

FACER - FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE
RUBIATABA
CURSO DE DIREITO

DANIEL JOSÉ PRADOS SILVA

PROTEÇÃO JURÍDICA DOS SOFTWARES

**RUBIATABA - GO
2008**

FACER - FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE
RUBIATABA
CURSO DE DIREITO

DANIEL JOSÉ PRADOS SILVA

PROTEÇÃO JURÍDICA DOS SOFTWARES

Monografia apresentada a Facer - Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do professor Luciano do Valle.

**Rubiataba – Goiás
2008**

FOLHA DE APROVAÇÃO

DANIEL JOSÉ PRADOS SILVA

PROTEÇÃO JURÍDICA DOS SOFTWARES

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRADUADO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

Resultado: _____

Orientador _____
Pós Graduação em Direito Civil/ Luciano do Valle

2º Examinador _____
Mestre em Sociologia/ Geruza Silva de Oliveira

3º Examinador _____
Mestre em Direito Agrário/Roseane Cacalcante de Souza

Rubiataba, 2008

Dedico primeiramente a minha família e a todos que acreditaram na minha capacidade de concluir mais essa jornada.

RESUMO

Através deste presente trabalho tem-se como objetivo primordial apresentar a Proteção Jurídica Dos Softwares, tendo uma forte ascensão tecnológica, incidida especialmente nas últimas duas décadas, na qual houve a necessidade de ajustamento do ordenamento jurídico às novas exigências sociais, procurando preencher lacunas inventadas por um fato que há pouco não existia. Com o marcante comparecimento do domínio do software como fator de desenvolvimento econômico das nações, a formulação de um ordenamento se fez necessário. Portanto, muitos são os mecanismos de regulamentação sugeridos, que vão desde as modalidades de proteção à propriedade intelectual hoje conhecida, até as formas sui generis de proteção, sendo que cada país procura a legislação que mais possa adequar às suas precisões e pretensão de desenvolvimento, enquanto que os organismos internacionais buscam a uniformização legislativa mundial. Entre as formas de proteção sugeridas, pode-se identificar os direitos autorais, as patentes e formas sui generis, como a aceita no direito nacional e pelo direito francês. Cada uma traz múltiplos benefícios, porém tropeçam em pontos de grandes discussões. Precisamente pela deficiência de pontos pacíficos sobre o tema é que este tema se faz indispensável. Pois procura-se traçar as principais repercussões jurídicas das modalidades, é que o direito poderá responder aos anseios sociais, exercendo a sua finalidade.

Palavras-chave: Proteção, Softwares, Direitos autorais e Legislação

ABSTRACT

Through this present work has themselves as primary objective to make Legal Protection Of Software, with a strong technological rise, especially in the last two decades, in which there was a need to adjust the law to new social demands, seeking fill gaps created by a fact that just did not exist. With a striking show of the field of software as a factor of economic development of nations, the formulation of an order was necessary. So many are the mechanisms of regulation suggested, ranging from the procedures for protecting intellectual property now known, until the sui generis forms of protection, with each country seeking legislation that would further precisions and adapt to their claim of development, while international organizations seeking to standardize legislative world. Among the suggested ways of protection, you can identify the copyright, patents and ways sui generis, as accepted in national law and by French law. Each one brings many benefits, but stumble on major points of discussions. Given the deficiency of peaceful points on the subject is that this issue is essential. Because it aims to outline the main legal repercussions of ways, is that the law might respond to social concerns, exercising their purpose.

Words-key: protection, software, and Copyright Law

LISTA DE SIGLAS

CC - Código Civil

CLT - Consolidação das Leis Trabalhistas

INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial

OMPI - Organização Mundial da Propriedade Intelectual

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	
1 CRIAR E PROTEGER OS SOFTWARES	
1.1 Conceitos	
1.2 O registro no Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI.....	
1.3 Patente X Registro.....	
1.4 Proteção dos Softwares.....	
2 DIREITOS AUTORAIS	
2.1 Histórico do Surgimento dos Direitos Autorais.....	
2.2 Adaptação da Legislação dos Direitos Autorais Aplicadas à Proteção do Software.....	
2.3 A Lei de Software – Lei 9.609/98.....	
2.4 A Lei de Software Lei 9.610/98.....	
2.5 As Infrações e as Penalidades.....	
2.6 Opositores a Proteção dos Direitos Autorais.....	
3 O SOFTWARE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	
3.1 A Lei Brasileira.....	
3.2 A Proteção Legal e Regulamentação do Software.....	
3.3 Transferência da Propriedade.....	
3.4 Tipos de Contratos Existentes no Brasil.....	
4 A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS SOFTWARES FREWARE, SEMI-FREWARE E SHAREWARE	
4.1 Software Freeware.....	
4.2 O Direito de Uso e os Critérios de Definição do Software Freeware.....	
4.3 Software Semi-freeware.....	
4.4 Direito de Uso do Software Semi-Freeware.....	
4.5 O software shareware.....	
4.6 O Direito de Uso do Software shareware.....	
CONSIDERAÇÕES FINAIS	
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	

INTRODUÇÃO

Vem-se através deste, mostrar o tema trabalhado no discorrer desta monografia, a Proteção dos Softwares Jurídicos, ver-se que a preocupação neste trabalho foi explanar o que as tantas Leis dizem, o que elas tem a capacidade de ocasionar em obrigações aos seus criadores com aos consumidores, o que elas produzem de proteção aos profissionais; o que elas podem ainda melhorar; e onde é deve-se ter mais precaução para evitar problemas.

O objetivo deste trabalho é apresentar informações aos que estudam estas Leis e, além disso, proporcionar aos profissionais nesta área de softwares um pouco mais segura e tranqüila no período das contratações.

