

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**CLAUDIO GABRIEL ANDRADE**

**CONTRATOS DE SOFTWARE**

**PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO EMPRESARIAL**

**SÃO PAULO/SP**

**2017**

CLAUDIO GABRIEL ANDRADE

CONTRATOS DE SOFTWARE

Trabalho monográfico de conclusão de curso de Pós-graduação em Direito Empresarial, apresentado a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como parte das exigências para a obtenção do título de Especialização Lato Senso, sob a orientação do Professor Daniel Bushatsky.

SÃO PAULO/SP

2017

Banca Examinadora

---

---

---

---

---

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....   | 5  |
| <b>CAPÍTULO 1: HISTÓRICO</b> .....  | 7  |
| 1.1 - A história do Software .....  | 7  |
| 1.2 - Informática no Direito Comparado .....                              | 11 |
| 1.3 - Regulamentação Jurídica no Brasil.....                              | 12 |
| 1.4 - Projeto Novo Código Comercial .....                                 | 14 |
| <b>CAPÍTULO 2: EXPLORAÇÃO ECONOMICA DO SOFTWARE</b> .....                 | 19 |
| 2.1 – Da exploração econômica nacional .....                              | 19 |
| 2.2 – Natureza jurídica .....   | 20 |
| 2.2.1 – Hardware .....  | 20 |
| 2.2.2 – Software .....  | 21 |
| 2.3 – Software como Direito Autoral .....                                 | 25 |
| 2.4 – Software e o Código de Defesa do Consumidor .....                   | 27 |
| <b>CAPÍTULO 3: CONTRATO DE SOFTWARE</b> .....                             | 30 |
| 3.1 – Introdução .....  | 30 |
| 3.2 – Contrato de Licença de Uso de Software.....                         | 30 |
| 3.2.1 – Formação do Contrato de Licença de Uso de Software .....          | 33 |
| 3.2.2 - Principais Cláusulas Contrato de Licença de Uso de Software ..... | 36 |
| <b>CAPÍTULO 4: CONCLUSÃO</b> .....  | 45 |
| <b>CAPÍTULO 5: BIBLIOGRAFIA</b> .....                                     | 47 |

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar os inúmeros aspectos envolvendo contratos nacionais e internacionais de software, buscando compreender seu desenvolvimento histórico e aplicação de leis estrangeiras, bem como a aplicação da lei de propriedade intelectual – Lei 9.609 de 19 de fevereiro de 1998, aplicação do projeto do “Novo Código Comercial” e direitos dos usuários do software frente ao Código de Defesa do Consumidor.

Dentro dos objetivos acima citados, buscando a simplicidade que o tema requerer, desenvolverei no decorrer deste trabalho de conclusão de especialização de curso, os itens necessários e essenciais ao regular desenvolvimento de elaboração de um contrato de software.

Para isso, antes de entrar as cláusulas e condições que um contrato de software requerer, se faz necessário entender a natureza jurídica do *hardware* e do software propriamente dito, para que se possa chegar a proteção legal, bem como estudar o surgimento do software frente as leis estrangeiras e sua abordagem histórica.

Nesta parte de trabalho, buscarei apenas trazer os pontos iniciais e principais do surgimento e desenvolvimento da informática ao longo dos anos, visto que o principal objetivo do presente trabalho consiste nos contratos de software, mas impossível tratar deles sem um desenvolver histórico.

Buscarei ainda, destacar alguns pontos referentes aos direitos titularizados pelo criador de um software, uma vez que não são tutelados pela propriedade industrial, mas pelo direito autoral, o que redundará em importantes consequências no tocante à extensão e natureza desta tutela, em razão das diferenças existentes entre a Lei de Propriedade Intelectual e o Código Civil ao tratar do direito autoral.

Ponto esse de relevada importância dentro de um contrato de software, seja ela de licença de uso de software, de compra e venda de software, de prestação de serviços, de transferência de tecnologia ou demais tipos de contratos que envolvem código

fonte e os direitos de quem os desenvolveu. Nesta parte farei uma rápida e breve distinção entre código fonte aberto e fechado.

Após estudar os pontos mencionados acima, passarei a explicar sobre o contrato de software em si, trazendo o objeto do contrato, vigência e rescisão, as garantias deste tipo de contrato, a limitação de responsabilidade e obrigações das Partes.

Destarte, após analisar os diversos temas referidos, será possível entender a complexidade de um contrato de software, os princípios e garantias que os regem e desenvolver os principais pontos no desenvolvimento de um contrato de software que se faz necessária grande atenção.

# CÁPITULO I – HISTÓRICO

## 1.1 - A HISTÓRIA DO SOFTWARE

Para João Carlos Kanaan,

A palavra informática surgiu como fusão das palavras Automática, criada por Dreyfus, em 1962, que definiu como ciência do tratamento racional e automático da informação, considerada como suporte dos conhecimentos e comunicações, principalmente por meio de sistemas eletrônicos dominados computadores<sup>1</sup>.

Assim, essa inovação tecnológica denominada como informática, surge como um instrumento de alcance de resultados estruturados, que possibilitam o desenvolvimento de novos equipamentos, máquinas, inventos, aperfeiçoamento de serviços, trabalhos, projetos, dentre inúmeras outras funções.

A informática como instrumento de alcance de novos resultados somente é possível pela composição de dois elementos básicos em conjunto, sendo o primeiro deles o *hardware*, sendo conceituado como determinado dispositivo ou equipamento físico, utilizado no suporte de acesso, armazenamento, processamento, movimentação, repercussão e transformação de informações; e o segundo o software, sendo conceituado como o elemento imaterial, denominado pelo artigo 1º da Lei 9.609/98 (Lei de Software) *in verbis*:

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.

Tem-se informações que o primeiro computador surgiu no ano de 1931 como uma máquina que realiza cálculos de forma automatizada, tendo sido desenvolvido pelo pesquisador Vannevar Bush, através de um estudo realizado em um centro de ciência e tecnologia, nos Estados Unidos.

---

<sup>1</sup> Elizabeth Dias Kanthack Pereira, Proteção Jurídica do Software no Brasil, Curitiba, Juruá, 2001, pag. 27.

O *software* no seu início era fornecido de forma gratuita e livremente distribuídos em formato fonte (código-fonte), pois haviam poucos computadores em decorrência do alto valor e inicialmente produzido e financiados pelos governos, sendo que o real valor estava no *hardware* em si, e não nos programas.

Identifica-se assim, que *hardware* e o *software* trabalhando em conjunto, sendo que o computador apenas realiza as operações a que se destina se comandado por um programa, este por sua vez, somente é possível de ser desenvolvido mediante uma estrutura física que permita emitir os comandos respectivos.

Dessa interação entre *hardware* e *software*, nasce o que se denomina como *sistema informático ou sistema operacional*, que possibilita assim a conversão automática da informação.

O sistema operacional é algo invisível, tendo sua função detectar e utilizar o *hardware* da máquina de forma eficiente, fornecendo uma base estável sobre a qual os *softwares* que utilizamos no cotidiano possam ser usados.

Na década 70, as grandes empresas de tecnologia da época começam a trabalhar no desenvolvimento de computadores pessoais, os famosos PC's, e não apenas mais para em computadores para o governo.

O primeiro microchip, o 4004, foi lançado pela Intel em 1971, sendo extremamente primitivo, que processava instruções de 8 bits, transferia os dados através de um barramento de apenas 4 bits e operava a apenas a 740 kHz<sup>2</sup>.

Posteriormente em 1981 a IBM, empresa norte americana, lançou no mercado o primeiro computador pessoal a ser utilizado por qualquer pessoa e não apenas para uso exclusivo do governo.

Posteriormente, em 1984, a Apple Inc. lançou o seu computador pessoal chamado de Lisa, sendo um computador mais simples dos até então lançados e com um grande

---

<sup>2</sup> Wikipédia, Intel 4004, disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Intel\\_4004](https://pt.wikipedia.org/wiki/Intel_4004)

diferencial, era um computador inteiramente baseado no uso da interface gráfica e mouse, o que o tornava muito mais fácil de ser operado.

A partir desse momento, o que se tem é o início de uma competição pelas grandes empresas de tecnologia, pelo desenvolvimento de *hardwares* e *softwares* cada vez mais rápidos, potentes, menores e com mais recursos.

Por consequência, nos tornamos cada vez mais dependentes dos computadores para conseguir realizar atividades diárias, seja estas pessoais ou profissionais.

Como se verifica, os Estados Unidos foram os pioneiros e grandes responsáveis pelo desenvolvimento do *hardware* e *software* e dos computadores pessoais e do constante desenvolvimento e busca de novas tecnologias cada vez mais avançadas, exercendo assim uma liderança no setor sobre os demais países.

Liderança que tem um papel importante no desenvolvimento de um país, deixando de ter um tratamento sobremodo técnico ou jurídico e passa a ter um importante cunho político.

