

O NÃO CUMPRIMENTO DO CONTRATO DE LICENÇA DE USO DE *SOFTWARE* PERANTE O DIREITO BRASILEIRO E O DIREITO PORTUGUÊS*

Tatiana Freire dos Anjos Marques

Sumário: 1.Introdução. 2.Problemática. 3.Contratos de *Software*. 3.1. *Software* e Programa de Computador. 3.2. Classificação dos *Softwares*. 3.3. Tipos de Contratos de *Software*. 4.Contrato de Licença de Uso de *Software*. 4.1. Contrato de licença. 4.2 Contrato de licença de uso de *software* e seus princípios e classificações. 5.Legislação dos Contratos de Licença de Uso de *Software*. 5.1. Legislação Internacional. 5.1.1. Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas. 5.2. Legislação Brasileira. 5.2.1. Lei 9.610 de 18 de Fevereiro de 1998 (Lei dos Direitos Autorais). 5.3. Legislação Portuguesa. 5.3.1. Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro — Proteção jurídica dos programas de computador. 5.3.2. Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Abril de 2009. 6.Não Cumprimento do Contrato de Licença de Uso de *Software*. 6.1. Não Cumprimento da Obrigação de Não Fazer no Direito Brasileiro. 6.2. Não Cumprimento da Prestação de Facto Negativo no Direito Português. 7.Considerações Finais. 8.Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

* *Paper* apresentado na cadeira do Seminário Especializado Não Cumprimento do Contrato, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor, no Curso de Doutorado em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a regência da Senhora Professora Doutora Maria Olinda Silva Nunes Garcia.



presente trabalho constitui uma breve análise sobre o não cumprimento¹ do contrato de licença de uso de *software*, uma figura pertencente à categoria mais ampla dos contratos de transferência tecnológica, que têm como finalidade a transferência de conhecimentos tecnológicos, permitindo a exploração comercial de bens intelectuais e imateriais.²

Partiremos da análise de uma situação real, julgada em última instância pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil, cuja lide versou sobre “Não cumprimento de contrato de licença de uso de *software*”, por uma associação de universidades brasileiras as quais prestam serviços à distância. Trazemos à baila os problemas dogmáticos referentes a ação de abstenção de práticas ilícitas cumulada com indenização por perdas e danos materiais; cerceamento de defesa com julgamento antecipado da lide e de personificação jurídica da sociedade e decência ilícita a terceiro.

Para uma análise mais específica do tipo contratual, apresentaremos o contrato de *software*, o seu objeto, princípios, classificação, contrato de licença de uso de *software*, legislações aplicadas, destacando a legislação brasileira e a legislação portuguesa e as obrigações de não fazer no Direito Brasileiro e as prestações de facto negativo no Direito Português.

O objetivo deste trabalho é estudar no curto espaço deste *paper* o contrato de licença de uso de *software* e as consequências do seu não cumprimento perante o direito brasileiro e português.

O que motivou este estudo foi o interesse da autora por

1No decorrer do trabalho usaremos as palavras sinônimas incumprimento e inadimplemento contratual.

2Neste sentido Sílvio de Salvo Venosa: “Sob a denominação genérica *transferência de tecnologia*, agrupam-se diferentes figuras contratuais, com características próprias, cujo objeto é o conhecimento tecnológico facultado de um sujeito a outro, para que este último o explore empresarialmente. Cuida-se de direitos intelectuais, bens imateriais.” VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Vol. 3. Dos contratos em espécie*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.515.

temas ligados a área de contratos informáticos e a sua observação do uso de programas de computadores por corporações sem autorização explícita do seu proprietário.³

Pretende-se com este estudo mostrar por meio da situação real apresentada o não cumprimento do contrato de licença de uso de *software* restrito no âmbito do Direito Civil, omitindo propositamente a inclusão de discussões e estudos de investigações no âmbito do Direito do Autor.

2. PROBLEMÁTICA

Começamos por transcrever o sumário extraído da Revista Eletrônica da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.⁴

Ementa:

Recurso Especial. I.- Preliminares de violação do art.535 e de cerceamento de prova no julgamento antecipado da lide rejeitadas. II.- Direito autoral. *Software* e módulos para ensino à distância.Licenciamento. Ilicitude de cessão a outras universidades a que ligada a contratante. III.- Condenação à regularização, sob multa, e ao pagamento de indenização. IV.-Indenização calculada com base no número de usos ilícitos e não sobre o número de mais 3.000 exemplares, como previsto no art.103, § Ún., da Lei de Direito Autoral. V.- Multa de 10 (Dez) Vezes o número de exemplares fraudulentos; VI.-Liquidação por arbitramento determinada; VII.- Sucumbência integral mantida a cargo da ré.⁵

3No ano de 2000 a autora trabalhava em um órgão público que optou por trocar todos seus processadores de textos informáticos por processadores de *software* livres. Visando assim impedir a prática ilícita de reprodução de programa de computador sem a sua devida licença.

4Recurso Especial Nº 1.127.220 - SP (2009/0043167-9), provido em parte. Relator: Ministro Sidnei Beneti; Recorrente: Rede Brasileira de Educação a Distância S/C Ltda; Recorrido: Centro de Estratégia Operacional Propaganda e Publicidade S/C Ltda.

5Cfr. Recurso Especial nº 1.127.220-SP(2009/0043167-9) de 19/08/2010 da Terceira Turma do Supremo Tribunal de Justiça, Relator Sidnei Beneti. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900431679&dt_publicacao=19/10/2010> Acesso em: 22 de Janeiro de 2011.

1.- REDE BRASILEIRA DE EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA S/C LTDA. interpõe Recurso Especial com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a" da Constituição Federal, contra Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Rel. Des. OCTAVIO HELENE), proferido nos autos de ação de indenização, assim ementado (e-STJ fls. 396).

O ora Recorrido, CENTRO DE ESTRATÉGIA OPERACIONAL PROPAGANDA E PUBLICIDADE E COMÉRCIO LTDA, moveu esta denominada “ação de abstenção de prática ilícita, cumulada com indenização por perdas e danos materiais” contra a ora Recorrente, REDE BRASILEIRA DE EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA S/C LTDA alegando que:

No dia 29.8.2000, pelo preço de R\$ 80.000,00, cedeu à ré o direito de uso "de um *Software* de Ensino a Distância", "o qual seria utilizado pela Requerida como insumo para a comercialização de diversos cursos, por meio de um *website* que seria criado e mantido na rede mundial de computadores - Internet", contendo, o contrato, "vedação de cessão, alienação ou distribuição do referido *software*", tendo sido agregado ao programa um Rastreador de uso não autorizado; a seguir, celebraram-se contratos adicionais *para* o desenvolvimento de módulos agregados ao *software*, também não admitida a cessão, alienação ou distribuição, adquirindo, a Autora, por intermédio de licenças de uso intransferíveis, somando o preço de R\$ 41.000,00, módulos de: 1) "sistema de busca" - R\$ 8.000,00; 2) "enciclopédia/verbetes" - R\$ 13.000,00; 3) "sistema de notícias" - R\$ 14.000,00; 4) "sistema de enquete" - R\$ 3.000,00; 4) "sistema especialista" - R\$ 3.000,00 - perfazendo, o valor do "*Software* de Ensino à Distância" e dos módulos adicionais o valor de R\$ 121.000,00.

O Rastreador instalado constatou alguns meses depois o uso não autorizado do "*Software* de Ensino à Distância", mas, em dezembro de 2000, foi desativado e passaram, o software e os módulos, a ser utilizados, sem autorização da autora, em

diversas universidades.⁶

A Ré, juntamente com algumas universidades, contratou a Autora informando que era ela "produto da associação de dez universidades", as quais, sendo "sócias-quotistas tinham o direito de usar o *Software* de ensino à distancia (o qual tinha sido licenciado para uso pela Requerida)", sendo que "todas as demais sócias quotistas também faziam uso deste *software*, o qual tinha sido distribuído pela requerida, pois somente assim a Requerida conseguiria atender os seus fins sociais".

Argumentando tratar-se de uso abusivo do *software* e módulos, e configuração de pirataria, a Autora, fundada nos arts. 2º, 12, 9º e 103 da Lei 9.609/98 e subsidiariamente na Lei 9.610/98, e dando à causa o valor de R\$ 121.000,00, pediu:

“(.) A condenação da requerida para que:

a) abstenha-se de transferir o *Software* de Ensino à Distância a qualquer outro terceiro, limitando o seu uso à forma contratada, ou seja, por ele exclusivamente, sob pena de multa diária a ser fixada por este MM. Juízo;

“b) desinstale todas as cópias do *Software* de Ensino a Distância que foram por ela fornecidas para suas universidades controladas, ou para quaisquer outras universidades e/ou entidades, declarando expressamente a respectiva destruição, sob as penas da lei;

“c) abstenha-se de introduzir ao *Software* de ensino a Distância qualquer alteração, modificação, decompilação, engenharia reversa ou qualquer outra prática que resulte em derivação de obra, as quais não sejam previa e expressamente autorizadas pela Requerente; “d) atribua à requerente, no uso do *Software* de Ensino a Distância os créditos referentes a sua autoria;

“e) pague à Requerente, a título de indenização por perdas e danos ocasionadas pela distribuição ilegal e desprovida da devida licença de uso/distribuição no âmbito dos di-

6(I) Universidade Newton Paiva; (II) Universidade Veiga Filho; (III) Universidade do Amazonas (Unama); (IV) Universidade Potiguar; (V) Universidade Uniderp; (VI) Universidade do Sul (Unisul); (vii) Universidade Anhembi Morumbi; (VIII) Universidade Vila Velha; (IX) Universidade Unimonte

reitos autorais e de propriedade intelectual da Requerida (pirataria de *software*), nos termos das Leis 9609/98 e 9610/98, quantia a ser fixada por V. Exa com estrita observância da sistemática de cálculo constante do artigo 103 da Lei 9610/98;

“f) pague à Requerente uma indenização a ser arbitrada por este MM. Juízo, decorrente dos danos causados pelas alterações por ela introduzidas ao *Software* de ensino a distância, ao arreio da lei e do contrato de licença firmado;

A sentença, julgou procedente a ação, condenando a ré

“(1) a abster-se de transferir o programa para terceiros, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 por cada violação;

“(2) a desinstalar todas as cópias que forneceu para suas sócias ou para outras pessoas no prazo de dez dias, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00;

“(3) a abster-se de introduzir no programa qualquer tipo de alteração não autorizada pela autora, sob pena de R\$ 5.000,00 por cada violação e

“(4) a atribuir para a autora a titularidade dos direitos sobre o programa de computador de ensino à distância no prazo de dez dias, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00.