Justifica-se a escolha deste tema pela grande procura de softwares na internet e pela pirataria que ronda os criadores e principalmente por ter um enorme interesse pessoal pelo tema abordado.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliografia e exploratória, fazendo uso do método qualitativo.

A pesquisa exploratória tem como objetivo principal o aprimoramento de idéias ou a descoberta de intuições. O objetivo da Pesquisa Exploratória é o aprimoramento de idéias ou a descoberta de intuições. Seu planejamento é, portanto, bastante flexível, de modo que possibilite a consideração dos mais variados aspectos relativos ao fato estudado.

Pode-se dizer que o estudo possui um cunho qualitativo que, para Minayo (2003, p. 16-18) é o caminho do pensamento a ser seguido. Ocupa um lugar central na teoria e trata-se basicamente do conjunto de técnicas a ser adotada para construir uma realidade. A pesquisa é assim, a atividade básica da ciência na sua construção da realidade.

Percebe-se que a pesquisa qualitativa preocupa-se com as questões particulares, ocupando-se com os significados, motivações, aspirações, atitudes, hábitos entre outros. Essa abordagem busca compreender o significado e o intencionalismo das ações e relações humanas

A principal forma de coleta de dados é a pesquisa bibliográfica (livros, artigos, sites, entre outros), que certamente é utilizada para todos os tipos de pesquisa.

A pesquisa bibliográfica é o passo inicial na construção efetiva de um protocolo de investigação, quer dizer, após a escolha de um assunto é necessário fazer uma revisão bibliográfica do tema apontado. Essa pesquisa auxilia na escolha de um método mais apropriado, assim como num conhecimento das variáveis e na autenticidade da pesquisa.

Um dos principais objetivos da escolha da pesquisa bibliográfica é que por ela pode-se conhecer as diferentes contribuições científicas disponíveis sobre determinado tema e atualização do pesquisador, evitando-se duplicação de pesquisas.

A monografia está dividida em quatro capítulos:

O primeiro capítulo foi abordado o tema criar e proteger os softwares, sobre seus conceitos e diferenças entre patentes e registros de softwares.

No segundo capítulo fala-se sobre os direitos autorais do software, o qual o ramo jurídico é destinado a regular os direitos resultantes.

Em seqüência com o terceiro capítulo tem-se como objetivo principal apresentar o software no código civil brasileiro, a proteção do software no direito brasileiro.

Finalizando com o quarto capítulo veremos qual a proteção jurídica dos softwares freeware, semi-freeware e Shareware, e quais são seus principais diferenciais.

1 CRIAR E PROTEGER OS SOFTWARES

Ao dar início neste primeiro capítulo será primeiramente abordado o tema criar e proteger os softwares, sobre seus conceitos e diferenças entre patentes e registros de softwares.

1.1 Conceitos

De acordo com Santos (2007)¹, o conceito do software na legislação brasileira ainda não foi definido oficialmente. No art. 43 da Lei n. 7.232 de 29 de outubro de 1984, o software seria a soma do programa de computador e de sua documentação técnica associada. No entanto, o art. 43 foi vetado na publicação da lei.

Segundo Santos (2007) *apud* Paesani (1997)², “ao tratar da natureza jurídica do software, atribui-lhe dois sentidos: no sentido estrito *stricto sensu* software coincidiria com programa de computador e no sentido amplo *lato sensu* software” abrangeria, além do programa de computador, o suporte magnético, o manual de instruções e a documentação acessória.

Segundo Ferrari (2003)³ “é importante deixar claro aos mais técnicos que a Lei de Software excetua o Direito Moral ao desenvolvedor (art. 2º, § 1º da Lei), deixando apenas dois direitos básicos”. Todavia, a exceção não é uma subtração de direitos como aparenta a Lei é que os demais direitos não se aplicam ao Software por pura impossibilidade, como por exemplo garantir ao criador o acesso irrestrito ao único e raro exemplar que criou. Como se vê deste exemplo seria

¹ Luiz Antonio Xavier dos Santos. **A proteção jurídica do software, com ênfase em patente.** 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10312>. Acesso em: 29/11/08.

² *Ibid*

³ Alexandre Coutinho Ferrari. **Proteção Jurídica de Software.** 2003. Disponível em: <http://www.doutord.com.br>. Acesso em: 28/11/08.

inaplicável a garantia deste direito, já que no universo digital tudo pode ser reproduzido e não se pode falar em obra única.

O criador autônomo tem todos os direitos possíveis, sejam morais ou patrimoniais, por garantia legal. Porém, alguns detalhes devem ser seguidos, para uma melhor proteção não só ao Software, mas também na contratação, garantindo que sua satisfação pessoal e econômica sejam alcançadas, além de proteger o criador de problemas que possam surgir ao longo do tempo. (FERRARI, 2003)⁴

De acordo com Santos (2007)⁵ apud Wachowicz (2004) descreve o conceito de software aprovado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) em 3 de junho de 1977. O software é o conjunto de três categorias:

a) programa de computador enquanto conjunto de instruções capaz de fazer com que uma máquina disponha de capacidade para processar informações, indique, desempenhe ou execute uma particular função, tarefa ou resultado; b) uma descrição de programa entendida como uma apresentação completa de um processo, expressa por palavras, esquemas ou, de outro modo, suficientemente pormenorizada para determinar o conjunto de instruções que constitui o programa do computador correspondente; c) um material de apoio considerando assim qualquer material, para além do software e sua descrição, preparado para ajudar na compreensão ou aplicação de um programa de computador, como, por exemplo, as descrições de programas e as instruções para usuários.

O Software ganhou um conceito específico pela Lei que o regula, porém na prática pode ser desconectado de acordo com duas situações.