No Brasil, o desenvolvimento dos computadores pessoais teve um atraso em relação aos demais países que corriam pelo desenvolvimento de novas tecnologias e lideravam o setor. Entre os anos de 1958 até 1975, o Brasil realizava a importação de tecnologia de outros países, principalmente dos Estados Unidos.

Não havia fabricantes nacionais, mesmo com o grande volume de vendas e procura de computadores. Lentamente, começou a desenvolver-se uma competência tecnológica nacional, a partir do trabalho de algumas universidades, como a Universidade de São Paulo, a Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e a Universidade Estadual de Campinas.

Em 1972, foi construído na USP o primeiro computador nacional, seguido, em 1974, do projeto G-10, na USP e na PUC do Rio de Janeiro, incentivado pela Marinha de

Guerra, que necessitava de equipamentos para seu programa de nacionalização de eletrônica de bordo.

O interesse de vários segmentos da sociedade brasileira, notadamente os militares e os meios científicos, buscando atingir melhor independência tecnológica para a informática brasileira, levou à criação, em 1972, da Capre (Comissão de Coordenação das Atividades de Processamento Eletrônico), com o objetivo de propor uma política governamental de desenvolvimento do setor.

Em 1974, foi criada a primeira empresa brasileira de fabricação de computadores, a Cobra (Computadores Brasileiros S.A.) uma estatal que recebeu a missão de transformar o G-10 em um produto nacional.

Em 1976 iniciou-se o desenvolvimento da informática brasileira, com a reestruturação da Capri e a criação de uma reserva de mercado na faixa de minicomputadores, para empresas nacionais, além da instituição do controle das importações. Os primeiros minicomputadores nacionais, que até então utilizando tecnologia estrangeira, passaram a ser fabricados por cinco empresas autorizadas pelo governo federal.

A partir de 1979, a intervenção governamental no setor foi intensificada, com a extensão de reserva de mercado para microcomputadores e com a criação da SEI (secretaria especial de informática), ligada ao Conselho de Segurança Nacional, que é desde então, o órgão superior de orientação, planejamento, supervisão e fiscalização do setor.

Em 1984 foi sancionada a lei nº 7232, que fixou a Política Nacional de Informática e com a qual se oficializou a reserva para alguns segmentos do mercado, inclusive *software*, com duração limitada de oito anos. Com tais mecanismos de fomento, a informática nacional chegou a atingir taxas de crescimento de 30% ao ano em meados da década de oitenta. O país alcançou em 1986 a sexta posição no mercado mundial da informática, sendo o quinto maior fabricante<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Museu do Computador, História do Computador no Brasil, disponível em [http://www.din.uem.br/museu/hist\\_nobrasil.htm](http://www.din.uem.br/museu/hist_nobrasil.htm)

## 1.2 – INFORMATICA NO DIREITO COMPARADO

Conforme exposto no capítulo anterior os Estados Unidos, foram os pioneiros a difundir o computador na vida econômica e social e também foram os primeiros a desenvolver um novo ramo de direito o *Computer and the Law*.

Hoje denominado como *Computer Law* relaciona-se diretamente com uma série de áreas legais que afetam a concepção e utilização de computadores e *softwares*, além de áreas de transmissão de dados através de meios físicos ou através de redes de dados.

Com o início dado pelos Estado Unidos, os doutrinadores e juristas europeus começaram a perceber o surgimento de um novo setor do Direito, o *Computer Law*, porém atrasado com relação ao direito norte-americano, sofrendo assim profunda influência no pensamento jurídico europeu e dos demais países.

Inicialmente os países da comunidade europeia mostraram uma insensibilidade e inadequação às exigências econômicas, sociais e normativas criadas pela propagação do computador pelo mundo.

Esse atraso com relação ao direito norte-americano, começou a ser superado pela comunidade europeia, mediante o desenvolvimento de uma política comunitária de cooperação econômica e política, proporcionando assim a possibilidade de elaboração e desenvolvimento de programas específicos de incentivo a tecnologia no setor da informação, onde pode-se destacar o ESPRIT (European Strategic Program of Research in Information Tecnology).

No ano de 1980, na data de 30 de abril, houve o reconhecimento oficial pela comunidade europeia das relações entre informática e direito em documento firmado pelo Comitê dos Ministros dos Estados Membros do Conselho da Europa, nas recomendações sobre ensino, pesquisa e formação em matéria de informática e direito.

Finalmente em 1 de janeiro de 1993, a proteção do *software* pelo direito autoral foi harmonizada pelos membros da comunidade europeia.

Já com relação aos países latino americanos, principalmente aqueles que integram o Mercosul (tendo como membros plenos Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai) se juntaram com o objetivo de mudar o perfil econômico e político da América Latina.

Em 17 de dezembro de 1994, foi assinado pelos países membros o Protocolo de Ouro Preto, que conferiu ao Mercosul, identidade jurídica internacional para negociar com outros blocos econômicos, como o Acordo de Livre Comercio da América do Norte, União Europeia e bloco dos países asiáticos.

Neste momento, o Brasil incluiu na sua lista de exceções, produtos de informática e telecomunicação, incidindo em tarifas menores de importação desses produtos, ocasionando assim, um maior acesso à tecnologia produzida por outros países.

### **1.3 – REGULAMENTAÇÃO JURIDICA NO BRASIL**

No Brasil até a década de oitenta, a proteção jurídica do *software*, em termo de produção legislativa, permaneceu inerte, apesar do consenso internacional cada vez mais frequente de que a proteção aplicável seria o direito autoral.

Entretanto, o direito do autor já era previsto na Constituição Republicana de 1891, configurado como direito do individual. Os posteriores documentos constitucionais, com exceção da Carta de 1937, conferiram ao tema a mesma linha, de forma a outorgar maior importância hierárquica, dependendo sua regulamentação de lei infraconstitucional.

Ressalva-se que o Código Civil de 1916, tratada através de suas disposições normativas não de forma muito objetiva os direitos do autor, passando este apenas a ter sua devida proteção direta após a promulgação da Lei 5.988 de 1973.

Contudo, a realidade internacionalizada da proteção do direito do autor, somada a necessidade de uma discussão sobre a modernização de sua proteção, levou ao

Congresso Nacional constituinte uma preocupação quanto à adequação de sua classificação, passando assim a considera-lo como direito fundamental.

Em decorrência, a Constituição Federal em seus incisos XXVII e XXVIII do artigo 5º, passou a conferir aos autores maior segurança jurídica quando à proteção de sua obra, tendo o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, conferindo poderes ainda para transmitir tais direitos que lhes confere aos seus herdeiros.

Em 29 de outubro de 1984, promulgou-se a Lei nº 7.232 que dispõe sobre a Política Nacional de Informática, introduzindo o Conselho Nacional de Informática e Automação (CONIN), órgão de assessoramento imediato do Presidente da República, composto por representantes do Governo e do Setor Privado incumbidos de assessorar o Presidente da República na formulação da Política Nacional de Informática.

Posteriormente a esse período, foi promulgada a Lei nº 7.646/87 sendo a primeira Lei de *Software* do Brasil, utilizando como base a Lei de direitos Autorais e prevendo em seu artigo 2º que o regime de proteção à propriedade intelectual dos programas de computador deveria observar os preceitos da Lei de Direitos Autorais (Lei 5.988/73).

A referida Lei de *Software* trouxe como principais preceitos a proteção dos direitos sobre o *software* pelo prazo de 25 (vinte e cinco) anos contados do seu lançamento, direito de comercialização de *software* desde que devidamente registrado ou cadastrado junto a Secretária Especial da Informática, comercialização de *software* mediante contrato de cessão de direitos e licenças e ainda previsão de sanções civis e penais a aqueles(as) que cometessem infrações aos direitos do autor em sua comercialização.

Conforme-se observa, a presente Lei de *Software* se baseou de forma direta na Lei de Direitos Autorais, protegendo o *software* como uma obra de direito autoral.

Fato este, que em 1998, foi promulgada as Leis 9.609 (atual Lei de *Software*) e 9.610 (atual Lei de Direitos Autorais), onde suas novas redações traziam além de

atualizações em decorrência de novos entendimentos e novos surgimentos, os preceitos dos tratados internacionais de *software* e informática assinados pelo Brasil.

A nova Lei de *Software* alterou a redação do artigo 2º da Lei anterior, assegurando um prazo maior de proteção do *software* em seu parágrafo segundo *in verbis*:

Artigo 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.

Outro fato importante e que se deve destacar diz respeito ao marco civil da internet Lei 12.965/2014, que regula o uso da Internet no Brasil, por meio da previsão de princípios, garantias, direitos e deveres para quem usa a rede, bem como da determinação de diretrizes para a atuação do Estado.

Um dos pontos regulamentados pelo marco civil da Internet é a garantia da privacidade das comunicações. Até a entrada em vigor da lei o sigilo de comunicações não era válido para e-mails ou outras formas de comunicação por meio da internet. A partir de sua publicação o conteúdo das comunicações privadas em meios eletrônicos tem a mesma proteção de privacidade, incluindo os contratos eletrônicos firmado entre as partes, seja na modalidade de compra e venda de software, uso de licença, e-commerce, entre outros.