“Também condeno a ré a pagar para a autora indenização equivalente ao valor de três mil licenças de uso do programa em questão com correção monetária e juros de mora à taxa legal desde a citação.

2.- O acórdão ora recorrido negou provimento à apelação da ora Recorrente, sob a seguinte Ementa

"EMENTA: Propriedade intelectual - Programa de "*software*" - Cessão com exclusividade de modo a ser intransferível - Apelante que alega a possibilidade de transferência ou cessão a outras empresas associadas e a terceiros - Ilícitude contratual; desativação, para que isso fosse feito, de programa de rastreamento do "*software*" - Ação procedente para cessar a transferência e arbitrar indenização - Sentença mantida - Recurso improvido".

A argumentação do acórdão recorrido foi lançada nos termos cujos excertos principais se transcrevem (e-STJ fls.398/401):

1. Cuida-se de ação de abstenção de prática ilícita, cumulada com pedido indenizatório, julgada procedente. Diz a autora, recorrida, que licenciara o uso de "*Software* de E-

Learning" a apelante quando, em dezembro de 2000, sem aviso ou autorização, preposto da apelante desativou o mecanismo de identificação de uso não autorizado do programa, o que fez com que, desde então, universidades e faculdades que integravam o capital social da apelante, dentre outras, começaram a se utilizar de cópias não licenciadas e alteradas do programa, em computadores diferentes daqueles dois nos quais foi instalada a licença, com violação dos direitos de propriedade intelectual da recorrida. Informa a inicial, que, notificada, a apelante, por preposto, reconheceu a desativação, tal preposto, era coordenador de tecnologia da recorrente. Também, foi feita a notificação das faculdades que se utilizaram do programa, que reconheceram o seu uso, dizendo a apelante que para atender seus fins sociais, distribuíra o programa as suas sócias e que tal direito de uso decorria da condição destas, de sócias da recorrente. Na resposta, a recorrente reconhecia a distribuição dos "*software*" a terceiros, entendendo que a distribuição se mostrava lícita porque as beneficiárias eram sócias e, nessa condição, poderiam fazer uso do aludido "*software*". A r.⁷ sentença, julgando antecipadamente a lide, deu pela procedência entendendo que a ré, apelante, não poderia ceder os programas a terceiros sem autorização, mesmo a empresas sócias da recorrente, com personalidade jurídica distinta que com ela não se confundem.

Reconhecida a violação dos direitos decorrentes da propriedade intelectual, a r. sentença determinou a abstenção da cessão de tais programas a terceiros, além de arbitrar indenização, esta, na forma do artigo 103, da Lei 9 610/98.

Inconformada, apela a vencida alegando, em preliminar, o cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide, pois pretendia fazer prova testemunhal para demonstrar que a apelante era pessoa jurídica composta por sócias quotistas, não existindo sem o concurso de tais sócios. No mérito, insiste em afirmar que as sócias quotistas poderiam fazer uso comum do "*software*", o que não caracterizaria violação de licença de uso e, por fim, a condenação deveria se limitar ao número de sócios quotistas da recorrente.

2. Como posta a questão no relatório, entendo que, não ocorreu o alegado cerceamento de defesa, possível o julga-

7Abreviatura da palavra referida.

mento antecipado da lide com os documentos que instruíram o processo, sendo a questão de fato e de direito, fato demonstrado com documentos que foram juntados. O que se evidencia da prova documental, é que a licença era intransferível - o "*software*" - Também se demonstrou o uso do "*software*" pelas faculdades integrantes do capital social da recorrente, além de uso por outras faculdades - nesse sentido, "e-mails diversos enviados pelo mecanismo rastreador do '*software*', demonstravam essa situação" Igualmente, se demonstrou a desativação não autorizada do mecanismo rastreador do mesmo "*software*". Então, desnecessária a reclamada dilação probatória - oitiva de testemunhas para demonstrar situação já evidenciada - que o programa foi utilizado por empresas sócias da recorrente. Ora, essa situação, foi admitida pela própria apelante, restando o exame meritório desse fato demonstrado, qual seja, se lícito ou não, o uso do programa, depois de desativado o mecanismo rastreador do programa por preposto da recorrente, uso pelas empresas dela sócias e por terceiros. Em outras palavras a apelante, admitindo o uso dos programas, sustenta que esse uso não se mostra ilícito pela qualidade das usuárias, suas sócias. O âmbito da demanda ficou limitado a matéria de direito, qual seja, se tinha ela recorrente, ou não, o direito de, livremente, distribuir o "*software*" a toda e qualquer integrante de seu capital social e demais entidades congêneres que participavam ou auxiliavam-na na prestação de seu fim social, na persecução de seu objetivo. Esse, o objeto da demanda, desnecessária, sendo assim, a produção de prova testemunhal - desnecessária a produção de qualquer prova em audiência.

A tese da recorrente vem fundada no convencimento segundo o qual, a despeito de ter firmado um contrato por força do qual adquiriu uma licença de uso intransferível de "*software* de "E-Learning", poderia, a despeito disso, transferi-la a qualquer de suas associadas ou sócias para a instalação do programa em seus computadores possibilitando o uso por parte de tais entidades E assim, dele fizeram uso a "Universidade Anhembi-Morumbi", a "Unisul" - Universidade de Santa Catarina -, em suas atividades pedagógicas. Mas isso, na prática, seria a negação do direito de propriedade sobre os programas de computador, ficando a empresa que criasse tais programas restrita a comercialização de poucos deles, seria

um socialismo incidente sobre a propriedade intelectual. Mas, não é assim. A Lei 9.609/98 e, igualmente, com a aplicação à matéria, a Lei 9.610/98, estabelecem que o "*Software*" é passível de licença de uso. Então, licenciado o uso de um "*software*", em caráter intransferível, situação referida no processo, a licença é para integrar ao patrimônio do adquirente, se o adquirente for uma pessoa jurídica, a licença de uso passa a integrar seu patrimônio próprio, distinto do patrimônio dos acionistas, isso pela personalidade que têm as sociedades.

Em suma entendeu a recorrente, de modo equivocado, que a sua personificação jurídica somente seria oposta por aqueles que não participassem ou de alguma forma tivessem interesse na sociedade que alega ter mantido com as demais beneficiárias do programa. Mas, se esse entendimento fosse razoável, até para o conforto da recorrente, caberia a ela discutir essa situação com a recorrida e não, por seu preposto, desativar o mecanismo rastreador instalado no programa, nem mesmo a recorrente, assim agindo, estava certa da licitude de seu ato, mantendo esse procedimento mesmo depois de notificada pela recorrida para que se abstinhasse dessa prática.

Por fim, a indenização é devida. O artigo 103, da Lei 9.610/98, estabelece que, "quem editar obra literária, artística, ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendidos", esclarecendo o seu parágrafo-único que, "não se conhecendo o número de exemplares que constituíram a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos" Desconhecendo-se o número das cópias do "*software*" utilizados em desconformidade com o contrato de exclusividade, impõe-se a aplicação daquele dispositivo legal para que seja aferida a indenização devida, como fez a r. sentença recorrida.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso, afastada a questão preliminar alegada - cerceamento de defesa, mantida a r. sentença recorrida.

Podemos observar que o Recurso Especial, ora apresentado neste trabalho, traz-nos um caso de "não cumprimento de contrato de licença de uso de *software*", entre uma associação de universidades de ensino à distância e uma empresa especializada em desenvolver *software*.

O Centro de estratégia Operacional Propaganda e Publicidade e Comércio Ltda celebrou com a Rede Brasileira de Educação à Distância S/C Ltda um contrato de licença de uso de *software* para instalação do seu programa de computador em “dois computadores” da licenciada, possibilitando o oferecimento, por meio deste *software* de cursos de ensino a distância. Ocorre que a licenciada distribuiu a outras empresas sócias-quotistas o *software*, alegando que sem esta distribuição seria impossível atender o seu fim social.

No contexto do presente Acórdão, questionamos: seria lícito o uso daquele software pelas demais empresas integrantes do mesmo grupo de instituições de ensino superior? Ou tratar-se-á de uma decência ilícita a terceiro?

Antes de respondermos à problemática aqui apresentada, faz-se necessário considerar o contrato de *software*, sua legislação e as consequências derivadas do seu incumprimento, no Direito Brasileiro e no Direito Português.

3. CONTRATOS DE *SOFTWARE*

3.1. *SOFTWARE* E PROGRAMA DE COMPUTADOR.⁸

Segundo definição do *Institute of Eletrical and Electronics Engineers* (IEEE): *Software* são “os programas, programação de idiomas, e os dados que direcionam as operações do sistema de um computador, incluindo processamento de texto, programas de *Internet* e *browser*, estes são exemplos de *software*”.⁹ (Tradução livre)

⁸Reservamos este capítulo para explicar a diferença entre software e programa de computador, visto que usaremos as duas expressões no decorrer do trabalho.