⁴ *Ibid*

⁵ *Ibid*

O caso é que o Software pode ser um código-fonte ou um produto, sendo essas atribuições uma escolha do escritor desta obra. Isso deve ser bem diferenciado. Um código-fonte é o que a Lei de Software prevê. A Lei seleciona e conceitua um Software como uma codificação, mas ao longo do mesmo texto legal o coloca como um produto. (FERRARI, 2003)⁶.

Segundo Ferrari (2003)⁷ “um Software quando ainda somente em código-fonte, não pode ser Patenteado”, apenas lhe é permitido o registro junto ao INPI. Esta é uma outra discussão longa, pois sequer é previsto como possível a Patente para Softwares (no Brasil).

Mas o Registro junto ao INPI é possível e previsto na Lei, todavia esta possibilidade é uma opção e um direito do seu criador, não uma obrigação.

1.2 O registro no Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI

Segundo Santos (2007)⁸, o Decreto n. 2.556, de 20 de abril de 1998, regulamentou o registro previsto no artigo 3 da Lei n. 9.609/98 e estabeleceu no art. 1 que "os programas de computador poderão, a critério do titular dos respectivos direitos, ser registrados no Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI.

A licença CNDA n. 057, de 6 de julho de 1988, dispôs sobre o registro do programa de computador no INPI.

O INPI publicou o Ato Normativo n. 95, de 05 de dezembro de 1988, e posteriormente o Ato Normativo n. 122, de 29 de dezembro de 1993, para regularizar o registro do programa de computador no órgão. (SANTOS, 2007)⁹

⁶ *Ibid*

⁷ *Ibid*

⁸ *Ibid*

⁹ *Ibid*

Segundo Santos (2007)¹⁰, enfim a Resolução INPI n. 58, de 14 de julho de 1998, estabeleceu as normas e procedimentos relativos ao registro de programas de computador e descreve no art. 1 que "o registro de programa de computador poderá ser solicitado ao INPI, para segurança dos direitos autorais a ele relativos, imediatamente após sua data de criação". No parágrafo 2 expõe que "na inexistência de informação comprovável, poderá o requerente indicar como data de criação a data do depósito do pedido de registro.

A solicitação de registro do programa de computador necessita ser encaminhado ao INPI por meio de um requerimento adequado e ser constituído por documentação formal e documentação técnica.

1.3 Patente X Registro

Segundo Ferrari (2003)¹¹ compete destacar e deixar muito claro o seguinte: "a Patente do produto visa proteger a idéia, enquanto que para as obras intelectuais não se pode ter a idéia protegida, como diz a própria lei" (Lei nº 9.610/98, art. 8º, inc. I).

Essa é a grande diferença entre Patente e o Registro do Software e por isso que no Brasil, diferente de outros países, não se pode falar em Patente de Software, pois haveria um conflito de normas.(FERRARI, 2003)¹²

Com muita intensidade se discute embora se fala sobre Patente de Softwares, no entanto poucos sabem precisamente esta pequena e grande diferença entre os patentes e registro. Deve-se observar, por outro lado, que a criação há dois fins específicos: é feita para um consumidor ou para um mercado consumidor.

¹⁰ *Ibid*

¹¹ *Ibid*

¹² *Ibid*

Como exemplo, deixa bem claro e destacando um programa jurídico, para acompanhamento de processos. Esse produto, se desenvolvido para atender a um escritório de advocacia específico, será um produto para um consumidor único e não poderá ser utilizado em hipótese alguma por outros escritórios, tanto pelo comprador quanto pelo criador, pois é um produto personalizado. (FERRARI, 2003)¹³

Se o produto se destinar ao mercado, qualquer escritório de advocacia ou advogado individual poderá utilizá-lo por meio de pagamento ao criador do programa.

Segundo Ferrari (2003)¹⁴, é importante deixar claro que o produto ao consumidor final possui tributação totalmente diferenciada do produto ao mercado consumidor aberto, que por si só gera encargos que podem inviabilizar a criação, dependendo do projeto e do nicho escolhido.

Apenas para melhor esclarecer, a Patente é uma proteção ao produto, que exigiu um investimento para ser criado, impedindo que concorrentes possam utilizar essa mesma idéia para produzir um produto igual ou similar, porém sem ter gasto o investimento da criação. (FERRAI, 2003)¹⁵

Segundo Ferrari (2003)¹⁶, a “Patente é um título de propriedade temporária, sobre uma invenção ou modelo de utilidade”. Por exemplo, imagine um jogo, ainda em “Software”, que possui uma nave que se transforma em automóvel. Bem, se isso fosse um brinquedo e também tivesse que se transformar, obviamente teria que ser estudada uma forma engenhosa para que isso ocorresse.

¹³ *Ibid*

¹⁴ *Ibid*

¹⁵ *Ibid*

¹⁶ *Ibid*

Segundo Souza (1997)¹⁷, o sistema de proteção à propriedade intelectual por patentes difere dos direitos autorais, pois exige que o bem protegido possa ser inserido em um processo industrial e também porque garante mais direitos aos titulares da proteção.

A nova Lei de Patentes brasileira (Lei n. 9.279/96) traz a expressa proibição do patenteamento de programas de computador (art.10, V). (SOUZA, 1997)¹⁸

De acordo com Souza (1997)¹⁹, no entanto, a nova jurisprudência internacional tem considerado os programas de computador como passíveis de patenteamento. Diversas decisões norte-americanas já concederam proteção ao *software*, sem quaisquer restrições, o que se deve a predominância desse país no cenário internacional. Os tribunais norte-americanos nada mais estão fazendo do que defender os interesses do seu país.