#### **1.4 – PROJETO NOVO CÓDIGO COMERCIAL**

O Deputado Vicente Candido em 14 de julho de 2016 apresentou a Câmara do Deputados o Projeto de Lei nº 1572/2011, que institui o Código Comercial. O referido projeto contém ao todo 670 (seiscentos e setenta) artigos, dividido em 5 (cinco) livros, sendo eles: Livro I – Da Empresa; Livro II - Das sociedades empresárias; Livro III - Das obrigações dos empresários; Livro IV - Da crise da empresa; Livro V – Das disposições finais e transitórias.

O presente trabalho de conclusão de curso de especialização não tem como objetivo principal analisar os referidos livros, mas sim, trazer alguns pontos relevantes ao presente tema com relação ao empresário e ao estabelecimento empresarial e os meios de comércio eletrônico e princípios trazidos pelo referido Projeto.

Ao iniciar as disposições do Projeto, o artigo 4º dispõe dos princípios gerais que premeiam a disposição do Projeto:

Art. 4º. São princípios gerais informadores das disposições deste Código:  
I – Liberdade de iniciativa;  
II – Liberdade de competição; e  
III – Função social da empresa.

Logo, podemos perceber, que os referidos princípios têm relação direta com o *software* e/ou informática. Pelo princípio da liberdade de iniciativa pode-se entender que o mesmo envolve o livre exercício de qualquer atividade econômica, a liberdade de trabalho, ofício ou profissão além da liberdade de contrato.

A respeito do livre exercício da atividade econômica, salientou Eros Roberto Grau:

Inúmeros são os sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplando-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos: a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado - liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei - liberdade pública; b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal - liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência - liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.<sup>4</sup>

Extraindo-se do referido princípio temos ainda a liberdade de contratar e de estipular as cláusulas do negócio jurídico. A primeira diz respeito ao momento no qual a pessoa assume o interesse de celebrar o contrato. A segunda trata do conteúdo da avença

---

<sup>4</sup> Eros Roberto Grau, A ordem econômica na Constituição de 1988. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ou da liberdade de estabelecer as cláusulas de acordo com os interesses em contraposição das partes.

Segundo André Ramos Tavares:

A liberdade de contratar envolve: 1) a faculdade de ser parte em um contrato; 2) a faculdade de se escolher com quem realizar o contrato; 3) a faculdade de escolher o tipo do negócio a realizar. 4) a faculdade de fixar o conteúdo do contrato segundo as convicções e conveniências das partes; e, por fim 5) o poder de acionar o Judiciário para fazer valer as disposições contratuais (garantia estatal da efetividade do contrato por meio da coação).<sup>5</sup>

Já o princípio da liberdade de competição ou da livre concorrência constitui no ato ou efeito de concorrer, trazendo em si a ideia de luta, de competição entre pessoas na busca do mesmo objetivo ou vantagem. Tal princípio de baseia na concorrência onde em condições de igualdade, disputar espaços com objetivos lícitos e compatíveis com as aspirações nacionais. Na área econômica, representa a disputa entre todas as empresas para obter maior e melhor espaço no mercado.

Neste sentido, Fábio Ulhoa Coelho afirma que a livre concorrência é o que “garante o fornecimento, ao mercado, de produtos ou serviços com qualidade crescente e preços decrescentes”.<sup>6</sup>

Desta forma, a livre concorrência possibilita aos agentes econômicos atuar sem embaraços juridicamente plausíveis, em um dado mercado, visando à produção, à circulação e ao consumo de bens e serviços, na tentativa de se competir de forma justa no mercado.

Por final, o princípio da função social da empresa, além de previsto no referido Projeto, é prevista em nossa Constituição Federal de 1988, no artigo 5º inciso XXIII o qual dispõe que “a propriedade atenderá a sua função social”, bem como no artigo 182, § 2º que prevê que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

---

<sup>5</sup> André Ramos Avars, Direito constitucional econômico. São Paulo: Método, 2003.

<sup>6</sup> Fábio Ulhoa Coelho, Princípios do Direito Comercial: com anotações ao projeto do código comercial. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 34.

Tal princípio ainda está previsto no Código Civil de 2002, no seu artigo em seu artigo 421, que determina que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” e Artigo 1.228 § 1º, que rege que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Fábio Ulhoa Coelho conceitua como função social da empresa o seguinte:

Cumprir sua função social a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social; isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal.<sup>7</sup>

Importante nesse momento destacar, que o artigo 116 da Lei 6.404/76 (Lei que regulamente as Sociedades Anônimas) em seu parágrafo único traz expressa previsão da função social da empresa pelo acionista controlador:

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Neste sentido Rubens Requião dispõe que:

A identificação do acionista controlador é um elemento fundamental na caracterização de seu comportamento, na legitimidade de sua atuação, sempre condicionada aos limites traçados pelo objeto social. O respeito e lealdade para com a sociedade e para com os demais acionistas é a regra fundamental de sua conduta e atividade. Essa conduta vem expressa na regra do art. 116, pela qual o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objetivo e cumprir sua função social. Tem deveres e responsabilidades para com os acionistas minoritários, a

---

<sup>7</sup> Fábio Ulhoa Coelho, Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pag.81.

empresa, os que nela trabalham e a comunidade em que atua; direitos e interesses esses que deve lealmente respeitar e atender. Assim entendida a função de quem traça os destinos da sociedade, visando ao bem comum, realiza a lei a política do governo que a promulgou, de tratar a companhia como uma instituição.<sup>8</sup>

Desta sorte, o princípio da função social busca como objetivo evitar os abusos individuais das empresas e promover a coletivização, deixando a empresa de possuir apenas o objetivo ao lucro, e suas metas passam ter por base uma exploração econômica atrelada aos valores sociais de bem-estar coletivo e justiça social.

---

<sup>8</sup> Rubens Requião. Curso de direito comercial, 2º volume. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pag. 232.

## CAPÍTULO 2 - EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DO SOFTWARE

### 2.1 – DA EXPLORAÇÃO ECONÔMICA NACIONAL

Conforme visto no capítulo anterior a Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova realidade para o sistema jurídico brasileiro, trazendo grandes mudanças com relação ao direito autoral e suas consequências em relação ao *software*.

A Constituição de 1988 trouxe os princípios e direitos fundamentais do homem de forma individual e em sociedade, constituindo entre eles a proteção a livre iniciativa previsto no artigo 170, o qual transcrevo in verbis abaixo:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

~~VI - defesa do meio ambiente;~~

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

~~IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.~~

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995).

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O referido artigo estabeleceu desta forma os princípios da ordem econômica, fundando-se na livre iniciativa, delimitando a atuação do Estado dentro da ordem capitalista, sem o qual não seria possível se estabelecer a manutenção da ordem social.

Além do artigo supra citado, o artigo 5º da Constituição Federal que trata dos direitos individuais e coletivos dos indivíduos pertencentes a sociedade brasileira, estabelece por seus mecanismos de proteção dos direitos e garantias fundamentais um equilíbrio entre o sistema capitalista e os direitos sociais.

Desta forma, os princípios elencados nos artigos 5º e 170 da Constituição Federal visam proteger e evitar o exercício do abuso do poder de mercado, incluindo o setor do *software*.

## **2.2 – NATUREZA JURÍDICA:**

Antes de adentrar nos diversos tipos de contratos de *software* existentes e suas principais cláusulas, condições e peculiaridades, se faz necessário estudar a natureza jurídica do *software* em si, estudando de forma simplificada o que consiste e qual a natureza jurídica do *hardware* e o *software* frente ao direito brasileiro.

### **2.2.1 – Hardware**

Segundo o dicionário português, *hardware* é definido como “conjunto de unidades físicas, componentes, circuitos integrados, discos e mecanismos que compõem um computador ou seus periféricos”.<sup>9</sup>

Neste sentido, pode-se considerar o *hardware* como um bem material, sujeito ao regime jurídico aplicado aos bens moveis, com proteção rígida pelo direito de patentes, uma vez que não só a estrutura física tangível pode ser objeto de patente, mas também toda a tecnologia desenvolvida para a criação daquele *hardware*.

---

<sup>9</sup> Michaelis, Dicionário da Língua Portuguesa.

O artigo 8º da Lei 9.276/96 (Lei de Propriedade Industrial) define que é patenteável a invenção desde que atenda aos requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, nos Estados Unidos para que um *hardware* seja protegido, deve-se apresentar as características da originalidade e criatividade.

Desta forma, o *hardware* perante a legislação brasileira, possui proteção jurídica tanto no aspecto material quando na tecnologia desenvolvida, uma vez preenchido os requisitos da Lei de Propriedade Industrial.

### **2.2.2 – Software**

Segundo a mesma conceituação trazida pelo dicionário português, o *software* pode ser definido como “qualquer programa ou grupo de programas que instrui o *hardware* sobre a maneira como ele deve executar uma tarefa, inclusive sistemas operacionais, processadores de texto e programas de aplicação”.<sup>10</sup>

Segundo a doutrina majoritária o *software* é considerado como propriedade intelectual passível de proteção pelo direito autoral, contudo se faz necessário entender além de sua definição, quais são os componentes que envolvem o *software* e a linguagem utilizada pelo *software*, pois cada um deles possui uma natureza jurídica própria.

