

CONTRATO DE SOFTWARE

Andressa Alves da SILVA¹
Fernando do Rego BARROS FILHO²
Jessica Cardoso MULLER³
Michel Alexandre Mesquita TAVARES⁴

RESUMO: Num estudo interdisciplinar, analisando os aspectos jurídicos, sociológicos, econômicos e tecnológicos, enfoca a tutela jurídica do software pelo Direito Intelectual, entendendo que este deve estimular a difusão da Tecnologia da Informação. A importância do software no ciberespaço torna imperioso repensar os mecanismos jurídicos para sua tutela. A comercialização de um programa de computador (software) cabe apenas ao desenvolvedor ou um distribuidor autorizado. O usuário não se torna proprietário da obra, mas sim, está recebendo apenas uma licença de uso, de forma não exclusiva.

PALAVRAS-CHAVE: Software. Direitos Autorais. Direitos autorais do Titular. Comercialização.

ABSTRACT: In an interdisciplinary study, analyzing the legal, sociological, economic and technological aspects, focuses on the legal protection of software by the Intellectual Property Law, understanding that this should encourage the dissemination of information technology. The importance of software in cyberspace makes it imperative to rethink the legal mechanisms for their protection. The marketing of a computer program (software), it is for the developer or an authorized distributor. The user does not become the owner of the work, but is receiving only a license to use, non-exclusive basis.

O presente artigo tem por finalidade o estudo, a análise do formato, e as características dos contratos de *software*, bem como sua tutela jurídica.

As dificuldades em se adequar o *software* às legislações locais apareceram no final dos anos 70, onde teve-se um exponencial crescimento desse comércio. Com o advento da internet e mídias gravadoras, surge talvez o principal problema desse tipo de contrato: a proteção física contra a cópia e distribuição por meios eletrônicos.

Como mecanismo de segurança à propriedade intelectual, utiliza-se do

1 Acadêmica do curso de Direito, Faculdades Santa Cruz, Turma 5SA, Noturno. E-mail: advandressa@outlook.com

2 Advogado. Analista de Controle no Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE-PR). Professor do curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz. Mestre em Meio Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Paraná. Master of Laws em Direito Ambiental pela Vermont Law School. Especialista em Direito Ambiental e Desenvolvimento pela Universidade do Estado do Amazonas. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná e em Gestão Pública pelo Instituto Federal do Paraná. E-mail: fernando@fernandobarros.adv.br.

3 Acadêmica do curso de Direito, Faculdades Santa Cruz. Turma 5SA, Noturno E-mail: jessica.cmuller@yahoo.com

4 Acadêmico do curso de Direito, Faculdades Santa Cruz. Turma 5 SA, Noturno. E-mail: michel_mesquita@hotmail.com

“direito autoral”, contudo este não protege o conteúdo, somente a forma. Isto se fará de modo a assegurar o desenvolvimento da Revolução Tecnológica de forma includente, sendo imprescindível protegê-lo como bem intelectual e garantir a qualquer pessoa a liberdade de acesso à informação

Entretanto, a tutela do *software* pelo Direito, não pode representar um obstáculo para o estímulo e difusão do conhecimento e da tecnologia da informação.

A ORIGEM DA TUTELA JURÍDICA DOS SOFTWARES

Para melhor compreensão do tema, uma breve distinção entre *hardware* e *software* e *firmware*. *Haja vista, que estes três bens da informática, requerem atenção especial como objetos tutelados pelo Direito, e são frequentemente confundidos por operadores do Direito. Frisa-se que o presente artigo tem por finalidade o estudo dos contratos dos softwares.*

O *hardware* foi quem deu início ao âmbito jurídico na informática. O *hardware*, é mais antigo e mais simples que o *software*. *Ele representa a própria parte física do computador e os componentes físicos da máquina, como por exemplo: as placas (placa-mãe, placa de vídeo, placa de som...), circuitos, processador, HD, placa de memória RAM, etc.*

Firmware é o conjunto de instruções operacionais programadas diretamente no *hardware*, o *firmware* está normalmente envolvido com operações muito básicas de baixo nível das quais sem um dispositivo seria completamente não-funcional, não há barreiras físicas entre softwares e *firmware*.

Quando dizemos *software*, estamos nos referindo a parte lógica. Ou seja, os dados processados, interpretados pelo processador, que por sua vez ficam armazenados e gravados no disco rígido e carregados na memória RAM. Exemplo: Word, bloco de notas, corel draw, internet explorer, etc.

O movimento, para que o Direito abarcasse as causas envolvendo os *softwares*, teve origem nos estudos da automação e da informação no campo do Direito. “ELGEN HUMER”, na década de 70, propôs uma legislação internacional por meio de tratados, quando se verificou a vulnerabilidade dos direitos autorais, com as transferências de dados via computadores.