1.4 Proteção dos Softwares

De acordo com Ferrari (2003)²⁰, como citado, a Lei 9.610/98, que versa sobre Direitos Autorais, estabelece em seu artigo 7º quais são as obras protegidas por Lei e em seu inciso XII consta que o “Programa de Computador” está protegido legalmente, inclusive o art. 2º da Lei de Software ratifica, dizendo que a propriedade intelectual de programa de computador é regrada pela Lei dos direitos autorais.

¹⁷ Márcia Cristina Pereira de Souza. **Proteção jurídica do software**. 1997. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo18.htm>. Acesso em: 26/11/08.

¹⁸ *Ibid*

¹⁹ *Ibid*

²⁰ Alexandre Coutinho Ferrari. **Proteção Jurídica de Software**. 2003. Disponível em: <http://www.doutord.com.br>. Acesso em: 28/11/08.

O sistema de proteção à propriedade intelectual por patentes difere dos direitos autorais, pois exige que o bem protegido possa ser inserido em um processo industrial e também porque garante mais direitos aos titulares da proteção. (TELLES, 2004)²¹

No setor de informática, a necessidade de proteção ao *software* e ao *hardware* se apresenta como ponto crucial para o desenvolvimento das nações, para o controle de mercados e possibilidade (ou impossibilidade) de transferência de tecnologias. Principalmente os programas de computador devem ser protegidos uma vez que são facilmente copiáveis. Ao contrário das máquinas ou dos livros, é possível copiar um programa de computador com milhões de letras e números em poucos segundos, o que se dá graças à própria evolução tecnológica. Para tanto, transfere-se o conteúdo do suporte físico em que ele se encontra para outro, que pode ser ou não da mesma natureza do primeiro. Assim, copia-se de uma memória interna para um disquete, entre disquetes, entre memórias fixas por via de conexão em rede etc. (SOUZA, 1997)²²

Segundo Souza (1997)²³, “justamente para evitar injustiças é que o Direito se faz necessário”. A implementação de normas de proteção à propriedade intelectual está diretamente relacionada com as possibilidades de desenvolvimento econômico. Muitas são as formas utilizadas, cada qual com resultados diferentes, satisfazendo ou não os anseios do setor e contribuindo ou prejudicando os interesses nacionais. Entre as formas mais conhecidas, temos os direitos autorais, as patentes, o segredo de negócio, contratos de exclusividade e por legislações *sui generis*²⁴, específicas para a proteção dos *softwares*.

²¹ Eduardo Telles; *et al.* **Terceiro Resumo de Projeto de Engenharia de Software**. 2004. Disponível em: <http://www-di.inf.puc-rio.br/~julio/Rel3-6.pdf>. Acesso em: 03/12/08.

²² Márcia Cristina Pereira de Souza. **Proteção jurídica do software**. S/D. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo18.htm>. Acesso em: 26/11/08

²³ *Ibid*

²⁴ *Sui generis* significa literalmente de seu próprio gênero, ou seja, único em seu gênero. Usa-se como adjetivo para indicar que algo é único, peculiar: uma atividade *sui generis*, uma proposta *sui generis*, um comportamento *sui generis*. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Sui_generis. Acesso em: 02/12/08.

Segundo Barbosa (1994)²⁵, o regime de proteção dos programas de computador segue, em parte, o da Lei 9.610/98, que protege no Brasil os Direitos Autorais. No entanto, com a muitas alterações introduzidas pela Lei 9.609/98, e a natureza claramente tecnológica dos programas de computador, inegavelmente estamos, na Lei em vigor, na presença de um *tertius genus*, à maneira de certos Direitos Conexos, cuja regulação acompanha talvez, na esfera internacional, o da Convenção de Berna - vale dizer, o da matriz internacional dos Direitos Autorais - no que com ela não contraste.

No próximo capítulo será abordado o tema específico Direitos Autorais, o qual verá que são as denominações usualmente utilizadas em referência ao rol de direitos outorgados aos seus autores.

²⁵ Denis Borges Barbosa. **Proteção ao Software**. 1994. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/160.doc>. Acesso em: 26/11/08.

2 DIREITOS AUTORAIS

Neste segundo capítulo fala-se sobre os direitos autorais do software, o qual o ramo jurídico é destinado a regular os direitos resultantes.

2.1 Histórico do Surgimento dos Direitos Autorais

Segundo Abreu (2007)²⁶, os direitos autorais, ou melhor dizendo, a proteção aos direitos do autor, surgiu a partir do momento histórico em que se tornou viável a pirataria de escala com a tecnologia dos tipos móveis de Gutemberg.

O surgimento da imprensa, pois a facilitar e agilizar a falsificação de obras literárias originais. A partir daí começou a existir a preocupação social com a proteção dessas obras, uma vez que anteriormente, o tempo e o custo a realizar uma cópia não autorizada impediam que as mesmas se proliferassem a ponto de macular a tranqüilidade geral.

As tecnologias avançaram, propiciando ainda mais velocidade e qualidade nas reproduções desautorizadas e foi então que no final do século XIX os detentores de direitos autorais juntamente com vários Estados decidiram reunir-se para criar um mecanismo internacional de proteção aos direitos do autor e nasce na Suíça, em 1886, a Convenção de Berna. (ABREU, 2007)²⁷

De acordo com Abreu (2007)²⁸, “a maior importância dos acordos e tratados internacionais, é quanto à disciplina dos princípios que irão nortear a legislação interna dos países signatários”. Relativamente à Convenção de Berna não é diferente, através dela podemos observar que os direitos do autor serão

²⁶ Andréa Abreu. **Direitos autorais e software**. 2007. Disponível em: <http://www.baguete.com.br/artigosDetalhes.php?id=285>. Acesso em: 02/12/08.

²⁷ *Ibid*

²⁸ *Ibid*

orientados pelos princípios da reciprocidade, do tratamento nacional, do prazo mínimo de proteção e da informalidade.