Por componentes do *software* tem-se os materiais relacionados a sua criação, bem como as descrições do programa e todas as explicações inteligíveis ao ser humano que lhe possibilitam interagir como o programa.

Segundo Elizabeth Pereria, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) coloca o *software* dimensionado em três classes: o programa de computador, a descrição do programa e o material que proporciona o entendimento e a aplicação do programa.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Michaelis, Dicionário da Língua Portuguesa.

<sup>11</sup> Elizabeth Dias Kanthack Pereira, Proteção Jurídica do Software no Brasil, Curitiba, Juruá, 2001, pag.81.

De acordo com a publicação nº 814 dos Dispositivos Padrão sobre a Proteção do *Software* (OMPI), o *software* é dividido em:

- a) Programa de computador, consiste no conjunto de instruções capaz de, quando incorporadas num meio legível por máquina, fazer com que uma máquina, que disponha de capacidade para processar informações, indique, realize ou execute uma determinada função, tarefa ou resultado;
- b) A descrição do programa, que representa uma apresentação completa de procedimentos, em forma verbal, esquemática, ou de outro tipo, suficientemente detalhada de modo a determinar um conjunto de instruções que constitui um programa de computador correspondente;
- c) O material de apoio, ou melhor, qualquer material, afora o programa de computador ou a descrição do programa, criado no sentido de auxiliar no entendimento ou a aplicação de um programa de computador, como por exemplo descrições de problemas e instruções ao usuário.<sup>12</sup>

Desta forma percebe-se que os componentes do *software* de forma isolada, estaria diretamente protegida como propriedade intelectual pelo direito do autor, entretanto por estarem diretamente ligados ao programa em si, essa proteção intelectual teria pouco ou nenhuma validade sem a existência dos códigos de possibilitam a interação com o *hardware*.

Além dos componentes do *software*, o programa interage com o *hardware* através de uma linguagem própria. Segundo José de Oliveira Ascensão a linguagem desenvolvida entre o *hardware* e o *software* pode ser dividida em três níveis: pseudolinguagem, linguagem de alto nível e linguagem de baixo nível.<sup>13</sup>

Para o desenvolvimento de um *software*/programa de computador o programador/desenvolvedor cria uma sequência lógica de números, letras ou símbolos que o computador deverá seguir. Desta forma o programador/desenvolvedor cria uma linguagem em que o *software* será escrito e os recursos do *hardware* que o mesmo usará denominado como algoritmo, sendo um conjunto prescrito de regras ou instruções bem definidas para o desenvolvimento da rotina.

---

<sup>12</sup> Disponível em <ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/ModelLaws/814f.pdf>

<sup>13</sup> José de Oliveira Ascensão, A recente Lei Brasileira dos Direitos Autorais Comparada com os Novos Tratados da OMPI, Revista Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, 42/13-29.

O algoritmo é escrito em pseudolinguagem, não representando ainda as instruções a serem dadas ao *hardware* para que este possa alcançar o objetivo pretendido pelo programador/desenvolvedor, sendo apenas o início da criação da linguagem.

Desenvolvido o conjunto de regras, os algoritmos, começa-se o processo de elaboração da linguagem que será utilizada entre o programador/desenvolvedor e computador, mediante códigos que representam comandos de programação, sendo esta considerada como a linguagem de nível alto.

Algoritmo, portanto não é uma forma de expressão do programa de computador, mas o método matemático que é a plataforma de desenvolvimento da funcionalidade do programa de computador.

Tal linguagem de comandos é denominada como código-fonte, através do qual é possível desenhar a estrutura do programa e quais serão seus comandos para que o *hardware* possa alcançar o resultado lógico pretendido. Desta forma alguns doutrinadores entendem que o *software* alcança sua versão final somente quando o código-fonte estiver totalmente escrito.

Assim, após a escrituração do código-fonte o programador/desenvolvedor realiza a implementação com o *hardware*, sendo denominada essa transposição em linguagem de baixo nível.

Desta forma após a transposição é estabelecido o programa final que se destina os consumidores, sem a presença visual do código-fonte.

Pelas definições necessárias trazidas acima percebe-se que o *software* em sua totalidade materializa-se em uma obra intelectual, onde a criação feita pelo autor é protegida pelo direito autoral.

Os componentes do *software* conforme definidos nos parágrafos supras encontram-se previstos dentro da definição trazida pelo artigo 2º da Lei de *Software*, estando devidamente protegidos pelo direito autoral.

Com relação aos algoritmos, a Lei de *Software* não trata diretamente sobre sua proteção jurídica, desta forma aplica-se de forma subsidiária o artigo 8º, inciso I da Lei de Direitos Autorais, não aplicando-se assim a proteção jurídica ou autoral aos algoritmos.

Atualmente, quando conflitos envolvendo algoritmos são discutidos, tem-se aplicado a teoria da concorrência desleal, especialmente o instituto do “trade dress”, tendo-se solução mais eficaz.

A patenteabilidade dos códigos-fontes, é tratada pela doutrina e pela legislação atual como expressão de uma ideia, constituindo trabalho intelectual e proteção. Conforme explanado anteriormente, as legislações equiparam os programas de computador às demais obras intelectuais, assimilando-os às obras literárias, embora com regras específicas.

Importante nesse momento destacar o artigo 10 do Acordo TRIPs, “os programas de computador, sejam programas fonte, sejam programas objeto, serão protegidos como obras literárias nos termos da Convenção de Berna”.

A Lei de Propriedade Industrial – Lei nº 9279/96, dispõe no artigo 10ª, inciso V que *softwares* em si não são considerados invenções ou modelos de utilidade. Desta forma não são passíveis de serem patenteados, uma vez que para registro de uma patente é necessário que haja uma invenção ou modelo de utilidade, conforme os arts. 8º e 9º da referida Lei.

Entretanto, o fato da Lei mencionar que o programa de computador em si não é objeto de patente, revela que o código fonte em si não pode ser patenteadado, no entanto, o *software* que atende aos requisitos de novidade, invenção e aplicação industrial e que está atrelado a um *hardware* pode ser patenteadado desde que seja em seu conjunto, ou seja, *software* e *hardware*. Isso significa que o *software* embarcado em um *hardware*, essencial ao funcionamento deste, pode ser patenteadado desde que atendidos os requisitos de novidade, invenção e aplicação industrial.

Assim, tem-se que a regra geral para registro de patente de *software* é a aplicação prática deste. Se não houver a aplicação prática e os requisitos de patenteabilidade mencionados acima, não será possível solicitar o registro.

### **2.3 – SOFTWARE COMO DIREITO AUTORAL**

O *software* constitui um componente permanente que integra a evolução tecnológica e sua existência está adstrita à criação intelectual realizada por pessoas que despendem esforço, estudo e dedicação para elaboração de criações inovadoras que permitem as mais diversas formas de comunicação e operacionalização de atividades dentro da sociedade atual.

A sociedade atual tem sido denominada de sociedade da informação, nesta acepção a informação “torna-se um elemento estratégico decisivo da evolução social e fator determinante no comportamento dos povos”.<sup>14</sup>

O *software* constitui instrumento eficaz na circulação das informações, razão pela qual seus criadores merecem amparo legal em relação à proteção da referida obra.

No Brasil a proteção autoral concedida aos programas de computador é idêntica a aquela dada aos autores literários (direito autoral). Conforme destacado nos tópicos anteriores, o Tratado de Direitos Autorais da OMPI estabelece em seu artigo 4º que o *software* é protegido como obra literária, independentemente da forma ou modo de expressão. Neste mesmo sentido, o artigo 10º do acordo TRIPS dispõe que o programa de computador, seja o código-fonte ou código-objeto, deve ser protegido como obra literária, devendo-se observar o disposto na Convenção de Berna.

A proteção autoral do *software*, tem início a partir do momento em que ocorre a divulgação exterior da criação do intelecto. Uma vez divulgada a obra, concretizada a ideia, tem início a tutela jurídica, independentemente de qualquer registro.

---

<sup>14</sup> José de Oliveira Ascensão, Sociedade da Informação e Mundo Globalizado. In WACHAWICZ, Marcos. Propriedade Intelectual & Internet. Curitiba: Juruá, 2002.

A inexigibilidade do registro constitui uma das principais características do Direito Autoral, característica esta que encontra previsão na Lei de Direitos Autorais – Lei nº 9.610/98, em seu artigo 18 e se coaduna com os princípios adotados na Convenção de Berna – artigo 5º e Convenção Universal – artigo 3º.

Assim, para que se possa garantir a exclusividade na produção, uso e comercialização de um programa de computador, o interessado poderá apresentar seu pedido de registro junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, em formulário próprio.