⁹“The programs, programming languages, and data that direct the operations of a computer system. word processing programs and Internet browsers are examples of software.” *Dictionary.com*, “software,” in The American Heritage® Science Dictionary. Source location: Houghton Mifflin Company. <http://dictionary.reference.com/browse/software>. Available:

Dias Pereira caracteriza o *software* como:

(...) um conjunto de comandos e instruções capaz de fazer uma máquina de tratamento de informação desempenhar certas funções e executar determinadas tarefas. Esta caracterização genérica aproxima-se da definição de programa de computador constante das WIPO *Model Provisions* (1978)¹⁰

O artigo 1º da Lei Ordinária Brasileira nº 9.609/1998 define Programa de computador, como:

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.¹¹

O Considerando nº 7 da Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Abril de 2009 define programa de computador:

Para efeitos da presente directiva, a expressão «programa de computador» inclui qualquer tipo de programa, mesmo os que estão incorporados no equipamento. Esta expressão inclui igualmente o trabalho de concepção preparatório conducente à elaboração de um programa de computador, desde que esse trabalho preparatório seja de molde a resultar num programa de computador numa fase posterior.¹²

Tanto a legislação brasileira quanto a legislação portu-

<http://dictionary.reference.com>. Accessed: November 10, 2010.

10PEREIRA, Alexandre L. Dias. *Programas de computador, sistemas informáticos e comunicações electrónicas*: Alguns aspectos jurídico-contratuais, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 59, III, Dezembro 1999, Lisboa, p.919

11BRASIL. *Lei nº 9.609*, de 19 de Fevereiro de 1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9609.htm>>> Acesso em: 12 de Janeiro de 2011.

12UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2009/24/CE* do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 23 de abril de 2009. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. L 111/16. 5.5.2009. Disponível em:<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:111:0016:0022:PT:PDF>>. Acesso em: 20 Janeiro 2011.

guesa não definem nem diferenciaram o termo *Software* da expressão Programa de Computador. Ao analisarmos as definições ora apresentadas, podemos observar que o termo *software* é mais abrangente do que a expressão programa de computador, visto que o termo *software* reúne produto ou serviço, programa de computador, a documentação técnica e o seu material de apoio como explica Kanthack Pereira:

O *software* tem por significado a reunião de programas e procedimentos que efetuam o processamento de dados no computador, e direciona o seu desenrolar, conforme o querer do usuário. Tem-se por constituição do *software* o conjunto de instruções, revelando idéias que são propagadas por uma das por uma gravação num bem material, podendo ser um disquete, uma fita magnética ou uma pilha semicondutora. Portanto, a substância do software é imaterial, mesmo que sua expressão e propagação sejam processadas em bens materiais.¹³

Sobre o tema, merece destaque o questionamento de Alberto Vieira:

É vulgar a utilização da palavra *software*, em vez de programa de computador. Haverá nisto alguma diferença conceptual, que se reporte a realidades distintas? (...) É, por conseguinte, juridicamente indiferente falar-se em protecção de programas de computador ou em protecção do *software*, podendo-se utilizar ambas as palavras indistintamente.¹⁴

3.2. CLASSIFICAÇÃO DOS *SOFTWARES*

Com base na classificação de Tarcísio Queiroz Cerqueira,¹⁵ os *Softwares* dividem-se:

a) *Software* sob encomenda (à medida) - Como o próprio

13PEREIRA, Elizabeth Dias Kanthack. *Proteção Jurídica do Software no Brasil*. 1ª.ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 34

14VIEIRA, José Alberto. *Notas gerais sobre protecção de programa de computador em Portugal*. In: *Direito da Sociedade da Informação Vol.I*, Coimbra: 1999. p.75-76

15CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Software: Lei, comércio, contratos e serviços de informática*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2000, p. 67-69

nome diz, é o *software* desenvolvido sob medida e especificações do contratante. Como exemplo, temos os *sites* desenvolvidos exclusivamente para empresas específicas, como é o caso das companhias donas de marcas de carro, escritórios de advocacia etc.

b) *Software* de prateleira (*standard*) - Também definido como *software* produto, é o comercializado e distribuído em grande escala pelas revendedoras e tem como característica os *End User License Agreement* - EULA.

c) *Software* de mercado de nicho - voltados para um grupo específico, normalmente já se encontra pronto, necessitando apenas da sua instalação e utilização.

3.3. TIPOS DE CONTRATOS DE *SOFTWARE*

Maurício Mota¹⁶ relaciona os contratos que possuem o *software* como objeto do negócio jurídico.

a) Contrato de distribuição ou revenda ou ainda representação de *software* - são os realizados entre dois contratantes: a *softhouse*¹⁷ e o representante. Este tipo de contrato geralmente possui cláusulas, que proíbem o representante nomear outros revendedores para revender os produtos ou ele mesmo, o representante, revender. Tem a garantia oferecida pelo fornecedor que também prestará manutenção e poderá, ainda, exigir uma caução em garantia dos produtos disponibilizados. Habitualmente, utiliza-se esse tipo de caução em contratos de empresas nacionais e internacionais, ex.: as lojas que vendem produtos de marcas conhecidas.

b) Contrato de desenvolvimento de sistema por encomenda - ocorre quando uma empresa contrata outra para de-

16MOTA, Maurício. *A boa-fé nos contratos de licença de uso de software*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Curitiba, vols. 11/12, anos 2003/2004, p. 230-232.
17São empresa especializada na criação de *softwares* e que fornece os *softwares* para seus representantes venderem.

envolver um tipo de *software* por encomenda ou sob medida.¹⁸

c) O contrato de edição ou de *publishers* - é semelhante ao que as editoras de livros realizam com seus autores, em que a empresa responsável da distribuição do produto assume a responsabilidade pela estrutura comercial destes *softwares*.

d) Contrato de manutenção de computador - são os contratos que estipulam planos de visitas para manutenção do *software*, como forma preventiva e também coercitiva de evitar erros e defeitos, apresentados no decorrer da utilização do *software*. Geralmente este contrato vem adicionado aos contratos de licença de uso.

e) Contrato de licença de uso de *software*.

4. CONTRATO DE LICENÇA DE USO DE *SOFTWARE*.

4.1. CONTRATO DE LICENÇA

Ferreira de Almeida¹⁹ conceitua no âmbito dos contratos de troca, o contrato de licença como: “Contrato pelo qual o titular de um direito sobre uma coisa incorpórea (licenciante) proporciona a outrem (licenciado) o uso desse direito ou de uma faculdade desse direito. Na maioria dos casos, o direito de uso é temporário e remunerado.”

Isso nos leva a observar a semelhança existente entre o contrato de locação e o contrato de licença, que tem como objeto comum o uso de um bem, mas com obrigações diferentes, pois no contrato de locação o bem é uma coisa corpórea, que o locador tem por obrigação restituir e no contrato de licença o bem é uma coisa incorpórea, que não gera nenhuma

¹⁸Para a legislação brasileira, este contrato tem natureza jurídica de prestação de serviço e não de fornecimento de produto como os *softwares* no geral são definidos, neste caso o imposto competente é o Imposto sobre Serviço - ISS e não o Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviço - ICMS.

¹⁹ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos II*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 220

obrigação de restituição.²⁰

A sua natureza contratual de bens incorpóreos do contrato de licença permite uma vasta classificação de tipos e subtipos de licenças contratuais, dentre as quais encontramos o contrato de licença de uso de *software*.

4.2 CONTRATO DE LICENÇA DE USO DE *SOFTWARE* E SEUS PRINCÍPIOS E CLASSIFICAÇÕES.

O Contrato de licença de uso de *software* é um contrato entre o “concedente” e o comprador de um direito de utilização do *software*, em que o proprietário, ou seja, o desenvolvedor ou licenciante, aquele 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 instalados o *software*).

Zaniolo afirma:

Para Orrico Jr., “*Os programas de computador entram no mundo comercial através do seu licenciamento*”. O licenciamento, ou cessão de direitos de uso de um programa de computador é realizado em caráter de exclusividade, sendo intransferível. Comparando o licenciamento de software a um aluguel residencial perpétuo, pessoas podem morar em uma casa locada, mão não lhes é permitido vendê-la ou sublocá-la a outrem, sem a expressa e prévia autorização do proprietário, pois os locatários não possuem a propriedade do imóvel locado.²¹

Os princípios que regem os contratos de licenciamento de uso de *software* são os mesmos que regem os demais tipos de contratos, os princípios contratuais clássicos e os novos princípios contratuais, compreendidos dentro da sua realidade social de elaboração:²²

²⁰*Ibidem*

²¹ZANILOLO, Pedro Augusto. *Crimes Modernos - O impacto da Tecnologia do Direito*. 1. ed. Curitiba: Jurúa, 2011. p. 251.

²²Cfr. AMAND, Emir Iscandor. *Contratos de Software “Shrinkwrap Licenses” e*

a) Princípio da Autonomia da Vontade ou autonomia privada – Formulado no Capítulo III, Seção I do artigo 1.134º do Código Civil Francês.²³

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.²⁴

Descrito nos artigos 421 e 425 do Código Civil Brasileiro:

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

Art. 425 “É lícitos às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”

E no artigo 398º nº 1 do Código Civil Português:

As partes podem fixar livremente, dentro dos limites da lei, o conteúdo positivo ou negativo da prestação.