Neste contexto, ganha enfoque a evidência em se distinguir a proteção jurídica para os *softwares* dos *hardwares*. Muito se fez nas convenções europeias, no tratado dos E.U.A, para que os *softwares* fossem incluídos de maneira distinta dos *hardwares* no mundo jurídico. Como sua equiparação ao livro, necessidade de registros, impossibilidade de exploração econômica, entre outras medidas,

Foi em 1985, que a Alemanha e França regulamentaram o *software* como um bem tutelado pelo direito autoral.

DOS CONTRATOS DE SOFTWARE NO BRASIL

Os esforços para houvesse registros legais para produtos relacionadas à

informática datam desde a década de 60. Nesse contexto, destaca-se a Secretaria Especial de Informática (SEI). A SEI criada em 1979, como órgão complementar do conselho de segurança nacional diretamente vinculada ao Presidente da República, tinha como atribuição a análise dos pedidos de registro para os produtos de informática.

O processo de regulamentação jurídica dos programas de computador, iniciou-se com as análises de automação e do processamento de informação no âmbito do estudo de direito autoral. A partir desta análise realizada por Eugen Ulmer, na década de 70, que se vislumbrou a possibilidade de haver violação de direitos autorais, na transferência de dados através do computador.

Contudo chegou-se a conclusão, de que, a violação do direito autoral se daria tanto na entrada de dados em um computador, como na saída dos dados de um computador, o que se configura uma recuperação ou reprodução da obra intelectual. Por decorrência desta fatalidade, surgiria uma consciência de que o software necessitaria de uma proteção jurídica específica, distinta do equipamento (hardware).

A proteção jurídica dos programas de computador tornava-se inevitável, tanto pelo seu valor econômico, como pelo ambiente tecnológico em que estava inserido que carecia de tutela jurídica. A tutela de um Direito Autoral de um software, apresenta alguns requisitos. Sendo o primeiro a função utilitária do software, pelo qual a execução do software em determinado hardware possui características de funcionalidade que lhes são próprias, sem as quais não teria tutela pelo direito autoral.

O segundo requisito é a originalidade relativa de um software que deve ser verificada pelo conjunto de expressões que compõem o programa de computador, de modo a não se confundir com outro preexistente. A originalidade de um programa de computador não se prende à ideia, que pode ser inspirada em softwares anteriores, mas, à materialização original desta em um suporte físico.

E o terceiro requisito é a expressão da idealização do software, diz que a concepção de um software somente terá proteção quando estiver expresso com suficiência descritiva a ponto de ser individualizado pelo conhecimento informático.

A Lei 9.609, de 16.02.1998, veio a regulamentar a proteção da propriedade intelectual sobre o programa de computador e sua comercialização no Brasil. Tendo-o em seu primeiro capítulo definição legal do programa de computador. Já o segundo capítulo, a lei determinou para a proteção jurídica do software o regime de Direitos Autorais. Em seu art. 2, limitou os direitos morais à possibilidade do autor de reivindicar a paternidade sobre a criação e o direito de opor-se a alterações não autorizadas.

A lei regulou os contratos de licença de direitos de comercialização, dispondo como obrigatórias as disposições sobre os tributos e encargos exigíveis de produtos de origem alienígena; a responsabilidade pelos pagamentos e o endereço do titular dos direitos sobre o software.

Há algumas décadas, os softwares eram comercializados somente por fabricantes de hardwares, pois os mesmos já vinham pré-instalados. Contudo, neste caso não havia um contrato específico para o uso dos softwares, mas somente um contrato de venda e compra de equipamentos. Entretanto com a evolução da tecnologia da informação e da economia, os softwares passaram a ser comercializados separados dos hardwares e diretamente por seus desenvolvedores.

No início dos anos 90 foi editado o II Planin, por meio da Lei 8.244, de 16.10.1991, que fixou diretrizes trienais, tendo como prioridades tecnológicas, a

pesquisa e o desenvolvimento de software para a automação de processos produtivos; o processamento avançado de sinais; a programação avançada; a engenharia de software; as redes padrão OSI; os processadores de alto desempenho e a microeletrônica.

Ainda neste período, os softwares passaram a ser comercializados por diversos tipos de distribuidores, como supermercados, lojas em shopping centers, etc. São os chamados softwares de prateleiras. A partir daí, o surgimento dos contratos eletrônicos.

Os softwares de prateleiras e os softwares de gestão empresariais, são tutelados através de contrato de licença de uso, que é uma modalidade de negócio jurídico através do qual alguém, denominado licenciante, concede a outrem, denominado licenciado, o direito de exploração econômica ou utilização do programa de computador.

Vale lembrar que o licenciado, é aquele que adquire a licença de uso do software, possuindo somente o direito de uso e não de propriedade. Portanto não poderá transferir a outrem, comercializar, alienar e tampouco dar o objeto em garantia.