Neste caso, o título do programa é protegido juntamente com o programa, isto quer dizer que existe a prerrogativa de utilizar um único procedimento ou registro para proteger tanto o produto criado, quanto o nome empresarial respectivo.

Por estar no âmbito do Direito Autoral, o registro dos programas de computador feitos no Brasil tem reconhecimento internacional, desta forma, os programas estrangeiros não precisam ser registrados no Brasil, salvo, para garantia das partes envolvidas, nos casos de cessão de direitos. Da mesma forma, os nacionais não precisam ser registrados nos demais países, desde que haja o registro no INPI, para receberem a devida proteção.

A proteção jurídica do *software* possui importância relacionada ao nível científico e também econômico. Razão pela qual exige-se a adoção jurídica da proteção a nível de direito autoral para a organização de sua tutela legal, sempre visando sobretudo a tutela no contexto da sociedade de informação.

A concessão da proteção jurídica ao *software*, vista pelo lado do direito autoral, é o que assegura a percepção de uma remuneração ao seu criador, além de permitir em algumas legislações a fruição dos direitos morais decorrentes.

Frisasse que no Brasil, a Lei nº 9.609/98, no seu artigo 2º, § 1º, exclui da abrangência da proteção do *software* os direitos morais, exceto no que for referente à reivindicação do direito de paternidade e ao direito de oposição a alterações não autorizadas.

Ao autor é conferido o direito exclusivo de utilizar, publicar e reproduzir suas obras literárias, artísticas, científicas e de comunicação. As normas constitucionais reconhecem o direito de propriedade intelectual, compreendendo direitos morais e patrimoniais.

Sendo assim, não resta dúvida sobre a garantia do direito autoral ao programa de computador. Ao definir o programa de computador como direito autoral, fica assegurado ao autor a garantia legal de exclusividade sobre sua obra, o poder de controlar a cópia de seu trabalho e o poder de dispor de sua obra da maneira que acha melhor.

## **2.4 – SOFTWARE E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Uma vez formulado as premissas que protege o *software* como um direito autoral, delimitando as garantias e direitos daquele que cria e/ou desenvolve o *software*, trago um paralelo com relação ao usuário final, onde se faz necessário entender quais são seus direitos, pois em decorrência deles foram desenvolvidas cláusulas dentro dos contratos de *software* assegurando tais direitos.

Inicialmente se faz necessário distinguir os conceitos de Licenciante e do Licenciado, bem como o *Software* como sendo um produto, trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

De acordo com o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, podemos conceituar o Licenciante como fornecedor:

“Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Ainda, fazendo referência ao mesmo artigo em seu parágrafo primeiro, pode-se definir o *software* com “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

Já o Licenciado é definido pelo artigo 2º como “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Com base nos conceitos acima trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor de *software* é um fornecedor como outro qualquer outro, assim como o usuário de *software* é um consumidor, e, do ponto de vista das relações de consumo, o *software* é um produto como qualquer outro.

A Lei traz algumas premissas que deve ser respeitada pelo Licenciante/fornecedor, como a consignação do prazo de validade técnica do programa de computador, devendo estar previsto e destacado ou no contrato de licença de uso, ou no documento fiscal, ou no suporte físico, ou na embalagem do software. Trata-se da expectativa da vida útil do *software* no mercado, antes de se tornar tecnicamente obsoleto.

No decorrer desse período, o fabricante ou o distribuidor do *software* deve manter serviços de suporte e assistência técnica, gratuitos ou não. Se o produto for retirado do mercado antes do término do prazo de validade técnica, o usuário tem direito à indenização.

Outra garantia trazida pela legislação, diz respeito a manutenção dos serviços técnicos, onde aquele que comercializar o programa de computador seja o titular dos direitos do programa ou o titular dos direitos de comercialização, tem a obrigação, durante a vigência da validade, de “assegurar aos respectivos usuários a prestação de serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do programa”, redação dada pelo artigo 8º da Lei de *Software*.

Esta obrigação persiste mesmo no caso de retirada de circulação comercial do *software* e somente cessa quando há justa indenização de eventuais prejuízos causados aos usuários. A obrigação de indenização é do fabricante ou do distribuidor do programa de computador.

Por fim, outro direito do usuário de *software* é a garantia de funcionamento do produto, sendo obrigação do fabricante ou do distribuidor reparar, gratuitamente, qualquer problema ou erro constatado pelo consumidor.

Sendo desta forma, incorreto e ilegal o Licenciante/fornecedor induzir o consumidor a celebrar um “contrato de manutenção de *software*”, exigindo pagamento periódico, pois é da inteira obrigação do mesmo a reparação de eventuais problemas ou defeitos no *software*, sem nenhum custo adicional para o consumidor.

## **CAPÍTULO 3 - CONTRATO DE SOFTWARE**

### **3.1 – INTRODUÇÃO**

Em uma relação jurídica onde o objeto é o *software*, tutela-se através do contrato de licença de uso. Este contrato é comumente usado em várias espécies de *softwares* comercializados, como os chamados *softwares* de prateleira e os *softwares* de Gestão Empresarial.

Os *softwares* de prateleira são aqueles comercializados no varejo, ou seja, cadeias de supermercados, lojas de informática, etc. Estes são tutelados por um tipo de contrato, ainda que seja licença de uso, também conhecido como contrato eletrônico.

Os *softwares* de Gestão Empresarial, são aqueles comercializados diretamente por seus desenvolvedores ou por seus representantes. Por envolver grandes cifras, seu contrato de licença de uso torna-se mais complexo.

Além das duas formas de comercialização de *software* trazidas acima, ainda existem tipos de comercialização não remunerados, como por exemplo o *shareware* ou *software* de uso compartilhado ou ainda o *freeware* que consiste nos *softwares* distribuídos de forma gratuitas. Ambas modalidades são igualmente analisadas aos contratos de *software* remunerados, vez que são igualmente protegidos pela Lei nos aspectos das garantias e dos direitos do autor e do consumidor final.

### **3.2 – CONTRATO DE LICENÇA DE USO DE SOFTWARE**

Entende-se por contrato de licença de uso de *software* como sendo aquele pelo qual o proprietário, ou seja, o desenvolvedor ou Licenciante, àquele que detém os direitos autorais do software, concede a outrem o direito de usar por tempo indeterminado (“*ad perpetum*”) e de forma não exclusiva, para uso em seus servidores (equipamento onde serão instalado o software).

A concessão pode ocorrer em um único ato, para um único programa, ou de forma continuada e para vários terminais do *hardware*, conforme a necessidade do licenciado. Por meio do contrato de licença de uso de *software* o licenciado de forma contínua e conforme sua necessidade, solicita a emissão de licenças para uso do programa adquirido, conforme modalidades de comercialização descritas anteriormente.

O referido contrato tem seu regulamento previsto no artigo 9º da Lei 9.609/9: “O uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença”. Percebe-se que o legislador não buscou uma maior proteção ao usuário do software, mas sim pelos detentores da propriedade intelectual.

A licença pode ser comercializada de forma temporária ou perpetua. A licença temporária limita-se no tempo o uso do software, onde uma vez expirada, implica a cessação dos direitos do licenciado, com por exemplo as licenças de uso comercializadas pela Microsoft ao Office 365, uma vez que o usuário contrata uma licença anual, realizando pagamentos mensais e após vencido prazo contrato e não renovado, a licença de uso concedida é automaticamente cancelada, deixando o usuário de ter acesso ao referido produto.

Frisasse que conforme determina os parágrafos 5º e 6º do artigo 2º da Lei de *Software*, é direito do autor autorizar ou proibir o aluguel comercial, não se podendo desta forma um terceiro licenciado através da aquisição de um determinado *software*, realizar a locação do mesmo independente de autorização do titular. Desta forma, a comercialização da licença de uso deve ser feita pelo seu titular.

Já a licença perpetua, a licença de uso não é limitada num tempo, devendo o usuário obedecer às regras estabelecidas pelo titular. Caracteriza-se como perpetua, pois, prevalecerá enquanto aquele *software* estiver sendo protegido pela Lei de Software, que determina a proteção por cinquenta anos, contados a partir de primeiro dia do ano subsequente ao da sua publicação ou data de criação.

Uma vez expirado o período de proteção legal, não há mais necessidade da autorização do titular para uso do programa, encerrando-se as obrigações contratuais, podendo qualquer usuário utilizar o *software*, desde que respeite os direitos morais do autor.

Com relação a assistência técnica, a Lei de Software e o Código de Defesa do Consumidor, dispõe que o licenciador é obrigado a prover ao usuário correspondente a assistência técnica do software enquanto perdurar sua licença.

Em decorrência da comercialização do *software* em grande escala, as empresas desenvolvedoras dos *softwares* tiveram de buscar um mecanismo que se adequasse a tal conjuntura. Isso porque, se quando os programas eram estritamente específicos e produzidos sob medida, os contratos eram avençados diretamente entre as partes, o que com o advento da comercialização se tornou impossível de se continuar.