No entender de Antunes Varela²⁵, “ a autonomia da vontade é um princípio de área bastante dilatada (do que a liberdade contratual), pois compreende ainda a liberdade de associação (...), a liberdade de tomar deliberações nos órgãos colegiais, a liberdade de testar, a liberdade de celebrar acordos que não são contratos (...) e a liberdade de praticar os numerosos atos unilaterais (...) que conciliam a tutela do Direito.”

Este princípio permite aos contratantes liberdade (na es-

“Clickwrap Licenses” - Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 25-31.

23Cfr. PERDIGÃO, José de Azeredo. *O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas limitativas da responsabilidade civil*. Revista da Ordem dos Advogados. 1947. Disponível em: <<http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Azeredo.pdf>> Acesso em: 22 de janeiro de 2011.

24Artigo 1.134º do C. Civil Francês. “As convenções legalmente escritas tem força jurídica para aqueles que a fizeram. Elas só podem ser revogadas por mútuo consentimento ou por causas autorizadas pela lei. Elas devem ser executadas de boa fé. (Tradução Livre) Code Civil. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=A69C76E711C8C652BD5AC77E1798E124.tpdjo03v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006150240&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20110401>> Acesso em: 22 de janeiro de 2011.

25VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em Geral*. Vol.II,p.236

colha do contrato, do contratante e do conteúdo) para assim poder estabelecer os parâmetros do contrato e as suas devidas obrigações.

b) Princípio da Força Obrigatória ou princípio da confiança - *Pact sunt servanda* – é derivado do princípio da autonomia da vontade, consagrado no artigo 1.134º do Código Civil Francês que, por permitir a expressão da vontade dos seus contratantes, tem força de lei para as partes, não sendo permitido à sociedade nem ao Poder Judiciário desfazer-se dele. Nesse mesmo sentido, “ é com efeito, a proteção da legítima expectativa criada pelo recebimento da proposta contratual no espírito do destinatário que explica a irrevogabilidade dela pelo proponente durante o período razoavelmente reservado à reflexão e decisão deste”²⁶.

Este princípio vincula os contratantes à obrigação de respeitar e conduzir o acordo com base nos termos contratados, proibindo a sua alteração sem prévio acordo.²⁷

c) Princípio do Consensualismo - Exige apenas o acordo de vontade, o consenso para que o contrato exista, não requerendo uma forma especial para sua constituição. Esta forma nova de interpretação do direito moderno, contraria os pensamentos jurídicos antigos, que exigiam a obediência a de determinada forma ritual.²⁸ Este é o princípio que domina no direito moderno

d) Princípio da Boa-fé - Baseado nos deveres acessórios da conduta²⁹, presente em todas as fases processuais de uma relação contratual, funda-se na obrigação de agir com base nos padrões da probidade, evitando ferir a confiança da outra parte no acordo de negócios. Onde o credor e o devedor devem

26VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em Geral*. Vol.II, p. 237

27Cfr. Art. 230º do Código Civil Português. *Ob. Cit.*

28AMAD, Emir Iscandor. *Contratos de Software “Shrinkwrap Licenses” e “Clickwrap Licenses”*. p. 28

29LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. Vol.II, 7ªed. Almedina. p. 148-149.

provir de boa fé com lealdade e correção.³⁰ Conforme Catalan³¹, “ a boa-fé objetiva é princípio de magnitude ímpar no cotidiano das relações jurídicas, devendo necessariamente estar presente em todos os negócios jurídicos nascidos da livre vontade manifestada pelas partes.”

e) Princípio da Supremacia da Ordem Pública - Também definido como função social do Contrato, foi trazido para o ordenamento jurídico brasileiro pelo Código Civil Brasileiro em seu artigo 421: “A liberdade de contratar será exercida nos limites e em razão da função social do contrato”. Para Amand³², este princípio visa respeitar a dignidade dos contratantes através da proibição de cláusulas contratuais que ofenda a moral, o bom costume e a ordem pública, respeitando assim, os interesses da sociedade.

f) Princípio da Relatividade dos Contratos - *Res inter alios acta, aliis neque nocet neque potest*, este princípio deriva da autonomia contratual, que permite às partes escolher seus interesses, obrigando-as a não causar prejuízo e nem favorecer terceiros. Entretanto, podem ocorrer certas situações, que os efeitos deste contrato podem afetar indiretamente os interesses de terceiros que não realizaram o contrato³³.

As licenças de uso classificam, quanto ao seu tipo:³⁴

Licença de *software*-proprietário:

1) *Shareware* -São tipos que permitem ao usuário usufruir do *software* por um período de experiência (geralmente 30 dias, podendo também alcançar 90 dias, dependendo das suas

30TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 7ªed. Coimbra Editora. Coimbra. p. 15

31CATALAN, Marcos Jorge. *Descumprimento Contratual*. p.75

32AMAND, Emir Iscandor. *Contratos de Software “Shrinkwrap Licenses” e “Clickwrap Licenses”*. p. 27

33AMAND, Emir Iscandor. *Contratos de Software “Shrinkwrap Licenses” e “Clickwrap Licenses”*. p. 31

34Cfr. PIMENTEL, Luiz Otávio; AREAS, Patrícia de Oliveira. *Manual básico de contratos de software e negócios relacionados*. Florianópolis: Sistema Federação das Indústrias do Estado de Santa Catarina: IEL, 2009. p.76.

cláusulas contratuais). Após este tempo de “teste” poderá o usuário desinstalar o *software* ou adquirir a licença, por tempo indeterminado ou por prazo estipulado pelo licenciante.

2) *Freeware* - São tipos de licença gratuitos, sem tempo determinado.

b) Licença de *software* livre - o código-fonte é aberto, permitindo ao usuário alterar, executar, copiar, estudar, modificar, distribuir, aperfeiçoando o programa. Esta licença não é especificamente gratuita, a diferença é que ela tem o código-fonte aberto, que permite essas alterações.

5. LEGISLAÇÃO DOS CONTRATOS DE LICENÇA DE USO DE *SOFTWARE*³⁵

5.1. LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL³⁶

5.1.1. CONVENÇÃO DE BERNA PARA A PROTEÇÃO DAS OBRAS LITERÁRIAS E ARTÍSTICAS

CONVENÇÃO DE BERNA para a proteção das obras literárias e artísticas, de 9 de setembro de 1886, completada em Paris a 4 de maio de 1896, revista em Berlim a 13 de novembro de 1908, completada em Berna a 20 de março de 1914, revista em Roma a 2 de junho de 1928, em Bruxelas a 26 de junho de 1948, em Estocolmo a 14 de julho de 1967 e em Paris a 24 de julho de 1971.³⁷

35Sabemos que a natureza jurídica do programa de computador e do software é considerada direito autoral e imaterial. Reguladas pela Convenção de Munique e pela Convenção de Berna.

36Cfr: Repertório de Legislação sobre Direito de propriedade intelectual. UNIÃO EUROPEIA - 17.20 *Repertório de Legislação Comunitária em vigor*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/legis/20090401/chap1720.htm>>. Acesso em: 21 de Janeiro de 2011.

37UNIÃO EUROPEIA. *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*. In: World Intellectual Property Organization - WIPO. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs_wo001.html> Acesso em 22 de Janeiro de 2011.

No século passado, existia uma dificuldade na proteção dos direitos de propriedade industrial nos países, devido às diferentes Leis existentes em cada país. Quando era necessária a solicitação de uma patente, esta era feita em cada país como forma de proteção, já que não existia uma legislação que alcançasse todos os países.

Em 1873, o Império Austro-Húngaro convidou vários países para participar de uma exposição de invenções em Viena, e tiveram problemas decorrentes da falta de interesse dos expositores em apresentar suas invenções, por causa da falta de uma Legislação que protegesse essas invenções. Isso levou ao surgimento de duas proteções:

1º) A criação de uma Lei Austríaca que garantia essa proteção temporária no decorrer da exposição.

2º) Convocação do Congresso de Viena, em 1873, para elaboração dos princípios basilares para proteção internacional do sistema de patentes.

Como consequência, foi convocada em 1878 um Congresso Internacional em Paris, para decidir uma legislação uniforme sobre a proteção da propriedade industrial. Em 1880, ocorreu outra Convenção em Paris que terminou por aprovar um projeto de convenção cuja essência são ainda hoje as principais características da Convenção de Paris. Em 1883, foi aprovada a Convenção de Paris e assinada a Proteção da Propriedade Industrial. De tempos, em tempos esta Convenção é revisada (1897, 1900, 1911, 1967, 1971).

A partir de 1967, a Convenção passou a ter as recomendações e princípios orientados pelo modelo elaborado pelo *World Intellectual Property Organization* - WIPO, no início com a cooperação da UNESCO, que disponibilizou orientações aos Governos de como resolver os desafios surgidos com as novas tecnologias.³⁸

38Cfr. *WIPO Handbook on Intellectual Property*. Chapter 5 - International Treaties and Conventions on Intellectual Property. The Paris Convention for the Protection of

Those recommendations, guiding principles and model provisions were based, in general, on interpretation of existing international norms, particularly the Berne Convention (for example, concerning computer programs, databases, "home taping," satellite broadcasting and cable television). But they also included some new standards (for example, concerning distribution and rental of copies).³⁹

Anterior à Convenção de Berna, aconteceu a Convenção de Munique, que foi a primeira proteção jurídica existente sobre Concessão de Patentes Europeias - CPE, assinada em 5 de Outubro de 1973 e entrando em vigor em 7 de Outubro de 1977. No entanto, esta Convenção excluiu a proteção a programas de computadores do âmbito da Concessão de Patentes Europeias como podemos ver no seu artigo 52°.