Mais recentemente, nos anos 70, da mesma forma que ocorreu com o aparecimento da tecnologia associada à imprensa, inicia-se uma busca pela proteção legal da novidade chamada software.

Segundo Abreu (2007)²⁹, três correntes se posicionaram quanto à eleição da legislação que melhor atenderia à disciplina dos direitos sobre o software, quais sejam, direitos autorais, propriedade industrial através das patentes e direito sui generis que ensejaria o desenvolvimento de regras próprias.

2.2 Adaptação da Legislação dos Direitos Autorais Aplicadas à Proteção do Software

O legislador nacional foi bastante célere em publicar as leis internas que regulariam o software, pois em 1998, apenas dois anos após a inserção dos programas de computador no regime jurídico dos direitos autorais, foram publicadas as leis 9.609 e 9.610, respectivamente Lei do Software e Lei dos Direitos Autorais. Registre-se que desde 1973 o Brasil contava com uma lei reguladora dos direitos autorais, a qual foi revogada pela Lei 9.610/98. (ABREU, 2007)³⁰

De acordo com Abreu (2007)³¹, destaca-se que a Constituição Federal de 1988, já previa em seu artigo 5º incisos XXVII e XXVIII, a proteção aos direitos de autor e por falha técnica, prestigiou expressamente apenas o caráter patrimonial atinente à espécie.

²⁹ *Ibid*

³⁰ *Ibid*

³¹ *Ibid*

Segundo Abreu (2007)³², o sistema de direitos autorais adotado pelo nosso país é o dualista, a Lei dos Direitos Autorais separa em capítulos diversos os direitos morais de patrimoniais, a Lei do Software dispõe que os programas de computador serão regidos pelo regime de proteção conferido às obras literárias, ressalvando alguns direitos morais e ainda, que os direitos sobre o software são do empregador.

Em que mais pese a Lei dos Direitos Autorais ter ocasionado certa segurança jurídica às relações a envolver software, do mesmo modo o mais apropriado talvez fosse de fato ter sido entendido como de direitos *sui generis*, para dar motivo a um regramento novo, que poderia vir atender com maior conveniência às suas peculiaridades.

Sustenta-se que o maior interesse em questão se mostra sem dúvida o desenvolvimento econômico e social que o envolve, dando azo assim, a aplicação de regras que enfatizem o caráter patrimonial, no sentido de transmissão da totalidade dos direitos sobre o software àquele que proporcionou com recursos e investimentos o seu desenvolvimento e colocação no mercado, favorecendo o crescimento nacional e o desenvolvimento do setor. (ABREU, 2007)³³

Segundo Telles, *et al* (2004)³⁴, “a legislação de direitos autorais ou *copyright* foi a que mais se mostrou eficaz para a proteção do software”. Em quase a totalidade dos países onde se admite a proteção, essa foi a forma admitida.

³² *Ibid*

³³ *Ibid*

³⁴ Eduardo Telles; *et al*. **Terceiro Resumo de Projeto de Engenharia de Software**. 2004. Disponível em: <http://www-di.inf.puc-rio.br/~julio/Rel3-6.pdf>. Acesso em: 03/12/08.

2.3 A Lei de Software – Lei 9.609/98

De acordo com Cerqueira (s/d)³⁵, a proteção existe no Código Civil (Art. 48, III) - independentemente de qualquer outra - e na Lei dos Direitos Autorais, Lei 9.610, de 19/02/98 (Art. 7º, incisos XII e XIII, parág. 1º), enquanto se trata o software como um bem móvel, de natureza intelectual ou imaterial.

Quando, a Lei do Software evoca a proteção pelos Direitos Autorais e conexos, insere-se o software no âmbito das coisas protegidas pela legislação internacional, entendendo-se como tal as convenções internacionais, e o software deixa de pertencer somente ao Direito Interno dos países conveniados. Há que estar, porém, protegido por lei interna não conflitantes com as convenções internacionais. Com raras e honrosas exceções, o Direito Interno é soberano e a norma específica é que vale, neste caso. Nenhum tratado, convenção, pacto ou qualquer outro acordo celebrado entre países consegue estabelecer-se acima das leis internas – exceção feita a conglomerados de países, cujo exemplo típico é a União Européia. (CERQUEIRA, S/D)³⁶

Segundo Cerqueira (s/d)³⁷, o fato de encontrar-se, por força de disposição legal, submetido ao regime dos Direitos Autorais não quer dizer que, tecnicamente, programa de computador se identifique com os bens imateriais protegidos pela Lei 9.610/98. Entretanto, mesmo que não concordemos com as disposições legais - e mesmo que as disposições legais careçam aperfeiçoamentos - devemos, não obstante criticá-las e combatê-las, segui-las, por uma questão de ordem, enquanto vigirem.

Segundo Ferrari (2003)³⁸, as disposições aos direitos morais descritas na Lei de direito autoral não são aplicáveis totalmente, apenas cede o direito do

³⁵ Tarcisio Queiroz Cerqueira. A Lei do Software. S/D. Disponível no site: http://www.tarcisio.adv.br/novo/index.php?pagina=material.php&pagina2=curso/a-12-leid_sw_comentada.htm. Acesso em: 29/11/08.

³⁶ *Ibid*

³⁷ *Ibid*

³⁸ Alexandre Coutinho Ferrari. **Proteção Jurídica de Software**. 2003. Disponível em: <http://www.doutord.com.br>. Acesso em: 28/11/08.

criador reivindicar a paternidade do programa e o direito de opor-se a alterações do produto, quando estas prejudicarem a sua honra ou reputação.