A solução encontrada, então, foi a chamada "*shrinkwrap license*", onde o consumidor poderá verificar as condições de uso e o contrato de licença propriamente dito embalados em material transparente junto ao produto. Uma vez rompida o invólucro da embalagem, estaria então, configura a aceitação ao contrato estipulado. Desta forma, tal instrumento tornou-se eficaz justamente por resguardar econômica e juridicamente os direitos da fabricante.

Na lição de Emir Iscandor Amad<sup>15</sup>, tal tipo de instrumento apresenta as seguintes características: não são assinadas pelo usuário; estão impressas e contidas na embalagem ou impressas na própria caixa; não há possibilidade do usuário negociar as cláusulas; limitam o direito de uso e disposição do programa; visam estabelecer uma relação contratual entre o produtor e o usuário; vinculam as partes a partir da abertura da embalagem contendo o programa.

Outro tipo de licença desenvolvido pela grande comercialização do software, é a "*clickwrap license*", sendo uma forma eletrônica e online, onde pressupõe o

---

<sup>15</sup> Emir Iscandor Amad. Contratos de software "*shrinkwrap licences*" e "*clickwrap licences*". Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, p. 96.

consentimento dos termos do pacto por meio da ação de clicar em ícones virtuais com "sim" ou "eu aceito".

Tal contrato dá-se quando o usuário está prestes a realizar uma compra de software pela Internet e esta só será realizada caso sejam aceitos os termos do contrato.

### **3.2.1 – Formação do Contrato de Licença de Uso de *Software***

A massificação das relações de consumo anseia por um instrumento contratual que, simultaneamente, facilite a contratação e abranja o maior número possível de compradores. Assim como na disponibilidade de serviços públicos essenciais, como energia e água, o instrumento utilizado no comércio de bens e serviços em larga escala, pelas empresas privadas, é o contrato de adesão.

O contrato de adesão é um pacto que se contrapõe ao tipo paritário. Isso implica em dizer que o contrato de adesão apresenta peculiaridades no sentido de não ser constituído amplamente sob a égide do princípio da autonomia das vontades. Sendo assim, as cláusulas do contrato de adesão são gerais, uniformizadas, rígidas e já pré-determinadas pelo fornecedor. A liberdade de contratar, portanto, manifesta-se somente com a aceitação ou não das cláusulas anteriormente postas, sem que seja facultado ao particular rediscuti-las.

Uma das formas pelo qual o contrato de licença dos programas de computador, especificamente o chamado *software* de prateleira, pode ser celebrado é justamente por contrato de adesão.

Por outro lado, os contratos negociados de *software* continuam a ocorrer, principalmente no que se refere a licença de programas customizados entre grandes corporações, ajustando as Partes as cláusulas contratuais de acordo com a necessidade do seu negócio e acordo realizado pelas partes.

Os contratos manuais que se caracterizam pela manifestação negocial das partes, segundo a legislação brasileira, devem possuir como requisitos de validade: a

capacidade das partes, o objeto ser lícito, possível, determinado ou indeterminável e sua forma ser prescrita ou não defesa em lei.<sup>16</sup>

O artigo 2º da Lei de Software em seu parágrafo 3º traz que “a proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”. Sendo assim, a forma de contratação é livre, devendo-se observar os requisitos de validade previstos pelo Código Civil Brasileiro acima mencionados.

Importante neste momento destacar a redação do artigo 219 do Código Civil de 2002 que dispõe “as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.”

Aos *softwares* de prateleira, por não possuírem a característica da negociação entre as partes, o contrato deve primar pelo princípio da transparência, devendo estar redigido em língua nacional e trazer de forma clara e transparente a finalidade e demais elementos do *software*.

Desta forma, uma vez que o usuário realize a instalação do *software* em seu computador e não tendo o mesmo nenhuma manifestação contrária junto ao desenvolvedor ou licenciador do *software*, tem-se a realização do contrato, gerando seus efeitos daí decorrentes.

Contudo, a aceitação pelo usuário do contrato de licença de uso de software nesses termos, não caracteriza uma imposição do desenvolvedor/licenciado uma imposição de todas as cláusulas e condições previstas no contrato. As cláusulas de natureza abusiva ou que violem a boa-fé, não serão consideradas válidas, podendo o usuário contestar com o desenvolvedor/licenciado ou judicialmente a nulidade de tais cláusulas sem que caracterize a nulidade total do contrato.

Por outro lado, os contratos eletrônicos trazem como peculiaridade uma relação bilateral tendo como o computador o mecanismo responsável pela formação e instrumentalização do vínculo contratual.

---

<sup>16</sup> Artigo 104 do Código Civil de 2002.

Para Maria Helena Diniz, contrato eletrônico consiste como “o contrato virtual que opera-se entre o titular do estabelecimento virtual e o internauta, mediante transmissão de dados”<sup>17</sup>.

Nesse mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho define contrato eletrônico como o “[...] celebrado por meio de transmissão eletrônica de dados. A manifestação de vontade dos contratantes (oferta e aceitação) não se veicula nem oralmente, nem por documento escrito, mas pelo registro em meio virtual (isto é, despapelizado)”<sup>18</sup>.

Os contratos eletrônicos, segundo grande parte dos doutrinadores brasileiros são classificados como: intersistêmicos, interpessoais e interativos. Os contratos eletrônicos intersistêmicos são aqueles contratos que previamente já haviam sido estipuladas as cláusulas e que o computador serve apenas como meio de execução dele. Esse tipo de contratação também é conhecida como “contratação em rede fechada”<sup>19</sup>.

Os contratos eletrônicos interpessoais por sua vez, decorrem da interação entre as pessoas por meio da troca de mensagens eletrônicas, sendo que é obrigatória a sua realização no mundo virtual. Estes possuem uma classificação própria em relação a sua forma, podendo ser simultânea e não simultânea.

Por simultânea tem-se aqueles celebrados em tempo real. Para Erica Brandini Barbagalo a celebração ocorre por pessoas conectada ao mesmo tempo e com a resposta em um curto espaço de tempo.<sup>20</sup>

Já os contratos eletrônicos interpessoais de forma não simultânea, ocorre um lapso temporal entre a oferta e aceitação.

---

<sup>17</sup> Maria Helena Diniz, O Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 24ª ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, V. III, p. 756.

<sup>18</sup> Fábio Ulhoa Coelho, Curso de direito comercial: direito de empresa. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, V. III, p. 37.

<sup>19</sup> José Wilson Boiago Junior, Contratação Eletrônica: Aspectos Jurídicos. Curitiba: Juruá, 2005, p. 88.

<sup>20</sup> Erica Brandini Barbagalo, Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 53-4.

Por final, os contratos eletrônicos interativos são aqueles utilizados no comércio eletrônico B2C (“business-to-consumer”), também sendo chamando de contratos conhecido como *clickwrap* (já conceituado anteriormente) ou contrato por clique.

Com relação a este tipo de contratos, Jorge José Lawand faz as seguintes observações:

“Na esfera da contratação no ambiente do comércio eletrônico os negócios jurídicos por clique são amplamente utilizados e são conhecidos no direito comparado como **click-through agreements**. São assim designados, haja vista seus termos serem aceitos através da confirmação digital na tela do monitor do computador, no mais das vezes utilizando o **mouse**. Em muitos casos o operador do **web site** oferece as mercadorias ou serviços para venda, e o consumidor adquire completando e transmitindo uma ordem de compra disposta na tela do computador. A partir do momento em que se configura a aceitação, o contrato considera-se formado. Esses contratos equiparam-se aos contratos por adesão, pois, se o contratante não concorda com as cláusulas impostas, não há como refazê-las no sentido de serem adequadas às suas necessidades”<sup>21</sup>. (grifo do autor)

Como exemplo de contratos eletrônicos interativos podemos citar as EULAs (*end-user license agreemen*) dos softwares onde não há a possibilidade de discorrer sobre as cláusulas e também o comércio eletrônico B2C. Caso não haja o aceite ao EULA, o software não será instalado na máquina uma vez que há duas opções, “Concordo” ou “Não concordo”, e sendo que ao clicar nesta há o cancelamento e sem opção de discutir o contrato.

Outro exemplo a ser citado são os sites de compras pela “Internet” por meio de lojas virtuais, nos quais o cliente efetua cliques para realizar a compra. Não há uma interação entre as partes, é somente entre o cliente e o sistema.

### 3.2.2 – Principais cláusulas Contrato de Licença de Uso de Software

Os contratos de comercialização e exploração de *software* trazem em seu contexto cláusulas peculiares e específicas e claro outras cláusulas mais comuns previstas na maioria dos contratos seja de qualquer natureza ou modalidade se tratam. Abordarei

---

<sup>21</sup> Jorge José Lawand, Teoria geral dos contratos eletrônicos. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 103.

nesse tópico as principais cláusulas que devem estar previstas em um contrato de licença de uso de *software* e serem respeitadas pelas partes envolvidas.

A primeira cláusula ou condição que um contrato de licença de uso de *software* deve prever se trata é a qualificação das partes ou dos sujeitos que irão firmar suas vontades. Conforme conceituado em tópicos anteriores o contrato de licença de uso de *software* consiste na concessão pelo proprietário e detentor dos direitos autorais a outrem, de uma licença permanente, não exclusiva e não transferível de cópia de programa de computador, para uso próprio em seu equipamento pessoal ou mesmo para uso de uma empresa ou estabelecimento comercial. Desta forma, identificamos no mínimo, duas partes, o licenciante (desenvolvedor) e o licenciado (usuário), os quais são necessários para a configuração e estabelecimento do pacto ora tratado.

É possível ainda, ocorrer a existência de uma terceira pessoa, o usuário final, que se caracteriza por ser o destinatário final de determinado programa, sendo que este nem sempre se confunde com a figura do licenciado, pois o licenciado pode adquirir a licença de uso para revendê-la e o usuário final não.

Acerca, dos sujeitos no contrato de licença de software, leciona Fábio Ulhoa Coelho:

Um programa de computador pode ser objeto de contrato entre empresários (cessão ou licença de uso ou, ainda, transferência de tecnologia) ou entre o titular dos direitos de comercialização e o usuário. Quanto a este último, previu a Lei n. 9.609/98 (arts. 7 e 8), as seguintes condições, destinadas à tutela do usuário do programa (consumidor): a) obrigatória menção na embalagem, nos suportes físicos e no instrumento contratual, do prazo de validade técnica do logiciário; b) garantia da prestação de serviços técnicos complementares, com vistas ao adequado funcionamento do software.<sup>22</sup>

O segundo ponto a ser estudado e ao meu modo de ver consiste na principal cláusula que deve ser prevista em um contrato de licença de uso de software é o objeto. O referido contrato tem como expectativa por meio de sua celebração, a transferência do direito de uso de determinado *software* em sua versão fechada, apenas de uso, não pode o licenciado mudar suas características principais ou mesmo torna-lo objeto de contrato de compra e venda.

---

<sup>22</sup> Fabio Coelho Ulhoa, Manual de direito comercial. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 484

Desta forma, alguns aspectos sobre a licença devem ser compreendidos para que se possa ter clareza para constituição do contrato. A licença pode apresentar quatro modalidades: a) perpétua ou temporária (já definidas anteriormente); b) exclusiva ou não exclusiva, onde na ausência da exclusividade o licenciante tem o direito de licenciar o *software* a terceiros sem nenhuma restrição; c) transferível ou não transferível, significa que a licença pode ou não ser transferida ou sublicenciada a terceiros; d) não cancelável, é aquele que não pode ser extinta mesmo que em decorrência de infrações contratuais.

Com relação à vontade das partes, assim como qualquer contrato bilateral, é necessária a anuência de ambos os contratantes para a celebração do pacto. Nesse ponto destaca-se que nessa espécie contratual em específico, a anuência exteriorizada das partes pode se dar das mais diversas maneiras possíveis. Conforme estudado anteriormente a declaração negocial pode se realizar via internet através de sites on line, pode se dar via aplicativo virtual off line com o simples clique na caixa de "aceito os termos contratados", além de poder se dar, também, através do consentimento das partes que assinam em instrumento contratual próprio, sendo a forma mais comum por meio de adesão.

Outra cláusula que se faz necessário o destaque, diz respeito a identificação de quem poderá utilizar o *software*, como e onde ele poderá ser utilizado e o que o licenciado pode realizar com ele. Por quem poderá utilizar o *software* se define e identifica os usuários que terão acesso ao *software*, bem como o número de usuários permitidos.

Já com relação a como utilizar o *software*, delimita-se a quantidade de *hardwares* em que o *software* estará licenciado. Em relação à onde o *software* pode ser utilizado, tem-se a região ou área onde o *software* pode ser utilizado. E em relação ao que o licenciado pode fazer com o *software* se define se define além da utilização pelo usuário eventuais ações relacionadas ao seu uso.

Em relação ao preço a ser pago pelo licenciamento do *software*, via de regra deverá ser um valor estipulado de comum acordo pelas partes, o que nem sempre acontece, visto na maioria das vezes os contratos de licença de software são celebrados através

de contratos de adesão, onde o licenciante previamente estipula todas as cláusulas contratuais, inclusive o valor.

Nos contratos onde o software a ser cedido o uso trata-se de um programa de alto teor de especificidade ou de alto teor de complexidade, tem-se uma maior negociação dos valores entre as partes, onde podemos citar como exemplo os softwares desenvolvidos para gestão empresarial.

Com relação as obrigações das partes, comumente os contratos de licença de uso de *software* estão atrelados a outros contratos como de manutenção e de suporte de *software* que preveem obrigações específicas para cada uma das partes.

Como obrigação principal para o adimplemento do contrato tem-se a entrega da cópia do *software* em sua versão standard, pelo licenciante ao licenciado em prazo estipulado pelo contrato firmado entre as partes. Posteriormente a essa entrega que poderá ser feita através de via magnética, deverá o licenciante adaptar o *software* as exigências do licenciado por um procedimento denominado de implantação de *software*, o qual é feito diretamente no sistema operacional, ou seja, no *hardware* do licenciante para que assim se atenda exigências do usuário final. Essa implantação, quando se tratar de *softwares* de uso padrão, os quais não necessitam de especificidades para seu funcionamento, pode ser realizada através de programas autoexecutáveis que automatizam sua instalação, possibilitando que o próprio licenciado faça a instalação do *software* contratado.

No entanto quando se tratar de *software* de alta complexidade, será necessário que o licenciante adapte a versão standard às necessidades do licenciado e posteriormente faça a instalação do *software* no sistema operacional do usuário final, pois do contrário o *software* não terá serventia alguma para seu adquirente.

Outra obrigação do licenciante consiste na entrega do *software* ao licenciado de acordo com a legislação vigente no país do licenciado, no caso de omissão do contrato nesse sentido será necessário que o *software* possua possibilidade de ser

customizado para atender esse requisito, pois do contrário o *software* não poderá ser usado pelo usuário final.

Caberá ao licenciado utilizar o *software* de acordo com o que foi previamente pactuado pelas partes no contrato de licença. No mesmo sentido deverá o licenciado resguardar o direito do licenciante no que tange sua propriedade, ou seja, deverá o licenciado guardar, zelar e cuidar do *software* como se dono fosse impedindo que terceiro ou pessoa mal intencionada obtenha acesso ao mesmo.

Outra importante obrigação que deve ser prevista no contrato de licença de uso de *software*, refere-se a forma de uso do *software* pelo licenciado, delimitando-se o campo de utilização do usuário final, no qual o licenciado deverá usar o *software* de acordo com o indicado pelo licenciante que ainda é o proprietário do *software* e do código fonte.

Ainda como obrigação do licenciado, tem-se a obrigação de instalar o *software* dentro dos limites e características do ambiente operacional negociado entre as partes, pois o *software* é desenvolvido pelo licenciante baseando-se em determinado banco de dados e em determinado *hardware*, sendo realizada alteração nesse banco dados ou mesmo no *hardware* poderá haver incompatibilidade entre o objeto do contrato de licença de uso de *software* e o equipamento do licenciado, podendo incorrer em erros do *software*, mal funcionamento ou até mesmo o seu não funcionamento.

Já com relação as garantias que o contrato de licença de uso de *software* deve prever, a Lei de *Software* (Lei 9.609/98) dispõe em seus artigos 7º e 8º os seguintes direitos aos usuários:

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. (Grifo nosso)

Desta forma, a Lei de *Software* deverá o licenciante poderá estabelecer prazo para exploração do software, sendo que por este prazo ficará obrigado a corrigir defeitos de programação, bem como prestar serviços técnicos complementares, no sentido de garantir a adequação do *software* às finalidades que se destina.

Neste mesmo sentido, o Código de Defesa do Consumidor estabelece uma garantia legal no que diz respeito aos vícios de produtos ou de serviços prestados, sendo que o consumidor possui no caso de vícios aparentes o prazo decadencial de 90 (noventa) dias contados a partir da entrega do produto ou do término da execução do serviço ou no caso de vícios oculto contados a partir do momento que se evidenciou o vício.

O contrato de licença de uso de software deve prever ainda as limitações de responsabilidades do licenciado e do licenciante em decorrência de eventuais danos ocorridos pela má execução contratual. Via de regra os danos são causados de forma direta ou indireta pelas partes.

Neste tipo de contrato é comum que as partes negociem o valor do limite em caso de indenização a outra parte por danos sofridos, sendo ilícito conter qualquer condição que exonere o causador do dano de sua responsabilidade.

Neste sentido, o artigo 10º, §2º da Lei de *Software* estabelece serem nulas as cláusulas constantes dos contratos de comercialização que eximam quaisquer das partes das responsabilidades por eventuais ações de terceiros, decorrentes de vícios, defeitos ou violação de direitos de autor.

Com relação a vigência contratual, conforme trazido em capítulos anteriores, nos contratos onde a licença é perpetua, o usuário recebe autorização que vigorará durante o prazo de vida útil do *software*, sendo que após esse período o direito de uso independerá de licença.

Já com relação a licença de uso temporária, a vigência do contrato observará o prazo da licença fornecida pelo licenciante, sendo esta mensal, semestral, anual ou conforme determinado pelas partes.

Com relação a transferência da licença de uso objeto do contrato, o direito de utilização e/ou exploração limita-se ao contrato firmado, sendo que a relação entre licenciante e licenciado não pode ser transferida, salvo mediante expressa autorização do licenciante (titular).

O contrato de licença de uso de *software* deve prever ainda as condições em que o mesmo pode ser rescindido, sendo as condições mais comuns constituem a falta de pagamento no caso de *softwares* desenvolvidos ou licenciados a empresas, ou mesmo em caso de licenças temporárias; não cumprimento do cronograma de instalação do *software* por uma das partes; não disponibilização do número de licenças contratadas; a utilização do *software* pelo licenciado de forma incorreta ou indevida; a comercialização da licença pelo licenciado sem autorização do licenciante; falhas no *software* que impossibilite a sua utilização.

Para esses casos e demais casos particulares que possam surgir, os contratos de licença de uso de software devem prever a possibilidade de rescisão do contrato mediante prévia notificação a outra parte e nesse momento se estipula um prazo mínimo ou de pleno direito quando do não cumprimento de uma das partes de qualquer uma das cláusulas previstas no contrato.

Nesses casos, é muito comum a previsão de cláusula penal e indenização a parte lesada, conforme já mencionado.

Neste sentido, podemos observar a jurisprudência pacífica dos tribunais:

APELAÇÃO CÍVEL - CONTRATO DE IMPLANTAÇÃO DE SOFTWARE E SERVIÇOS - DESCUMPRIMENTO PARCIAL POR PARTE DA CONTRATADA - RESCISÃO A PEDIDO DA CONTRATANTE - RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS - DIREITO RECONHECIDO APENAS EM RELAÇÃO AOS MÓDULOS EFETIVAMENTE ADQUIRIDOS E NÃO IMPLANTADOS - APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO - DANOS MATERIAIS COM A CONTRATAÇÃO DE OUTRA EMPRESA - DIREITO NÃO RECONHECIDO - ÔNUS DA

Os contratos de licença de uso de *software* devem conter ainda cláusula de sigilo sobre as informações confidenciais que uma parte no caso o licenciado receberá do licenciante seja esse um usuário final ou mesmo uma pessoa jurídica. A cláusula de sigilo deve prever o que são consideradas informações confidenciais e sigilosas, nesse caso destaque toda e qualquer informação, patenteada ou não, de natureza técnica, operacional, comercial, jurídica, know-how, invenções, processos, fórmulas e designs, patenteáveis ou não, sistemas de produção, layouts, códigos-fonte do *software*, transmissão de dados, entre outros.

Muitas vezes antes da assinatura do contrato de licença de uso de *software*, é comum que seja firmado entre as partes um termo de confidencialidade ou conforme denominado em inglês *NDA – Non-Disclosure Agreement*, prevendo as responsabilidades das partes em não divulgar as informações que receberam uma das outras.

As partes, devem prever ainda, que em caso de quebra de sigilo por uma delas que a outra será indenizada e neste momento se fixa um valor a título de indenização, além de possíveis perdas e danos que a parte venha a sofrer, fixando-se um prazo para guarda das informações pelas partes, sendo o mais comum e utilizado os prazos de 3 (três) ou 5 (cinco) anos para guarda e não divulgação das informações recebidas pelas partes.

Em conjunto a cláusula de sigilo, os contratos de licença de uso de *software* devem prever cláusula de não concorrência entre as partes, uma vez que em decorrência da referida relação firmada entre as elas no caso licenciado e licenciante, muitas vezes haverá a troca de informações importantes como o *know-how* e código fontes. Uma vez de posse e conhecimento de tais informações é possível que o licenciado desenvolva o *software* objeto do contrato de licença.

Desta forma, se faz necessário a estipulação pelas partes de um prazo mínimo de não concorrência entre elas, variando de contrato a contrato, com o intuito de se evitar

uma concorrência desleal por parte do licenciante mesmo após o término do contrato firmado.

Sobre esse tema, importante se faz a distinção entre concorrência leal e desleal feita pelo professor e doutrinador Fabio Ulhoa Coelho:

“não é simples diferenciar-se a concorrência leal da desleal. Em ambas, o empresário tem o intuito de prejudicar concorrentes, retirando-lhes, total ou parcialmente, fatias do mercado que haviam conquistado. A intencionalidade de causar dano a outro empresário é elemento presente tanto na concorrência lícita como na ilícita. Nos efeitos produzidos, a alteração nas opções dos consumidores, também identificam a concorrência leal e a desleal. São os meios empregados para a realização dessa finalidade que as distinguem. Há meios idôneos e inidôneos de ganhar consumidores, em detrimento dos concorrentes. Será, assim, pela análise dos recursos utilizados pelo empresário, que se poderá identificar a deslealdade competitiva”<sup>23</sup>

Importante ainda destacar que a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) em seu artigo 2º, inciso V repudia a concorrência desleal e em seu artigo 195 trata das hipóteses de caracterização do crime de concorrência desleal, o qual destaco os incisos XI e XII:

“Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

V - repressão à concorrência desleal.

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos.”

---

<sup>23</sup> Fabio Coelho Ulhoa, Manual de direito comercial. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 191.

## CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise do direito da tecnologia com base na Lei de *Software*, sobre as principais características do *software* em si, sua definição e sua natureza jurídica com base na legislação nacional e estrangeira. Além disso através do presente estudo, buscou-se demonstrar as características de uma licença de uso de *software*, suas modalidades e forma de comercialização.

A partir desse momento, foi possível identificar quais as proteções conferidas pela legislação brasileira ao desenvolvedor/criador do *software* não apenas com relação as premissas trazidas pela Lei de Software, mas também sua proteção pelo direito autoral e direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor.

Neste momento, se fez importante destacar o projeto denominado como “Novo Código Comercial”, onde foi possível analisar os principais princípios do direito comercial, sua extensão e aplicabilidade aos contratos, em especial aos contratos de licença de uso de *software*.

Ditados os aspectos que regem o *software*, passamos a explorar o contrato de licença de uso de *software*, trazendo as principais cláusulas e condições contratuais que devem ser negociadas entre partes quando da sua possibilidade, uma vez que se foi demonstrado que a maior parte dos *softwares* hoje em dia comercializados se dão por meio de contratos de adesão.

Destacou-se nesse momento, os tipos de licença de uso de *software* que podem ser perpétua ou temporária, visto que cada uma delas apresenta condições diferentes de garantias a serem fornecidas pelo licenciante, bem como obrigações a serem cumpridas pelo licenciado.

Com base nesses aspectos e por todo o tema discursado no presente trabalho, os contratos de licença de uso de *software*, são contratos atípicos, uma vez que, por mais que seus princípios e “regras básicas” sejam as mesmas previstas para todos os tipos

de contratos, conforme determina o Código Civil Brasileiro, aos contratos de licença de uso de *software* se faz necessário um entendimento mais técnico e específico para seu desenvolvimento, por apresentarem características próprias.

Desta forma, para a construção de um contrato de licença de *software* harmonizado, as partes devem ter justas e acordadas as questões negociais, bem como a estrutura em que o *software* será executado, as garantias e manutenções que serão realizadas pelo licenciante em caso de erro ou dano ao *software*, além das práticas de bom uso que o licenciado deverá seguir para a fiel execução do contrato.

## BIBLIOGRAFIA

ASCENSÃO, José de Oliveira. A recente Lei Brasileira dos Direitos Autorais Comparada com os Novos Tratados da OMPI, Revista Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, 42/13-29.

AVARES, André Ramos. Direito constitucional econômico, São Paulo, Método, 2003.

AMAD, Emir Iscandor. Contratos de software "shrinkwrap licences" e "clickwrap licences", Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

BARBAGALO, Erica Brandini. Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo, São Paulo, Saraiva, 2001.

BOIAGO JÚNIOR, José Wilson. Contratação Eletrônica: Aspectos Jurídicos. Curitiba, Juruá, 2005.

BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. Contratos de Software. São Paulo: Editora Momento Atual, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. Princípios do Direito Comercial: com anotações ao projeto do código comercial, São Paulo, Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa, 16. ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 24ª ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, V. III.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LAWAND, Jorge José. Teoria geral dos contratos eletrônicos. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

MUSEU DO COMPUTADOR. História do Computador no Brasil, disponível em [http://www.din.uem.br/museu/hist\\_nobrasil.htm](http://www.din.uem.br/museu/hist_nobrasil.htm)

MICHAELIS. Dicionário da Língua Portuguesa.

PEREIRA, Elizabeth Dias Kanthack. Proteção Jurídica do Software no Brasil, Curitiba, Juruá, 2001.

REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial, 2º volume. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WIKIPÉDIA. Intel 4004, disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Intel\\_4004](https://pt.wikipedia.org/wiki/Intel_4004)