Artigo 52.º Invenções patenteáveis

1 - As patentes europeias são concedidas para as invenções novas que implicam uma actividade inventiva e são susceptíveis de aplicação industrial. 2 - Não são consideradas como invenções no sentido do parágrafo 1 particularmente: c) Os planos, princípios e métodos no exercício de actividades intelectuais, em matéria de jogo ou no domínio das actividades económicas, assim como os *programas de computadores*; ⁴⁰ (*grifo nosso*)

5.2. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

5.2.1. LEI 9.610 DE 18 DE FEVEREIRO DE 1998 (LEI DOS DIREITOS AUTORAIS)⁴¹

Industrial Property. P. 262 In: WIPO. Disponível em: <<http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/index.html>> Acesso em: 22 de Janeiro de 2011.

39Cfr. *WIPO Handbook on Intellectual Property.. Ob.Cit.* p. 269

40PORTUGAL. *Decreto n.º 52/91* - Aprova para ratificação a Convenção de Munique sobre a Patente Europeia. Diário da República n.º 199/91, Série I-A, de 30 de Agosto de 1991. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/EPO/convencao-munique-patentes-PT.htm>> Acesso em: 21 de Janeiro de 2011.

41BRASIL. *Lei n° 9.610*, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9610.htm>> Acesso em: 23 de Janeiro de

O artigo 7º, inciso XII, §1º da Lei 9.610/98 conceitua os programas de computador como “obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro(...)”. Esta obra intelectual será “objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.”

5.2.2. LEI 9.609 DE 19 DE FEVEREIRO DE 1998 (LEI DO SOFTWARE E SEU DECRETO REGULAMENTADOR)⁴²

O Contrato de Licença de Uso de *Software* é regido pelo Capítulo IV - Dos Contratos de Licença de Uso, de Comercialização e de Transferência de Tecnologia da Lei 9.609/98 (Lei de Programa de Computador (*Software*) a partir do artigo 9º a 14:

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

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

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

§ 1º Serão nulas as cláusulas que:

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

2011.

42BRASIL. *Lei nº 9.609*, de 19 de Fevereiro de 1998, Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9609.htm>> Acesso em: 27 de Janeiro de 2011.

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

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

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

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

O § 5º do Capítulo II - Da Proteção dos direitos do autor e do registro afirma:

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

Este parágrafo suscita-nos alguns questionamentos referentes ao licenciante:

Cabe a este passar a utilizar o contrato de locação para os seus contratos de *softwares* ou continuar a utilizar o contrato de licença apresentado no artigo 9º? Em primeiro lugar, devemos observar que a natureza jurídica do *software* é de bem imaterial, sendo protegido pela Lei dos Direitos Autorais que o considera como obra literária, assim, um bem infungível que não pode ser substituído. No entanto, o *software* que é disponibilizado ao usuário é uma aplicação para instalação em seu computador e não o código fonte, o que permite ser substituído quando necessário, passando assim a ser considerado bem fungível.

Neste sentido, o art. 565 do Código Civil Brasileiro proíbe a sua locação ao estabelecer: “Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa *não fungível*, mediante certa retribuição.” (*grifo nosso*)

Assim, entendemos que dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o *software* somente poderá ser objeto de contrato de cessão ou licença de uso.

5.3. LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

A expressão contrato de licença aparece pela primeira vez na Legislação Portuguesa, nos artigos 32º, nº 3 e 9, e 264º do Código de Propriedade Industrial:

Artigo 32.º

Licenças contratuais

3. O *contrato de licença* está sujeito a forma escrita.

9. Se a concessão de sublicenças não estiver prevista no *contrato de licença*, só pode ser feita com autorização escrita do titular do direito.

Artigo 264.º

Licenças

O titular do registo de marca pode invocar os direitos conferidos pelo registo contra o licenciado que infrinja qualquer cláusula, ou disposição, do *contrato de licença*, em especial no que respeita ao seu prazo de validade, à identidade da marca, à natureza dos produtos ou serviços para os quais foi concedida a licença, à delimitação da zona ou território ou à qualidade dos produtos fabricados ou dos serviços prestados pelo licenciado.⁴³ (*grifos nossos*)

5.3.1. DECRETO-LEI N.º 252/94, DE 20 DE OUTUBRO — PROTEÇÃO JURÍDICA DOS PROGRAMAS DE COMPU-

43PORTUGAL. *Decreto-Lei N.º 36/2003, de 05 de Março*. Código de Propriedade Industrial. Disponível em:

<http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=438&tabela=leis>. Acesso em: 10 de Janeiro de 2011.

TADOR

Este Decreto-Lei transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de Maio, relativa ao regime de proteção jurídica dos programas de computador.

O mesmo não trouxe a definição de programas de computador. Para os autores portugueses⁴⁴, essa falta de definição foi proposital, pois Portugal poderia ter seguido o mesmo caminho das transposições realizadas pelos outros Estados-Membros e ter, assim, inserido na ordem jurídica portuguesa o n.º 1 do art. 1.º da Diretiva n.º 91/250/CEE⁴⁵, através da sua inclusão no artigo 2.º do Código do Direito do Autor e Direitos Conexos - CDADC.

Oliveira Ascensão⁴⁶ adverte que esta transposição “seria errada”, pois a Diretiva impõe um “regime e não qualificações”, o programa de computador exige um tratamento autónomo, mesmo que este tratamento seja igual aos fornecidos às obras literárias.

Souza da Câmara⁴⁷ afirma que “o programa escapa à noção de obra, pois, ao se afastar desta categoria contemplada pela lei, permite à legislação portuguesa negar “a qualificação

44Cfr. ASCENSÃO, Oliveira José. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra ed., 1992. p. 474 ; CÂMARA, Souza Francisco de. *A tributação dos rendimentos do software obtidos por não residentes*. In. Homenagem a José Guilherme Xavier de Basto. Coimbra ed. 2006. p. 208-210. E outros.

45Cfr. “ Artigo 1.º Objecto da protecção - 1. De acordo com o disposto na presente directiva, os Estados-membros estabelecerão uma protecção jurídica dos programas de computador, mediante a concessão de direitos de autor, enquanto obras literárias, na aceção da Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas. Para efeitos da presente directiva, a expressão « programas de computador » inclui o material de concepção.” UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 91/250/CEE* do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0250:PT:HTML>>

Acesso em: 9 de Janeiro de 2011.

46Cfr. CÂMARA, Souza Francisco de. *A tributação dos rendimentos do software obtidos por não residentes*. *Ob. Cit.*

47Ibidem

dos programas de computador como obra,” reservando assim, “o termo “obras” para as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico protegidas pelo CDADC.”

O presente Decreto-Lei definiu o utente legítimo ou outra pessoa, (que possa licitamente, utilizar, carregar, visualizar, executar, transmitir e armazenar o programa), como titular da licença de utilização. Disciplinou os negócios referentes a direitos sobre os programas de computador por meio das regras dos contratos (forma escrita, delimitação territorial e duração por tempo determinado ou indeterminado da licença) e pelas disposições dos contratos típicos em que se integram ou com que ofereçam maior analogia (art.11º). Sendo assim, permitiu ao titular originário, seus sucessores ou transmissários, autorizar a utilização da obra por terceiros, transmitir no todo ou em parte o conteúdo patrimonial do direito de autor sobre essa obra (art. 40º); ser objeto de usufruto, legalmente ou voluntariamente, salvo nos casos de declaração em contrário que exija a autorização do titular do direito de autor para autorizar o usufrutuário a utilizar a obra objeto do usufruto por qualquer forma que envolva transformação ou modificação desta (art. 45º); ser excluído da liquidação se o direito de autor estiver incluído em herança que for declarada vaga para o Estado, aplicado neste caso o regime estabelecido no nº 3 do artigo 1133º do Código de Processo Civil; ir para o domínio público após decorrer dez anos sobre a data da vacatura da herança, caso o Estado não tenha utilizado ou autorizado a utilização da obra; na possibilidade da morte de algum dos autores de obra feita em colaboração, a sua herança deve ser devolvida ao Estado. O direito de autor sobre à obra na sua unidade ficará pertencendo apenas aos restantes(art. 51º); o direito de autor não pode ser adquirido por usucapião (art.55º).

Este Decreto-Lei nos remetem nos à observância do princípio da boa fé⁴⁸ assegurado no art. 227º, nº 1 do Código Civil

48Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. Vol.I,

Português: “Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”⁴⁹ E no art. 762º, nº 2 do referido Código: “No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé,”⁵⁰ como meio de assegurar a tutela da confiança entre o autor de obra e o utente para consecução das finalidades contratuais.⁵¹

Menezes Cordeiro⁵² elenca no rol dos princípios gerais do cumprimento o princípio da boa-fé revestido-o de importância primordial com base no artigo 762º, nº 2 do Código Civil Português⁵³.

5.3.2. DIRETIVA 2009/24/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO DE 23 DE ABRIL DE 2009⁵⁴

Esta Diretiva, relativa à proteção jurídica dos programas

Introdução da Constituição das Obrigações. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 56 - 59. ; CORDEIRO, António Menezes. *Direito das Obrigações*. Vol.I. Lisboa: AAFDL, 1980. p. 117 e ss., “A Boa fé nos finais do Século XX”, Revista da Ordem dos Advogados Ano 56 – Vol. III – Dezembro de 1996. Disponível em: <<<http://www.oa.pt/upl/{68b82e6d-8122-4488-a75e-dc38215d7c9f}.pdf>>> Acesso em: , “Da boa fé no Direito Civil”, Vols. I e II, Coimbra: Almedina, 1984., “*Tratado de Direito Civil Português*.” Vol. I – Parte Geral, Tomo 1, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005. p.399 e ss. TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 7º ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora. p.15. E outros.

49PORTUGAL. *Código Civil Português*. Decreto-Lei nº 47.344 de 25 de Novembro de 1966. Coimbra: Almedina ed. 2006. p.69.