A proteção da obra está garantida independentemente de registro e o prazo dos direitos autorais (software) é de cinquenta anos, contados a partir do primeiro dia do ano seguinte à sua criação. (FERRARI, 2003)³⁹

De acordo com Ferrari (2003)⁴⁰, Ou seja, os direitos morais quanto ao programa de computador diferem-se dos direitos morais referentes a outras obras, como, por exemplo, trata o artigo 24 da Lei de Direito Autoral:

De ter seu nome e pseudônimo ou sinal convencional indicado no produto final, como citado no início dessa obra, pois o programa quando entregue não mais seria de propriedade do criador, diferentemente, por exemplo, de um Livro ou uma Música; 2. de conservar a obra inédita, como manuscritos e anotações, pois este tópico, na realidade, seria supérfluo; 3. de ter acesso a exemplar único e raro da obra, que, no caso, também seria algo inútil e sem interesse, como outros direitos em que, para o programador, nada alteraria significativamente seus direitos.

Ferrari (2003)⁴¹, não concorda com essa colocação da lei, assim, prefere expor que os direitos são relativamente diferentes e declara que o § 1º do art. 2º da Lei de Softwares está equivocado ao mencionar que o direito moral não é garantia ao programa de computar.

Segundo Ferrari (2003)⁴², o criador do programa pode repassar os direitos, por contratação, a um representante que o tornará um produto ao mercado, como a própria Lei assim estabelece.

Para esclarecer melhor, um programa de computador pode transferir seus direitos à outra pessoa, ou à uma empresa, podendo esta ser sua própria empregadora ou um simples cliente do programador.

³⁹ *Ibid*

⁴⁰ *Ibid*

⁴¹ *Ibid*

⁴² *Ibid*

2.4 A Lei de Software Lei 9.610/98

Segundo Barbosa (1994)⁴³, um conjunto de normas regula o registro de software: a Lei 9.609/98, como a Lei Sobre Programas de Computador, a nova Lei Autoral 9.610/98, que manteve em vigor o art. 17 da Lei 5.988/73, o Decreto Federal 2.556/98 e a Resolução INPI 58/98. Este breve estudo aponta quais são as regras em vigor.

A Lei 9.610/98 é genérica e vai além das obras de computador, assim, em poucos pontos se aproveita essa Lei, sendo importante a diferenciação, pois é comum equívocos criados acerca de tal tema, em que muitos programadores acreditam que possuem direitos baseados em tal Lei, porém não são aplicáveis ao programa de computador. (FERRARI, 2003)⁴⁴

De acordo com Ferrari (2003)⁴⁵, após verificar que muitos programadores estavam confundindo seus direitos, o escritor tomou cautela com a Lei, pelo que expõe. Deve-se interpretar a Lei que regula os direitos autorais como uma armadilha, pois o programador ao lê-la não pode, sem conhecer os termos técnicos utilizados, entender e separar certos pontos.

A Lei de Direito Autoral começa já conflitante: em seu artigo primeiro afirma que regula os direitos do criador e os que lhes são conexos, ou seja, os demais direitos, por reflexos em atos e omissões. (FERRARI, 2003)⁴⁶.

Todo criador é autor de obra intelectual, até mesmo o programador, mas essa Lei não está totalmente adequada ao programador, motivo pelo qual há a Lei de Software.

Segundo Ferrari (2003)⁴⁷, revogou-se pelo artigo 115 da nova Lei:

⁴³ Denis Borges Barbosa. **Proteção ao Software**. 1994. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/160.doc>. Acesso em: 26/11/08.

⁴⁴ *Ibid*

⁴⁵ *Ibid*

⁴⁶ *Ibid*

⁴⁷ *Ibid*

Art. 115. Ficam revogados os arts. 649 a 673 e 1.346 a 1.362 do Código Civil e as Leis nos 4.944, de 6 de abril de 1966; 5.988, de 14 de dezembro de 1973, excetuando-se o art. 17 e seus §§ 1º e 2º; 6.800, de 25 de junho de 1980; 7.123, de 12 de setembro de 1983; 9.045, de 18 de maio de 1995, e demais disposições em contrário, mantidas em vigor as Lei nos 6.533, de 24 de maio de 1978, e 6.615, de 16 de dezembro de 1978.

O artigo sétimo da Lei prevê, em seu inciso XII, que o programa de computador é obra intelectual protegida, mas seu parágrafo primeiro ressalva que o programa de computador possui legislação específica e a Lei de Direito Autoral somente é aplicável no que couber. (FERRARI, 2003)⁴⁸

Segundo Ferrari (2003)⁴⁹, o art. 11 dessa Lei de Direito Autoral estabelece que autor é a pessoa física, mas as pessoas jurídicas também quando essa Lei autorizar. Isso também se tornou complicado, pois a Lei de Direito Autoral não esclarece ao programador empregado, que apesar de ser criador, a obra pertence ao empregador, então pessoa jurídica na maioria dos casos. A empresa seria a titular dos direitos, mas não a criadora. A prática torna a questão simples, mas em uma situação judicial, a forma técnica de cada conceito é adotada e a Lei entra em conflito continuamente.

De acordo com Ferrari (2003)⁵⁰, quem sai perdendo na maioria dos casos é sempre o programador. Justo ele que deveria ser protegido pela Lei. Também, a Lei não esclarece, nesse caso, se o programador empregado pode ser co-autor (co-criador), deixando o entendimento de que isso seria situação de contratação entre as partes. Mas daí, nem a Lei de Softwares, nem a de Direitos Autorais, seriam diretamente aplicáveis, pois a contratação específica já estaria a cabo do Código Civil (CC). Confuso, não é mesmo? O mais estranho é que a Lei deveria servir para esclarecer e não confundir.

⁴⁸ *Ibid*

⁴⁹ *bid*

⁵⁰ *bid*

Ferrari (2003)⁵¹, também, salienta-se que o Código Civil é muito mais importante para o programador em geral que a Lei de Direito Autoral, assim como a CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) é para o programador empregado, em específico.

2.5 As Infrações e as Penalidades

Segundo Ferrari (2003)⁵², a Lei que regula o direito autoral (Lei 9.610/98), em seu artigo 5º, inciso VII, prevê a “Contrafação”, ou seja, a reprodução não autorizada da obra.

Na Lei comentada logo acima, a Lei de Software (Lei 9.609/98), no seu artigo 12, pode ver a previsão legal das infrações e das penalidades do que pode-se chamar de crime.

Se a ação é prevista em Lei e há sanção de pena, é crime. Portanto é o ato da Contrafação, o qual incidiu em reproduzir o programa, completo ou parcialmente, sem ter a autorização divulgado pelo autor, ou seja por qual meio se adotou.

Em outras palavras, esse seria o crime de “pirataria”, como é conhecido, mas na verdade seu conceito é Contrafação. A pena para essa infração pode variar conforme o grau do ato cometido e dos antecedentes do criminoso. (FERRARI, 2003)⁵³

Entretanto, deixa-se claro que Contrafação é diferente da comumente chamada pirataria, que não é precisamente o crime aqui comentado.

⁵¹ *Ibid*

⁵² Alexandre Coutinho Ferrari. **Proteção Jurídica de Software**. 2003. Disponível em: <http://www.doutord.com.br>. Acesso em: 28/11/08.

⁵³ *Ibid*

Segundo Ferrari (2003)⁵⁴, a Contrafação é a violação dos direitos do criador, por reprodução da obra, simplesmente, sem usar a cópia para o fim comercial. Por exemplo, se o indivíduo copia um Software que não lhe pertence, ou seja, que não obteve o licenciamento e o documento fiscal, incorreu em contrafação. Isso é comum entre amigos, em que um copia o Software e o cede a outro; ou empresas que adquirem uma única licença de uso, copiam o programa e iniciam uma instalação em massa em todos os computadores da empresa. Esta modalidade estaria prevista no artigo 12 da Lei de Softwares, em seu § 1º, com pena de detenção.

De acordo com Ferrari (2003)⁵⁵, Ressalta-se que a cópia (reprodução) de um único exemplar feita pelo consumidor adquirente, para backup, não ofende o direito autoral e isso é permitido, desde que o detentor seja o proprietário do exemplar e o tenha adquirido por meio legal, com o licenciamento de uso e/ou documento fiscal, seja gratuito ou oneroso.

Por outro lado, há pena de reclusão, como salienta o artigo 12 da Lei de Softwares, em seu § 2º, que esclarece que a infração da reprodução “para fins de comércio” também é crime, e não deve ser considerado como contrafação simplesmente, mas sim crime sério; aqui sim se tem a verdadeira pirataria. (FERRARI, 2003)⁵⁶

Nesse caso, a pena é de reclusão de um a quatro anos e multa. Apenas por curiosidade, esclarece que a diferença entre detenção e reclusão é a forma do regime de prisão, sendo mais branda a detenção e mais rígida a reclusão. (FERRARI, 2003)⁵⁷

Segundo Ferrari (2003)⁵⁸, nesse mesmo seguimento e pena está quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para

⁵⁴ *ibid*

⁵⁵ *ibid*

⁵⁶ *ibid*

⁵⁷ *ibid*

⁵⁸ *ibid*

fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral.

Mais uma vez é falha a Legislação, pois não prevê o compartilhamento do software via Internet como crime mais sério apenado com reclusão, pois para o agravamento do crime é necessária a prova inequívoca da intenção de comércio, o que é bem improvável para a Internet onde se consegue programas com o uso de download facilitado. (FERRARI, 2003)⁵⁹

O crime da reprodução com fim de comércio não prejudica somente o criador, mas também entidades de direito público, autarquia, empresas públicas, sociedades econômicas, entre outras, sem se esquecer da sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária e demais normas de ordem tributária, além de constituir concorrência desleal em alguns casos, que também é crime e possui sua própria pena, além de refletir em perda de evolução do programa, se o seu criador/titular não tiver satisfação nos lucros frustrados. (FERRARI, 2003)⁶⁰

2.6 Opositores a Proteção dos Direitos Autorais

De acordo com Souza (1997)⁶¹ *apud* Paisant (s/d) nega que os programas de computador possam ser protegidos por direitos autorais. Segundo o ilustre jurista, os mesmos não constituem uma expressão que possa ser sentida pelo homem. Um texto, por exemplo, é perfeitamente sentido pelo homem na medida em que pode ser lido e há a transmissão de uma mensagem; uma pintura, da mesma forma, pode ser percebida, utilizando-se o sentido da visão, isto não aconteceria com os programas de computador que constituem um conjunto de

⁵⁹ *Ibid*

⁶⁰ *Ibid*

⁶¹ Márcia Cristina Pereira de Souza. **Proteção jurídica do software**. 1997. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo18.htm>. Acesso em: 26/11/08

símbolos inteligíveis e, muitas vezes não perceptíveis ao olho humano, já que estão em disquetes, fitas etc.