Na modalidade deste contrato, o licenciado deverá escolher o método de aquisição, que permitirá a utilização do software em um computador. A opção baseada em "usuário nominal", que permite acesso ao software para até o número máximo indicado de usuários identificados individualmente, ou a opção baseada em "usuário concorrente", que permite acesso ao software até o número máximo indicado de usuários concorrentes individuais que se encontram simultaneamente conectados a todo ou qualquer parte do software em qualquer momento.

A Lei que trata da comercialização dos programas de computadores é a Lei n. 9.609/98 (Lei do software). Em seu artigo 9, traz a previsão de que o programa de computador será objeto de licença.

Percebe-se que a Lei 9.609/98, que o legislador não adquiriu uma proteção ao usuário do software, mas sim pelos detentores da propriedade intelectual. Entretanto, a legislação atual deveria restringir os contratos de licenciamento ao método de usuários nominais, já que com o avanço tecnológico fica impossível licenciar o uso a um computador específico, ou, ao licenciamento de uso pelo método de usuários nominais, uma vez que os licenciantes não poderiam nominar os usuários de softwares.

OBJETOS JURÍDICOS NO ÂMBITO DA INFORMÁTICA.

A partir do momento que um objeto tem por finalidade a satisfação de algum interesse humano, esse objeto traz para si valor de consumo. E ocorre exatamente para todo e qualquer bem da informática. Nesse contexto, vamos tratar especificamente dos softwares.

O Software classifica-se como bem jurídico incorpóreo, ou seja, não pode ser apreendido pelo ser humano, caso em que ocorre com os hardwares. Baseado nessa classificação, a doutrina tutela o software como bem intelectual protegido pelo direito Autoral, e não pelo Direito Industrial

Outra característica que gera discussões acerca da proteção jurídica dos softwares é se seria bem fungível ou infungível. Contudo, entende-se a que o software é composto por uma parte fungível que é o programa executável, portanto caberia licença de uso, e outra parte infungível que é o programa fonte, passível de

cessão de direitos autorais. Em suma, pela particularidade do programa fonte, o software tem caráter insubstituível, infungível.

Ressalta-se ainda como peculiaridades jurídicas dos softwares: bem inconsumível: não se desgasta com o uso; bem singular: não pode ser fracionado; bem principal: não necessitando de um bem acessório para sua existência, diferente do firmware. O programa de computador passou a receber uma proteção jurídica com, onde o software passou, então, a ser protegido, a obra intelectual, de forma a proteção conferida á obra literária onde o direito autoral vem representar a proteção ao criador inserido na realidade jurídica.

O software tem como elementos primários: a arquitetura, o algoritmo, a documentação, a base de dados e uso do sistema bem assim como elementos para sua criação.

A CESSÃO DOS DIREITOS DE COMERCIALIZAÇÃO DO SOFTWARE: DIREITOS E OBRIGAÇÕES

De acordo com a Lei 9609/98 a adesão do software é por meio de contrato de cessão de direitos de comercialização que o titular dos direitos autorais se associará a terceiros, onde, um instrumento específico, com finalidade exclusiva em nome do fornecedor, proceder á comercialização do produto, é que se fará a cessão dos direitos de autor, do qual será expresso a ponto de permitir remessas periódicas de pagamento ao autor em função de negociar as licenças dos programas mas que vale lembrar que a responsabilidade perante o usuário do software será daquele que comercializar, quer seja titular dos direitos autorais.

O PRAZO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS DO TITULAR

Tal prazo de duração sobre o programa de computador pela lei 7646/87 era exclusivo vinte e cinco anos, contados da data de lançamento, ou seja, data onde o autor do programa o utilizava ou coloca á disposição de terceiros, até que acordos estabelecidos pelo TRIPs juntamente com a rodada do Uruguai tiveram gerados efeitos de aumento do prazo para até cinquenta anos contados a partir do ano da publicação autorizada. Já no Brasil dois lados era tratados, onde um a lei de software de 1987 onde continuava o prazo de vinte e cinco anos de proteção ao mesmo tempo que o decreto de adesão onde esta situação pendurou até computar a Lei que se torna pelo prazo de cinquenta anos contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente a sua publicação ou na sua ausência a data da sua criação.

CONCLUSÃO

Devido à fragilidade de controle no que tange à segurança no ciberespaço, ao dinamismo das operações em máquinas de computadores, e mais ainda através do uso a rede mundial de computadores, a divulgação, cópia ou reprodução dos

softwares, ocorre de maneira ampla e de difícil repressão.

O ato ilícito, da violação de direitos autorais, se dá pela mera entrada de dados em um computador, como na saída dos dados de um computador.

Os contratos de programas de computador, os softwares, são protegidos pelo Direito como obra intelectual, de natureza infungível. Colocando um entendimento pacífico sobre o tema, que ao longo de décadas foi objeto de discussão para que se pudesse chegar a definição contratual, e assim obter sua efetiva tutela jurídica.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

Propriedade Intelectual do Software E Revolução da Tecnologia da Informação.
WACHOWICZ, Marcos. **Editora:** Juruá **Edição:** 1 **Ano:** 2004.