50PORTUGAL. *Código Civil Português*. *Ob. Cit.* p.210.

51Cfr. Artigo 11º do Decreto-Lei N.º 252/94, de 20 de Outubro — Protecção jurídica dos programas de computador. *Ob. Cit.*

52Cfr. CORDEIRO. António Menezes. *Tratado de Direito Civil II*. Direito das Obrigações. Coimbra: Almedina, 2010. p. 31-33.

53“ No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé”

54UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2009/24/CE* do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia. *Ob. Cit.*

de computador, revogou a Directiva 91/250/CEE alterando o seu teor por razões de clareza e racionalidade, buscando assim, eliminar as diferenças existentes na protecção jurídica dos programas de computador ao abrigo das legislações dos Estados-Membros, como forma também de evitar que surjam novas diferenças.

O Considerando nº 12 da presente Directiva definiu a locação de um programa de computador ou uma cópia sua, como a possibilidade de dispor para utilização, por um período pré-estabelecido, visando lucro.⁵⁵

55Cfr. Artigo 1º Objecto da protecção

1. De acordo com o disposto na presente directiva, os Estados-Membros estabelecem uma protecção jurídica dos programas de computador, mediante a concessão de direitos de autor, enquanto obras literárias, na acepção da Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas. Para efeitos da presente directiva, a expressão « programas de computador » inclui o material de concepção.

Artigo 4º Actos sujeitos a autorização

Sem prejuízo do disposto nos artigos 5º e 6º, os direitos exclusivos do titular, na acepção do artigo 2º, devem incluir o direito de efectuar ou autorizar:

c) Qualquer forma de distribuição ao público, incluindo a *locação, do original ou de cópias de um programa de computador.*

Artigo 5º Excepções aos actos sujeitos a autorização

1. Salvo disposições contratuais específicas em contrário, os actos previstos nas alíneas a) e b) do nº1 do artigo 4º não se encontram sujeitos à autorização do titular sempre que sejam necessários para a utilização do programa de computador pelo seu legítimo adquirente de acordo com o fim a que esse programa se destina, bem como para a correcção de erros.

2. O contrato não deve impedir a execução de uma cópia de apoio por uma pessoa que esteja autorizada a utilizar o programa na medida em que tal seja necessário para a sua utilização.

3. Quem tiver direito a utilizar uma cópia de um programa pode, sem necessidade de autorização do titular do direito, observar, estudar ou testar o funcionamento do programa a fim de apurar as ideias e princípios subjacentes a qualquer elemento do programa quando efectuar operações de carregamento, de visualização, de execução, de transmissão ou de armazenamento, em execução do seu contrato.

Artigo 7º Medidas de protecção especiais

1. Sem prejuízo do disposto nos artigos 4º, 5º e 6º, os Estados-Membros tomam medidas adequadas, nos termos das respectivas legislações nacionais, contra as pessoas que pratiquem qualquer dos actos referidos nas alíneas a), b) e c) seguintes:

a) Ponham em circulação uma cópia de um programa de computador, conhecendo ou não podendo ignorar o seu carácter ilícito;

b) Estejam na posse, para fins comerciais, de uma cópia de um programa de compu-

6. NÃO CUMPRIMENTO DO CONTRATO DE LICENÇA DE USO DE *SOFTWARE*.

6.1. NÃO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER NO DIREITO BRASILEIRO.

O contrato de licença de uso de *software* impõe obrigações negativas, que consistem na omissão do licenciado de não transferir, sublicenciar ou ceder a sua licença de uso de *software* para terceiros sob pena de inadimplemento obrigacional. A abstenção lícita é amparada pelo artigo 250 do Código Civil Brasileiro:

Art. 250. Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar.⁵⁶

A obrigação de não fazer consiste no ônus assumido pelo devedor de se abster de algum ato que normalmente poderia praticar, se este não tivesse assumido esta obrigação, com o objetivo de atender o interesse jurídico do credor. Maria Helena Diniz explica que a obrigação de não fazer é uma obrigação negativa de resistência ou oposição que o devedor poderia exercer, se não tivesse obrigado.⁵⁷

tador, conhecendo ou não podendo ignorar o seu carácter ilícito;

c) Ponham em circulação ou estejam na posse, para fins comerciais, de meios cujo único objectivo seja facilitar a supressão não autorizada ou a neutralização de qualquer dispositivo técnico eventualmente utilizado para a protecção de um programa.

2. Qualquer cópia ilícita de um programa de computador poderá ser confiscada nos termos da legislação do Estado-Membro em questão.

3. Os Estados-Membros poderão prever a apreensão dos meios referidos na alínea c) do nº 1. (*grifos nossos*). UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2009/24/CE* do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia. Ob. Cit.

56BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 23 de Janeiro de 2011.

57Cfr. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 2º Vol: Teoria Geral das Obrigações. 22.ed.rev. e atual, de acordo com a Reforma do CPC — São Paulo: Saraiva, 2007.

O incumprimento ou inadimplemento da obrigação de não fazer é verificado, quando ocorre uma desestruturação da “harmonia social”, capaz de levar o credor a utilizar meios judiciais para obrigar o devedor a satisfazer o seu crédito. O não cumprimento do contrato de licença de uso de *software* acontece quando o licenciado pratica uma inexecução voluntária, violando assim o seu dever *nonfacere*, permitindo ao licenciante requerer judicialmente a reposição ao *statu quo ante*, indenização perdas e danos mais juros.⁵⁸⁵⁹

6.2. NÃO CUMPRIMENTO DA PRESTAÇÃO DE FACTO NEGATIVO NO DIREITO PORTUGUÊS.

Antunes Varela define a noção de *cumprimento da obrigação*⁶⁰ como “a realização voluntária da prestação devedora. É a actuação da relação obrigacional, no que toca ao dever de

58Nesse sentido: “Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfazer, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos. Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.” BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de Janeiro de 2002. *Ob. Cit.*

59Assim, o artigo 14 da Lei 9.609 de 19 de Fevereiro de 1998 afirma, que:

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

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

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

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

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

60VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em Geral*. Vol.II, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992. p.7

prestar”. O meio para satisfação do interesse do credor, visto também como uma das causas de extinção do vínculo da obrigação. O mesmo autor nos recorda que na maioria dos casos o incumprimento refere-se à falta de ação realizada pelo devedor, entretanto, o incumprimento pode-se dar em virtude da prática de uma ação que o obrigado deveria se abster. Assim, este define o *não cumprimento da obrigação*⁶¹ como “a situação objetiva de não realização da prestação debitória e de insatisfação do interesse do credor, independentemente da causa de onde a falta procede.”

Menezes Leitão⁶² enuncia a verificação do não cumprimento das obrigações, em sentido natural, quando a prestação devida não acontece ou quando a sua realização, não satisfaz o interesse do credor. Definindo ainda, “o não cumprimento como a não realização da prestação devida por causa imputável ao devedor, sem que se verifique qualquer causa de extinção da obrigação.”⁶³

Menezes Cordeiro⁶⁴, por sua vez, divide o incumprimento das obrigações, em dois tipos: Incumprimento *stricto sensu*, referente ao não cumprimento da prestação principal; Incumprimento em *lato sensu*, referente à falta de observação de quaisquer elementos pertencentes ao devedor ou ao credor, em especial os deveres acessórios da prestação principal. Conceitua o incumprimento como: “a não realização, pelo devedor, da prestação devida enquanto essa não realização corresponda à violação da norma que lhe era especificamente dirigida e lhe cominava o dever de prestar. Isto é: o incumprimento é a não realização da prestação devida, enquanto devida.”⁶⁵

61VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em Geral*. Vol.II, ... p.60

62LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Vol. II, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 235

63Ibidem

64CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. II Direito das Obrigações. Coimbra: Almedina, 2010. p. 103

65Ibidem. p.105

Galvão Telles⁶⁶, por seu turno fala sobre incumprimento definitivo imputável ao devedor, sem decorrer de caso fortuito ou de força maior que o impeça de cumprir, nem por falta de cooperação do credor. “Se a inexecução definitiva é imputável ao devedor, este constitui-se em responsabilidade, tendo de satisfazer ao credor uma indemnização que o compense dos prejuízos sofridos.”

Almeida Costa⁶⁷, sob essa égide, indicou “que ao lado do não cumprimento definitivo e da mora, existe a possibilidade de o crédito ser violado por um cumprimento defeituoso ou imperfeito,” resultando assim, em dano decorrente da deficiência da prestação realizada.

A falta de cumprimento da obrigação funda-se em uma prestação positiva quando falta a ação requerida pelo devedor. E funda-se em uma prestação negativa, quando baseia-se na prática do ato que o obrigado deveria não praticar.

A legislação portuguesa expõe sobre a Execução Específica⁶⁸ da Prestação de Facto Negativa nos artigos 829º e 829-A do Código Civil Português e nos termos previstos nos artigos 941º⁶⁹ e 942º⁷⁰ do Código de Processo Civil. Prescrevendo

66TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra ed, 2010. p. 328.

67 COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12ª ed.Coimbra: Almedina, 2009. p. 1058.

68Quando é feito um ato ou uma obra contrária da obrigação pactuada.

69“Artigo 941.º (Violação da obrigação, quando esta tenha por objecto um facto negativo)

1. Quando a obrigação do devedor consista em não praticar algum facto, o credor pode requerer, no caso de violação, que esta seja verificada por meio de perícia e que o tribunal ordene a demolição da obra que porventura tenha sido feita, a indemnização do exequente pelo prejuízo sofrido e o pagamento da quantia eventualmente devida a título de sanção pecuniária compulsória, conforme ao caso couber.

2. O executado é citado, podendo no prazo de 20 dias deduzir, por embargos, a oposição que tiver, nos termos dos artigos 813.º e seguintes; os embargos quanto ao pedido de demolição podem fundar-se no facto de esta representar para o executado um prejuízo consideravelmente superior ao sofrido pelo exequente.

3. Concluindo pela existência da violação, o perito deve indicar logo a importância provável das despesas que importa a demolição, se esta tiver sido requerida.

que, o devedor, que estiver obrigado a não praticar um ato, vier a praticá-lo, tem o credo o direito de exigir a demolição da obra, se esta tiver sido feita, no entanto se a demolição da obra que pode ser entendido como desinstalação do *software*, gerar um prejuízo superior ao credor, haverá lugar apenas a indenização.⁷¹

4. Os embargos fundados em que a demolição causa ao executado prejuízo consideravelmente superior ao que a obra causou ao exequente suspendem a execução, em seguida à perícia, mesmo que o embargante não preste caução⁷⁰

70“Artigo 942.º (Termos subsequentes)

1. Se o juiz reconhecer a falta de cumprimento da obrigação, ordenará a demolição da obra à custa do executado e a indemnização do exequente, ou fixará apenas o montante desta última, quando não haja lugar à demolição.

2. Seguir-se-ão depois, com as necessárias adaptações, os termos prescritos nos artigos 934.º a 938.º.

71 Quanto a esta rege o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães: “Decidiu o Tribunal a quo que não com o argumento de que, quanto às prestações de facto negativo, a possibilidade de execução está limitada às hipóteses de demolição de obra realizada pelo executado, pelo que, tratando-se no caso dos autos de uma obrigação infungível, restará apenas aos exequentes a possibilidade de recorrerem ao estabelecido no art. 829º-A, do CC. Não cremos que seja assim. E para melhor esclarecimento desta questão importa estabelecer a diferenciação entre as várias modalidades de prestação de factos e os termos em que é possível a sua execução, consabido que esta propõe-se dar ao credor, sempre que possível, o que ele obteria pelo cumprimento voluntário – a realização do facto. No campo do direito das obrigações, face á lei civil – arts. 398º, 828º e 829º, do C. Civil – a prestação de factos pode ser positiva ou negativa. A lei processual civil, refere-se, também, a esta distinção - cfr. arts. 933º e 941º. Ao contrário da prestação de facto que envolve uma conduta positiva (obrigação de *facere*), a prestação de facto negativa ora pode ser representada por um puro não fazer ou abstenção (obrigação de *non facere*), ora por um não fazer associado a um consentir ou tolerar actos do credor ou titular do direito (obrigação de *pati*) Cfr. Antunes Varela, un, “Das Obrigações”, págs. 53 e 54 e Anselmo de Castro, in, “A Acção Executiva Singular, Comum e Especial”, 3ª ed., pág. 383. E, diferentemente da execução para prestação de facto positivo. Em que a execução específica é facultade e não obrigação do credor, a quem é lícito optar sempre, em vez dela, pelo seu equivalente em dinheiro, sendo o facto prestado pelo exequente ou por outrem com quem contrate a sua realização (cfr. art. 828º do C. Civil e art. 933º e segs do C. P. Civil)., no que respeita à prestação de facto negativo e de harmonia com o disposto no art. 829º, n.º1 do C. Civil, a execução é aqui sempre específica, quando haja obra feita em contravenção da obrigação, consistindo na destruição ou demolição da obra. Só no caso de o prejuízo da demolição da obra para o devedor ser consideravelmente superior ao prejuízo que sofre o credor com a sua manutenção é que o direito do exequente consiste unicamente na indemnização -

Constituem os pressupostos da obrigação de indenizar do devedor: a ilicitude, a culpa, o prejuízo sofrido pelo credor, o nexo de causalidade entre o fato e o prejuízo.⁷²

O não cumprimento da prestação de fato negativa do contrato de licença permite ao tribunal, a pedido do credor, com base nos critérios da razoabilidade⁷³, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária, ao credor e ao Estado, com seus devidos juros, à taxa de 5% ao ano, por cada dia de atraso do cumprimento ou por cada infração cometida pelo devedor, conforme a conveniência do caso, sem prejuízo da indenização de que lhe é direito.⁷⁴⁷⁵

cfr. nº 2 do citado art. 829º e art. 941º, n.º4 do C. P. Civil..Mas isto não significa, tal como defendeu o Tribunal a quo, que a possibilidade de execução para prestação de facto negativo fique restringida única e exclusivamente aos casos em que haja lugar à destruição ou demolição da obra. É que, conforme já se deixou dito, as prestações de facto negativas podem apresentar-se não só sob a forma de pura omissão, mas também sob a forma de uma tolerância ou deixar fazer. E num e noutro caso, é sempre possível a execução, caso contrário não se respeitaria o princípio da obrigatoriedade de acatamento das decisões judiciais.” Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães nº 1897/03-1 de 19-11-2003, EXECUÇÃO PARA PRESTAÇÃO DE FACTO, Relatora Rosa Tching. Disponível em: <<<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/0/1bc11151be830de380256e940049f4c8?OpenDocum ent>>> Acesso em: 27 de janeiro de 2011.

72Cfr. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol.II...p. 93

73Neste sentido: “O juiz é soberano na escolha da modalidade da sanção que for mais conveniente às circunstâncias do caso, mas determinará a que em concreto mais incite o devedor a cumprir a obrigação que deve e a respeitar a injunção judicial (J. Calvão da Silva, ob. cit., 415//416). A lei não estabeleceu limites mínimos e máximos dentro dos quais o juiz se deva mover na determinação do valor da sanção (ob.cit., 418). Ao referir-se no n.º 2 do artigo a <<critérios de razoabilidade>> o legislador formulou um convite à colaboração do juiz segundo a equidade (ob. cit., 420). A sanção não exige, para ser decretada, culpa do devedor (ob. cit. , 421, nota 764).” NETO, Abílio. Código Civil Anotado. 16ª ed. revista e atualizada. Lisboa: Ediforum, 2009. p.800

74Segundo Pinto Monteiro:”O credor pode lançar mão da providência deste artigo sem que a isso obste a cláusula de exclusão da responsabilidade (A. PintoMonteiro, Cláusulas limitativas, 1985, 203). Este artigo consagrou a sanção pecuniária compulsória, que é um meio de coerção destinado a assegurar, simultaneamente, o cumprimento das obrigações e o prestígio da justiça (A. Pinto Monteiro, *ROA*, 46.0 - 763).”NETO, Abílio. Código Civil Anotado. 16ª ed. revista e atualizada. Lisboa: Ediforum, 2009. p.800

Neste sentido entendemos que o incumprimento do contrato de licença de uso de *software* acontece quando o licenciado viola as obrigações negativas, através de práticas ilícitas, gerando a responsabilidade obrigacional, podendo dar lugar à resolução do contrato ou a uma indenização pelos danos gerados. O não cumprimento da prestação de facto negativo, traduz-se na violação as obrigações de *non facere*, trazendo como consequência a responsabilidade obrigacional de indenizar o credor pelos danos causados.

Sobre a responsabilidade obrigacional Galvão Telles⁷⁶ nos adverte sobre a “possibilidade” do devedor ficar constituído em responsabilidade perante o credor, se este deixar de realizar a prestação pontualmente. Essa possibilidade é subjetiva, pois a mesma pode ser uma suposição.

Visto que, não basta apenas o não cumprimento da obrigação é necessário vários outros requisitos como a culpa, os prejuízos e a causalidade. Mas no que diz respeito ao não cumprimento da obrigação Galvão Telles questiona: “E que dizer da inexecução da obrigação? Já vimos que sobre o demandante

75No contexto do presente estudo, citamos o sumário do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa.

“Sumário:

I - Os programas para computador (“software”), visto serem criações intelectuais do domínio científico, gozam de protecção legal na ordem jurídica portuguesa.

II - É proibida a reprodução dos programas comercializados pelos produtores, ainda que tais reproduções se destinem a ser instaladas em computadores - clientes de um computador central da mesma organização.

III - No nosso ordenamento jurídico, vigora o princípio da legalidade das formas processuais, designadamente, no que tange às providências cautelares.

IV - A providência cautelar não especificada é o meio processual próprio para apreensão de programas de computador, em ordem, não só a garantir a prova material de lesão dos direitos do criador, mas, e sobretudo, para evitar a continuação de lesão dos seus direitos de autor.” Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/b53d250337c005f6802568030003e40f?OpenDocument&Highlight=0,programas,de,computador>>

Acesso em: 26 de Janeiro de 2011.

76Cfr. TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações...* p. 331 - 333

recai o ónus de convencer o tribunal de que a obrigação se constitui (e era ele o credor). Mas quanto à inexecução em si? Cabe ao credor prová-la? Ou cabe ao devedor provar o facto contrário, ou seja, a execução?” Para ele nas obrigações negativas, presumi-se que o devedor cumpriu a sua obrigação, abstendo-se da prática do ato que estava impedido de realizar. Entretanto, cabe ao credor provar que o devedor não cumpriu a sua obrigação por meio da realização do ato que estava impedido de praticá-lo.⁷⁷

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Grande parte dos usuários de software não analisam minuciosamente os contratos de licença de uso ao adquiri-los. Assinam ou marcam o “aceitar” no momento da sua instalação, dando assim o seu consentimento, sem lerem às cláusulas. O que acaba implicando em uma vinculação legal àquele contrato. Muitos por ansiedade para instalarem o software e assim usufruírem dos seus benefícios, outros por falta de conhecimentos técnicos jurídicos referentes os termos citados.

Essa falta de conhecimento não é primazia dos usuários comuns, “medianos”, mas também atinge os empresariais e corporativos. No entanto a reprodução de um programa de computador sem o consentimento expresso do seu titular de direitos autorais que autoriza a sua utilização por meio do fornecimento de uma licença de uso configura o não cumprimento do contrato de licença de uso de software.

No caso concreto analisado ...

1. Apesar de a Ré alegar que, para satisfazer o seu fim social, era necessária a distribuição do *software* entre suas sócias-quotistas, ela é uma empresa com personalidade jurídica, que tem patrimônio, nome, nacionalidade e domicílio próprio diferente das demais.

77Cfr. TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações...* p. 334-335.

2.No momento da celebração do contrato não foi inserido o nome das demais empresas sócias e nem estipulada a autorização para instalação em outros computadores.

3.O valor pago pelo licenciado equivale somente a uma licença que permitiu a instalação apenas em dois computadores. A licença tem, como característica ser intransferíveis e de utilização única, podendo sim, ser transferida, quando permitir sua instalação em diversos outros computadores, o que, neste caso, não aconteceu, pois ela somente permitia a instalação em dois computadores. O contrato celebrado continha ainda a vedação de cessão, alienação ou distribuição do *software*. Caso o licenciado desejasse instalar o *software* em outros computadores deveria ter adquirido outras licenças, para distribuir às suas sócias-quotistas.

4.Entendemos ser sujeito credor da prestação apenas a Ré, que tem sua personalidade jurídica diferente do grupo das outras universidades que fazem parte da sua rede, pois cada universidade tem uma personalidade jurídica própria, não se confundindo com a personalidade da Ré. As outras universidades poderiam usufruir como sujeitos credores do contrato se tivessem inseridas no contrato. Como não ocorreu essa citação, não podemos falar em pluralidade de sujeitos credores. No entanto, se a associação de empresa tivesse sido configurada como um *Joint Venture*⁷⁸, uma figura contratual do *Common Law* que permite a utilização de meios e recursos comuns a suas sócias, para atingir seus lucros, e somente a partir da reunião das associadas, passa a possuir personalidade jurídica diversa das suas próprias personalidades, esta prática poderia ser revestida de licitude.

78Sobre o tema: CARVALHO, Patrícia. *Joint Venture - Uma visão econômica-jurídica para o desenvolvimento empresarial*. Curitiba. Juruá: 2003. p.60; BASSO, Maristela. *Joint Venture – Manual Prático das Associações Empresariais*. 3ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado.2002. p. 43; PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de Empreendimento Comum (joint-venture) em Direito Internacional Privado*. Lisboa. Almedina: 2003. p.97 e segs; Entre outros.

5.O valor indenizatório pedido pelo Autor tem com base o artigo 103, da Lei 9.610/98 que afirma quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos. Sobre este valor indenizatório, o Ministério da Cultura do Brasil disponibilizou, para consulta pública, uma minuta do Anteprojeto⁷⁹ que revisa a Lei 9.610/98, que teve entre os artigos que serão revisados, uma alteração do seu artigo 103, que acrescentou ao texto do seu parágrafo único, a palavra “até” após a preposição “de”. Pretende com essa revisão estipular o valor de três mil exemplares como limite máximo de sanção e não mais como valor fixo estipulado. Como podemos observar no Acórdão, o Superior Tribunal de Justiça já está decidindo com base neste entendimento e impondo valores menores nas suas decisões.

6.O contrato de licença de uso *software* está inserido na doutrina portuguesa, no âmbito dos contratos de troca para uso de coisa incorpórea, como melhor define Ferreira de Almeida⁸⁰

7.O contrato de licença de uso de *software*, cuja natureza é intelectual e imaterial, tem relação direta com os direitos do autor e direitos conexos, alargando os direitos do autor aos direitos morais, patrimoniais e de paternidade sobre a obra que criou.

8.Os direitos preservados do autor do programa de computador, nos contratos de licença de uso de *software*, no tocante do seu aspecto moral e à criação pessoal, equiparam-se aos

79Cfr. BRASIL. *Lei 9610/98 - Atualizada com as mudanças da Minuta de Anteprojeto de Lei que está em Consulta Pública*. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/lei-961098-consolidada/>> Acesso em: 9 de Janeiro de 2011.

80ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos II*. Coimbra: Almedina ed, 2007. p. 220-221.

direitos da personalidade, permitindo assim, ao autor impedir abusos de terceiros sobre os seus bens.

9.As violações aos direitos do autor, ou neste caso do licenciante, permite-lhe, requerer em juízo o desfazimento da prática ilícita, cumulada com indenização por danos morais e patrimoniais.



8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos II*. Coimbra: Almedina ed, 2007
- ASCENSÃO, Oliveira José. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra ed., 1992.
- AMAND, Emir Iscandor. *Contratos de Software “Shrinkwrap Licenses” e “Clickwrap Licenses”* - Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BASSO, Maristela. *Joint Venture – Manual Prático das Associações Empresariais*. 3ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado.2002
- BRASIL. *Recurso Especial nº 1.127.220-SP(2009/0043167-9) de 19/08/2010* da Terceira Turma do Supremo Tribunal de Justiça, Relator Sidnei Beneti. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200900431679&dt_publicacao=19/10/2010
- BRASIL. *Lei nº 9.609, de 19 de Fevereiro de 1998*, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9609.htm>
- BRASIL. *Lei nº 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998*. Altera,

- atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9610.html>
- BRASIL. *Lei nº 9.609*, de 19 de Fevereiro de 1998, Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9609.htm>
- BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>
- CÂMARA, Souza Francisco de. A tributação dos rendimentos do software obtidos por não residentes. *In. Homenagem a José Guilherme Xavier de Basto*. Coimbra ed. 2006.
- CARVALHO, Orlando de. "Os direitos de personalidade de autor", *In. II Congresso Ibero - Americano de Direito de Autor e direitos Conexos. Num novo mundo do direito de autor? Tomo II*. Lisboa, 15-18 Novembro de 1994. 1ª ed. Lisboa: Cosmos, 1994.
- CARVALHO, Patrícia. *Joint Venture - Uma visão econômica-jurídica para o desenvolvimento empresarial*. Curitiba. Juruá: 2003
- CATALAN, Marcos Jorge. *Descumprimento Contratual*. São Paulo: Juruá. 2005
- CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Software: Lei, comércio, contratos e serviços de informática*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2000.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Volume II Direito das Obrigações. Coimbra: Almedina, 2010.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 2º Vol: Teoria Geral das Obrigações. 22.ed.rev. e atual, de

- acordo com a Reforma do CPC — São Paulo: Saraiva, 2007.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Vol. II, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- MOTA, Mauricio. *A boa-fé nos contratos de licença de uso de software*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Curitiba, vols. 11/12, anos 2003/2004.
- NETO, Abílio. *Código Civil Anotado*. 16a ed. revista e atualizada. Lisboa: Ediforum, 2009.
- PERDIGÃO, José de Azeredo. O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas limitativas da responsabilidade civil. Revista da Ordem dos Advogados. 1947. Disponível em:
<<http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Azeredo.pdf>>
- PEREIRA, Alexandre L. Dias. *Programas de computador, sistemas informáticos e comunicações electrónicas: Alguns aspectos jurídico-contratuais*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 59, III, Dezembro 1999, Lisboa
- PEREIRA, Elizabeth Dias Kanthack. *Proteção Jurídica do Software no Brasil*. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- PIMENTEL, Luiz Otávio; AREAS, Patrícia de Oliveira. *Manual básico de contratos de software e negócios relacionados*. Florianópolis: Sistema Federação das Indústrias do Estado de Santa Catarina: IEL, 2009.
- PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de Empreendimento Comum (joint-venture) em Direito Internacional Privado*. Lisboa. Almedina: 2003
- PORTUGAL. *Decreto-Lei N.º 36/2003, de 05 de Março*. Código de Propriedade Industrial. Disponível em:
<http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=438&tabela=leis>
- PORTUGAL. *Decreto n.º 52/91* - Aprova para ratificação a Convenção de Munique sobre a Patente Europeia. Diário da República n.º 199/91, Série I-A, de 30 de Agosto de

1991. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/EPO/convencao-munIQUE-patentes-PT.htm>
- PORTUGAL. *Código Civil Português*. Decreto-Lei nº 47.344 de 25 de Novembro de 1966. Coimbra: Almedina ed. 2006
- PORTUGAL. *Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa*. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/b53d250337c005f6802568030003e40f?OpenDocument&Highlight=0,programas,de,computador>
- The American Heritage® Science Dictionary*. Source location: Houghton Mifflin Company. <http://dictionary.reference.com/browse/software>. Available: <http://dictionary.reference.com>.
- UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 91/250/CEE* do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0250:PT:HTML>
- UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2009/24/CE* do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 23 de abril de 2009. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. L 111/16. 5.5.2009. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:111:0016:0022:PT:PDF>
- UNIÃO EUROPEIA. *17.20 Repertório de Legislação Comunitária em vigor*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/legis/20090401/chap1720.htm>
- UNIÃO EUROPEIA. *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*. In: Word Intellectual Property Organization - WIPO. Disponível em: http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs_wo001.html

- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em Geral*. Vol.II, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Vol. 3. Dos contratos em espécie*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- VIEIRA, José Alberto. *Notas gerais sobre protecção de programa de computador em Portugal*. In: *Direito da Sociedade da Informação Vol.I*, Coimbra: 1999.
- ZANIOLO, Pedro Augusto. *Crimes Modernos - O impacto da Tecnologia do Direito*. 1. ed. Curitiba: Jurúa, 2011.
- WIPO Handbook on Intellectual Property*. Chapter 5 - International Treaties and Conventions on Intellectual Property. The Paris Convention for the Protection of Industrial Property. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/index.html>