Segundo Souza a(1997)⁶² *apud* Le Stanc (s/d), a qual utiliza um argumento muito interessante para contrariar tal posição. Lembra que as músicas, enquanto presentes nas fitas magnéticas ou em discos também têm pouco ou nenhum significado para o homem, mas quando processados por um mecanismo eletrônico tornam-se perceptíveis aos nossos sentidos. O mesmo ocorre com as películas cinematográficas. Da mesma maneira, o *software* deve passar por uma máquina, o computador, para que possamos senti-lo e utilizá-lo, com o processamento poderemos ver ou ouvir os resultados, tornado-o acessível aos sentidos humanos. Essa posição é a dominante. Neste sentido, manifestaram-se os maiores Tribunais de todo o mundo, como podemos ver pela decisão do *Tribunal de Grande Instance de Paris*:

Souza (1997)⁶³ *apud* Tribunal de Grande Instance de Paris (1983):

Se os programas de computador não são imediatamente perceptíveis pelos sentidos humanos de todos ou de alguns, eles são todavia acessíveis e inteligíveis graças à suas transcrições sobre suportes materiais e, se sua leitura não está ao alcance de todos e requer um certa técnica, esta única particularidade não é suficiente para excluí-los da categoria de obras de espírito, da mesma forma que não são excluídas as composições musicais.;

A contribuição pessoal do criador do programa de computador é determinada pelo resultado obtido, como se faz com o compositor musical, sendo certo que a evidência ordena que se confira o caráter de obra de espírito ao programa de computador.

Segundo Souza (1997)⁶⁴ deste modo, a jurisprudência internacional consolidou-se no sentido de estender os direitos autorais aos programas de computador. Até então, a doutrina internacional caminhava para a desconsideração do *software* como obra do espírito, indicando uma forma *sui generis* como a solução do problema. Nota-se que a decisão da corte francesa é

⁶² *Ibid*

⁶³ *Ibid*

⁶⁴ *Ibid*

recente, data de 1983, o que revela ainda mais a sua importância, pois durante décadas houve litígios sem qualquer decisão de um grande tribunal a respeito.

Temos a obrigação de lembrar que obra do espírito é aquela original e fixada em um meio de expressão perceptível pelo homem, características inerentes ao *software*. (SOUZA, 1997)⁶⁵

Segundo Souza (1997)⁶⁶, por consequência, em 1985, o Parlamento francês decidiu adicionar à legislação de direitos autorais, que data de 1957, a expressão "*software*" como passível de proteção (Lei n. 85.660, de 3 de setembro de 1985).

Na Alemanha, em 12 de junho de 1981, o Tribunal Distrital de Mannheim, indeferiu a concessão dos direitos do autor ao *software*, alegando que o mesmo carecia de estética. Segundo o Tribunal, para que uma obra fosse protegida, deveria possuir uma caráter estético suficiente, o que não acontecia com os programas de computador, ao contrário das pinturas, livros e da música, por exemplo. O principal defensor da necessidade estética da obra é Troller, que advoga ser preferível adotar a expressão "obras estéticas" ao invés de obras literárias e artísticas. (SOUZA, 1997)⁶⁷

De acordo com Souza (1997)⁶⁸, o Supremo Tribunal Federal da Alemanha coloca como requisito para a proteção que a criação consista na forma de expressão, no padrão intelectual, bem como na coleta, escolha, subdivisão e disposição criativa do assunto apresentado, critérios que os programas de computador preenchem. Neste sentido, o Tribunal de Recursos de Karlsruhe reformou a decisão.

No terceiro capítulo será abordado o tema "O Software no Código Civil Brasileiro", no qual ver-se como o nosso país reagiu diante de direito.

⁶⁵ *Ibid*

⁶⁶ *Ibid*

⁶⁷ *Ibid*

⁶⁸ *Ibid*

3 O SOFTWARE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Neste capítulo tem-se como objetivo principal apresentar o software no código civil brasileiro, a proteção do software no direito brasileiro.

3.1 A Lei Brasileira

De acordo com Souza (1997)⁶⁹, o Brasil tornou-se signatário da Convenção de Berna pelo Decreto n.34.954, de 10 de janeiro de 1954 e da Convenção de Genebra pelo Decreto n.76.905, de 24 de dezembro de 1975. Como era de se esperar também não havia qualquer menção ao *software* na legislação brasileira.

Em âmbito nacional, a Lei n. 5.988, de 14 de dezembro de 1973, regula a matéria relativa aos direitos autorais. A lei brasileira traz no seu artigo 6º exemplos do que pode ser protegido. Interessante notar a expressão "tais como" no corpo do *caput* do artigo, o que demonstra o seu sentido exemplificativo, o mesmo ocorre com a Convenção de Berna. Uma vantagem da legislação brasileira sobre esta Convenção é que se fala em obras intelectuais e não em obras literárias, dando uma margem maior para a proteção de programas de computador. (SOUZA, 1997)⁷⁰.

Segundo Souza (1997)⁷¹, por razões óbvias, as mesmas divergências ocorridas nos diversos países, onde se discutiu a matéria, também floresceram no Brasil, com resultados idênticos. Não faltaram opositores à proteção, alegando falta de criatividade, de caráter estético e que o *software* não poderia ser

⁶⁹ Márcia Cristina Pereira de Souza. **Proteção jurídica do software**. 1997. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo18.htm>. Acesso em: 26/11/08

⁷⁰ *Ibid*

⁷¹ *Ibid*

considerado uma obra de espírito, o que foi combatido da mesma forma que no estrangeiro e com igual êxito.

Posteriormente, o legislador brasileiro optou por criar uma modalidade de legislação *sui generis* (Lei n. 7.646/87) que tem como ponto de apoio a própria lei de direitos autorais. Ao contrário dos outros países, que preferiram fazer emendas aos seus ordenamentos de propriedade intelectual, adaptando os direitos autorais, criou-se uma lei específica para a matéria que, ao nosso ver, satisfaz de melhor forma os anseios do setor, favorecendo o desenvolvimento nacional

3.2 A Proteção Legal e Regulamentação do Software

De acordo com Cerqueira (s/d)⁷², a proteção legal e a regulamentação do software, como bem de natureza imaterial ou intelectual, encontra previsão: a) no Capítulo VI, do Código Civil, que trata "*Da Propriedade Científica, