas no Contrato.

2.6 Os valores devidos e não pagos sob este Contrato ficarão sujeitos a correção monetária de acordo com a variação do IGP-M/FGV, entre a data do vencimento e a data do efetivo pagamento, bem como multa e juros estipulados na Proposta, sem prejuízo de qualquer outro direito da Licenciante ou da Revenda Credenciada da Licenciante sob este Contrato (especialmente o de suspender imediatamente o direito de uso do Software e a prestação de Serviços ou de considerar rescindido de pleno direito este Contrato, nos termos da Cláusula 3.2) ou legislação aplicável.

2.7. A Licenciada reconhece e aceita que a licença do Software objeto do presente Contrato é concedida a título oneroso e temporário. Caso a Licenciada permaneça inadimplente quanto ao pagamento da remuneração ora estabelecida por período superior a 30 (trinta) dias, a Revenda Credenciada da Licenciante poderá solicitar à Licenciante o bloqueio da utilização e acesso do Software, quando tecnicamente possível, até que haja a regularização dos pagamentos devidos.

2.7.1 Quando houver o restabelecimento dos pagamentos pela Licenciada, caberá à Revenda Credenciada responsável pela Licenciada solicitar à Licenciante o desbloqueio da utilização do Software.

2.7.2 Em caso de inadimplência, a Licenciada perderá o direito a qualquer atualização do Software que seja disponibilizada pela Licenciante.

III PRAZO E RESCISÃO

3.1 Este Contrato entrará em vigor na data da aceitação da Proposta pela Licenciada e, salvo se rescindido de acordo com o disposto neste Capítulo, vigorará por prazo indeterminado, observados os prazos de vigência de cada Proposta.

3.2 Este Contrato poderá ser rescindido a qualquer tempo, por qualquer das partes, caso a outra parte tenha descumprido qualquer de suas obrigações sob este Contrato e deixado de sanar tal descumprimento no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de recebimento de notificação escrita nesse sentido.

3.3 Sem prejuízo do disposto na Cláusula 3.2, a Licenciante poderá rescindir este Contrato a qualquer tempo, mediante notificação escrita e com efeito imediato à Licenciada, nas seguintes

3
2º OFÍCIO DISTRIBUIDOR
Registro de Títulos e Documentos
Registro Civil de Pessoas Jurídicas
Rua Mai. Deodoro, 320 - Sala 504
Fone: (41) 3225-3865 - Curitiba - P.R.



49 OFÍCIO DE REGISTRO DE TÍTULOS
E DOCUMENTOS - FONE: 3015-5100
495.539 16/12/2009

hipóteses: (i) violação pela Licenciada, seus empregados, contratados e/ou representantes de qualquer das disposições inscritas no Capítulo V; (ii) inadimplemento da Licenciada quanto ao pagamento definido no Capítulo II; ou, (iii) recuperação judicial, falência ou liquidação da Licenciada, hipóteses nas quais a rescisão retroagirá à data do pedido de recuperação judicial, falência ou liquidação, conforme o caso.

3.4 No caso de término ou rescisão deste Contrato, por qualquer motivo ou razão, a Licenciante ou a Revenda Credenciada da Licenciante terá o direito de receber a remuneração devida pelo direito de uso do Software e pelos Serviços prestados à Licenciada até a data efetiva do término ou rescisão, valores estes a serem pagos na forma estabelecida na Proposta, devendo a Licenciada interromper imediatamente o uso do Software. Ademais, o término ou rescisão deste Contrato, por qualquer motivo ou razão, não desobrigará a Licenciada no tocante às obrigações assumidas sob este Contrato que sobreviverão à sua rescisão, incluindo, mas não se limitando a, as obrigações previstas no Capítulo V.

3.5 Havendo a rescisão deste Instrumento, por qualquer motivo conforme disposto neste Capítulo III, as Propostas vinculadas a este Contrato também serão consideradas rescindidas sofrendo os mesmos efeitos ora previstos.

IV GARANTIAS

4.1 A Licenciante oferece a garantia de que o Software estará livre de defeitos de fabricação e operará de acordo com as respectivas especificações técnicas aplicáveis, pelo período de 90 (noventa) dias, contado da data de entrega ou implantação do Software (conforme o caso)..

4.2 Caso a Licenciada comunique, por escrito, à Revenda Credenciada da Licenciante qualquer desconformidade do Software ou dos Serviços no tocante às garantias aqui previstas, a Licenciante investigará a desconformidade reportada e, uma vez confirmada a desconformidade, procurará saná-la ou contorná-la, sem qualquer custo adicional para a Licenciada.

4.3 A Licenciante ou sua Revenda Credenciada não terá qualquer obrigação de efetuar qualquer conserto caso a desconformidade apontada pela Licenciada decorra de: (i) dano intencional ao Software, uso indevido, assim como utilização, manutenção ou armazenagem do Software pela Licenciada em desconformidade com a documentação técnica ou quaisquer manuais, instruções ou recomendações fornecidos pela Licenciante; (ii) utilização de programas de computador ou equipamentos não fornecidos pela Licenciante; (iii) incêndio, desastres naturais, condições ambientais inadequadas, casos fortuitos ou eventos de força maior; (iv) utilização do Software em equipamentos que não os equipamentos nos quais foi inicialmente instalado e na configuração original ou acordada, ou utilização do Software acima dos limites de desempenho para os quais tenha sido projetado ou desenvolvido; (v) contaminação do Software, a qualquer tempo, por qualquer espécie de vírus ou "bugs"; ou (vi) utilização ou alteração não autorizada do Software, assim como qualquer conserto ou ajuste de qualquer dos componentes do Software e do respectivo banco de dados que não sejam efetuados pela Licenciante ou com o consentimento prévio e por escrito da Licenciante.

4.4 Na hipótese de ocorrência de circunstâncias que não estejam incluídas nas garantias da Licenciante, a Licenciante poderá, mediante solicitação da Licenciada e desde que viável para a Licenciante, prestar os serviços pertinentes à Licenciada, por si ou por meio de sua Revenda Credenciada, mediante pagamento da remuneração adicional. A Licenciante não garante que o Software operará ininterruptamente ou livre de defeitos.

4.5 As declarações e garantias contidas neste Capítulo são as únicas garantias aplicáveis a este Contrato, ficando excluídas todas e quaisquer declarações e/ou garantias (quer expressas ou implícitas, quer decorrentes de lei, contrato ou qualquer outra fonte). O único direito da Licenciada no tocante a qualquer descumprimento das garantias acima será, a critério da

4

2º OFÍCIO DISTRIBUIDOR
Registro de Títulos e Documentos,
Registro Civil de Pessoas Jurídicas,
Rua Mal. Deodoro, 320 - Sala 504
Fone: (41) 3225-3005 Curitiba - PR



4º OFÍCIO DE REGISTRO DE TÍTULOS
E DOCUMENTOS - FONE: 3015-5100
495.539 16/12/2009

Licenciante, o conserto ou substituição da parte defeituosa do Software ou o refazimento dos Serviços, de acordo com os termos deste Capítulo.

4.6 Fica deste já acordado, que em caso de qualquer motivo que impeça a continuidade da prestação de serviços pela Revenda Credenciada à Licenciada do Software, sob os termos deste Contrato e do Contrato de Prestação de Serviços a ser firmado entre Revenda Credenciada e Licenciada, a Licenciante poderá indicar uma outra Revenda Credenciada para assunção dos Contratos de Prestação de Serviços firmados com a Licenciada, desde que haja comunicação prévia, neste sentido, com antecedência de 30 (trinta) dias.

4.6.1. Na hipótese prevista no item 4.6, a Licenciada desde já se compromete a ajustar a documentação necessária e seu cadastro junto a nova empresa indicada como Revenda Credenciada pela Licenciante.

V PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONFIDENCIALIDADE

5.1 Todos os direitos de propriedade intelectual no tocante ao Software e/ou aos Serviços são e permanecerão propriedade exclusiva da Licenciante e/ou seus fornecedores (incluindo, sem limitação, quaisquer aprimoramentos, correções, traduções, alterações, novas versões ou obras derivadas realizadas pela Licenciante, isoladamente ou em conjunto com a Licenciada ou quaisquer terceiros).

5.2 A Licenciada obriga-se a guardar e a manter o sigilo e a confidencialidade de todas as informações e/ou dados de natureza confidencial que lhe sejam divulgados pela Licenciante ou aos quais venha a ter acesso sob ou em função deste Contrato, utilizando-as apenas na medida do estritamente necessário para o desempenho de suas atividades e/ou obrigações sob este Contrato e adotando sempre todas as precauções necessárias para evitar que tais informações sejam usadas, reproduzidas, publicadas ou divulgadas sem autorização do titular.

5.3 Em caso de término ou rescisão deste Contrato, por qualquer motivo ou razão, a Licenciada deverá imediatamente interromper o uso do Software e devolver à Licenciante todos os materiais e meios físicos que constituam e/ou incorporem propriedade intelectual da Licenciante ou informações confidenciais da Licenciante (incluindo o Software) ou, a exclusivo critério da Licenciante, inutilizá-los.

VI RESPONSABILIDADE

6.1 A Licenciante será exclusivamente responsável, isentando de responsabilidade e indenizando a Licenciada no tocante a quaisquer reclamações ou ações de terceiros sob a alegação de que o Software viola direitos de propriedade intelectual de terceiros, desde que: (i) a Licenciada notifique a Licenciante imediatamente e por escrito acerca de qualquer alegação de violação de que venha a tomar conhecimento; (ii) a Licenciada não faça qualquer confissão ou declaração sem o prévio consentimento da Licenciante, não admita qualquer responsabilidade ou de qualquer forma entre em acordo, negocie ou tente negociar ou comprometer o desfecho de qualquer de referidas ações, salvo conforme instruções escritas da Licenciante; (iii) a Licenciada confira à Licenciante poderes exclusivos para contestar, assim como negociar, conduzir e/ou compor amigavelmente todas as ações (às custas da Licenciante); e (iv) o Licenciada aja de acordo com as instruções razoáveis da Licenciante e assista os advogados da Licenciante na medida do necessário para a defesa de qualquer ação.

6.2 Caso o Software infrinja ou, a critério da Licenciante, possa vir a infringir qualquer direito autoral ou patente de terceiros no Brasil, a Licenciante poderá, às suas custas: (i) obter para a Licenciada o direito de continuar utilizando o Software; (ii) modificar ou adaptar o

5

2º OFÍCIO DISTRIBUIDOR
Registro de Títulos e Documentos
Registro Civil de Pessoas Jurídicas
Rua Mai. Deodoro, 320 - Sala 504
Fone: (41) 3226-3965 - Curitiba - PR



4º OFÍCIO DE REGISTRO DE TÍTULOS
E DOCUMENTOS - FONE: 3015-5100
495.539 16/12/2009

Software de forma a fazer com que o Software deixe de violar direito de terceiros, sem que, por isso, ocorra diminuição significativa de desempenho; (iii) substituir o Software, total ou parcialmente, por itens substitutos que não violem os direitos em questão, desde que a substituição não resulte em diminuição substancial no desempenho do Software; ou (iv) caso as opções acima não sejam comercialmente viáveis, remover o Software ou parte do mesmo e reembolsar à Licenciada os valores efetivamente pagos à Licenciante pelo Software ou pela parte removida do mesmo, depreciados proporcionalmente em função do tempo de utilização e descontados eventuais danos causados ao Software.

6.3. A Licenciante não terá qualquer responsabilidade perante a Licenciada e/ou terceiros no tocante a qualquer ação, caso a ação resulte de: (i) qualquer violação pela Licenciada de suas obrigações sob este Contrato; (ii) mau uso do Software, caracterizado pelo seu uso indevido ou inadequado; (iii) qualquer alteração, modificação ou ajuste do Software ou no banco de dados executado por qualquer terceiro que não pela Licenciante, a menos que referida alteração, modificação ou ajuste tenha sido consentida por escrito pela Licenciante; ou (iv) adoção pela Licenciante de quaisquer instruções fornecidas pelo ou em nome da Licenciada; de combinação, conexão, operação ou uso de qualquer parte do Software com quaisquer equipamentos ou documentação não fornecidos pela Licenciante ou, ainda, de qualquer montagem, combinação de circuito, método ou processo da Licenciada no qual o Software ou qualquer parte do mesmo possa ser usada.

6.4. Não obstante qualquer disposição em contrário contida neste Contrato ou em qualquer outro documento, a Licenciante em hipótese alguma será responsável por perdas e danos indiretos (ou por quaisquer perdas e danos similares) e tampouco por lucros cessantes ou danos morais sofridos ou incorridos pela Licenciada ou qualquer terceiro, seja em função do descumprimento de qualquer disposição aqui inscrita, seja em função de qualquer outra causa.

6.5. Sem prejuízo do disposto na Cláusula 6.4, a responsabilidade total da Licenciante perante a Licenciada ou qualquer terceiro, por perdas e danos resultantes do descumprimento deste Contrato e/ou de qualquer outra causa relacionada a este Contrato, em hipótese alguma excederá o valor total da remuneração efetivamente paga pela Licenciada à Licenciante sob este Contrato ou sob a Proposta pertinente, o que for menor.

6.6. As disposições das Cláusulas 6.4 e 6.5 acima, fixam a responsabilidade total da Licenciante, por perdas e danos resultantes do descumprimento deste Contrato e/ou de qualquer outra causa relacionada a este Contrato, à licença do Software, à prestação dos Serviços e às obras e/ou trabalhos resultantes dos mesmos. A Licenciada reconhece e aceita que as limitações de responsabilidade previstas nas cláusulas 6.4 e 6.5 acima: (a) foram essenciais na fixação da remuneração devida pela licença do Software e prestação dos Serviços; e (b) são razoáveis levando-se em consideração, entre outros aspectos, a natureza das transações aqui contempladas e os riscos relacionados ao objeto deste Contrato.

6.7. A Licenciada será exclusivamente responsável, isentará de responsabilidade e indenizará a Licenciante no tocante a quaisquer perdas e/ou danos relacionados a: (a) utilização do software e/ou das obras ou resultados dos serviços pela Licenciada; (b) violação pela Licenciada, seus diretores, empregados, representantes, agentes ou contratados de qualquer Lei ou regulamento aplicável ou de qualquer disposição deste Contrato; (c) qualquer ato ou omissão da Licenciada, seus diretores, empregados, representantes, agentes ou contratados; (d) utilização inadequada, mau uso e/ou violação do Software e/ou (e) qualquer reclamação, ação ou demanda de terceiros relacionada a qualquer dos eventos previstos nos itens (a), (b), (c) ou (d) acima.

6.8 É de única e exclusiva responsabilidade da Licenciada conhecer as normas que regulamentam a sua atividade e as que são aplicadas aos negócios que desenvolve, devendo manter-se permanentemente atualizada a respeito de toda e qualquer imposição legal ou alteração produzida nas leis e regulamentos que venham a impactar os seus negócios, com

6

2º OFÍCIO DISTRIBUIDOR
Registro de Títulos e Documentos
Registro Civil de Pessoas Jurídicas
Rua Mal. Deodoro, 329 - Sala 504
Fone: (41) 3228-3988 - Curitiba - PR



4º OFÍCIO DE REGISTRO DE TÍTULOS
E DOCUMENTOS - FONE: 3015-5100
495.539 16/12/2009

destaque para as exigências de natureza fiscal e tributária, seja no âmbito Municipal, Estadual ou Federal. É obrigação única e exclusiva da Licenciada manter seu negócio perfeitamente regularizado perante as autoridades públicas competentes, em quaisquer das esferas federativas, e cumprir todas as exigências legais e contratuais de qualquer natureza, o que inclui o cumprimento integral de suas obrigações próprias na qualidade de usuária do Software objeto do presente Contrato; ficando desde logo a Licenciada advertida de que o descumprimento destas obrigações poderá motivar a rescisão unilateral do presente Contrato pela Licenciante, na forma do previsto na cláusula 3.2 supra.

6.9 A Licenciada compromete-se a ressarcir para a Licenciante, no prazo de 48 (quarenta e oito horas) eventuais quantias, de qualquer espécie ou natureza, que sejam de sua responsabilidade, e que estejam sendo porventura cobradas pelas Autoridades Fiscais da Licenciante, em virtude da aplicação de responsabilidade solidária.

6.10 Salvo se diversamente especificado na Proposta, as partes declaram que não faz parte do escopo do presente Contrato o fornecimento de novas versões do Software, bem como qualquer tipo de atualização de versão, desenvolvidas pela Licenciante para atender a novas exigências legais ou quaisquer outras modificações que tiver sido promovida no Software cujas condições técnicas e comerciais não tenham sido específica e expressamente acordadas entre a Licenciada e a Licenciante. A Licenciada é a única e exclusiva responsável por buscar as atualizações e/ou modificações necessárias junto à Licenciante, o que poderá implicar na apresentação de novas propostas comerciais e técnicas pela Licenciante. A Licenciada declara e garante que jamais fará, nem solicitará que se faça, seja à Licenciante ou a quaisquer terceiros, qualquer alteração no Software que objetive ou resulte em descumprimento da legislação vigente. As partes comprometem-se mutuamente a zelar pela integridade, regularidade e uso correto do Software e a colaborar, de forma transparente e de acordo com a lei, com as autoridades públicas competentes para o esclarecimento de toda e qualquer questão que possa resultar da utilização do Software objeto do presente Contrato.

6.11 O descumprimento da obrigação contida na cláusula anterior acarretará na aplicação de multa no montante correspondente a dez vezes o valor da contratação dos serviços, sem prejuízo das perdas e danos que poderão acarretar e do direito da Licenciante rescindir o presente Contrato na forma do previsto na cláusula 3.2 supra.

VII DISPOSIÇÕES GERAIS

7.1 As disposições deste Contrato e Propostas, as quais são parte integrante e complementar do mesmo, refletem a íntegra dos entendimentos e acordos entre as partes com relação à matéria aqui tratada, prevalecendo sobre todos e quaisquer entendimentos e comunicações anteriores entre as partes, sejam orais ou escritos. Em caso de contradição ou divergência entre os termos deste Contrato e das Propostas, prevalecerão os termos deste Contrato.

7.2 Na hipótese de qualquer cláusula, termo ou disposição deste Contrato ser declarado nulo ou inexecutável, tal nulidade ou inexecutabilidade não afetará quaisquer outras cláusulas, termos ou disposições deste Contrato, os quais permanecerão em pleno vigor e efeito.

7.3 Qualquer aviso, requisição ou outra comunicação sob este Contrato deverá ser efetuada por escrito, com comprovante de recebimento, para o endereço da parte destinatária constante do preâmbulo deste Contrato ou para qualquer outro endereço que referida parte venha a indicar por escrito.

7.4 Durante a vigência deste Contrato e por um período de 01 (um) ano, contado da data de seu término ou rescisão, a Licenciada não poderá contratar qualquer empregado da Licenciante que esteja ou tenha se envolvido na prestação dos Serviços ou cumprimento deste Contrato. Para

7
2º OFÍCIO DISTRIBUIDOR
Registro de Títulos e Documentos,
Registro Civil de Pessoas Jurídicas,
Rua Mal. Deodoro, 310 - Sala 504
Fone: (41) 3226-3905 - Curitiba - PR

(D)



4º OFÍCIO DE REGISTRO DE TÍTULOS
E DOCUMENTOS - FONE: 3015-5100

495.539 16/12/2009

os propósitos desta Cláusula, "contratar" significa empregar, bem como ofertar ou propor a qualquer pessoa emprego ou contratação como empregado, diretor, subcontratado ou prestador de serviços independente. A violação desta obrigação de não contratar sujeitará a Licenciada a pagar à Licenciante, a título de prefixação de perdas e danos, o valor equivalente a 100% (cem por cento) da remuneração anual bruta (à época da violação) do empregado assediado ou contratado.

7.5 Este Contrato não poderá ser cedido ou transferido por qualquer das partes sem o prévio consentimento, por escrito, da outra parte. A Licenciada, todavia, desde já autoriza a Licenciante a ceder ou transferir este Contrato, assim como subcontratar total ou parcialmente qualquer de suas obrigações sob o mesmo, para qualquer empresa controladora, controlada, coligada ou contratada.

7.6 Nenhuma das partes será responsável por qualquer atraso ou falha no cumprimento de suas obrigações sob este Contrato, caso tal atraso ou falha seja resultante de fatos que estejam fora de seu controle razoável, incluindo casos fortuitos ou eventos de força maior.

7.7 As disposições deste Contrato e Propostas que, por sua própria natureza, tenham caráter perene, especialmente aquelas relativas a propriedade intelectual, confidencialidade e responsabilidade, sobreviverão ao término ou rescisão deste Contrato, independentemente do motivo ou razão.

7.8 As partes deste Contrato são e permanecerão contratantes independentes, sendo certo que nenhuma das partes detém qualquer poder para obrigar ou representar a outra parte. Nenhuma disposição deste Contrato poderá ser interpretada no sentido de caracterizar a formação de sociedade, consórcio ou qualquer outro vínculo societário ou relação comercial entre as partes além do expressamente disposto neste Contrato.

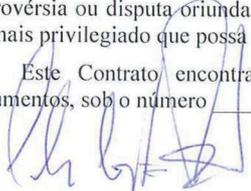
7.9 Cada uma das partes será a única responsável por seus diretores, empregados, representantes e contratados, assim como pelas verbas trabalhistas, previdenciárias e/ou de qualquer natureza devidas aos e/ou pleiteadas pelos mesmos.

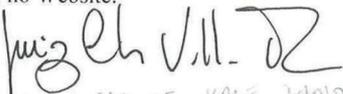
7.10 Em hipótese alguma, a omissão ou tolerância de qualquer das partes em exigir o estrito cumprimento das obrigações ora contratadas ou em exercer qualquer direito decorrente deste Contrato constituirá novação, transação ou renúncia e, tampouco, afetará o direito de referida parte de, a qualquer tempo, exigir o cumprimento das obrigações e/ou de exercer seus direitos sob este Contrato.

7.11 Ocorrendo conflito entre as disposições do presente Contrato e as de uma Proposta, prevalecerão as disposições deste Contrato.

7.12 Este Contrato será regido e interpretado de acordo com as leis da República Federativa do Brasil. As partes elegem o foro da Cidade de Curitiba, Estado do Paraná, para dirimir qualquer controvérsia ou disputa oriunda ou relacionada a este Contrato, com renúncia a qualquer outro, por mais privilegiado que possa ser.

7.13 Este Contrato encontra-se registrado no ___º Cartório de Registro de Títulos e Documentos, sob o número _____, bem como disponível no Website.

x 
CARLOS SEARA DA COSTA PINTO


LUIZ CARLOS VALLE RAMOS

2º OFÍCIO DISTRIBUIDOR
Registro de Títulos e Documentos
Registro Civil de Pessoas Jurídicas
Rua Mal. Deodoro, 320 Sala 50º
Fone: (41) 3228-3882 Curitiba - PR

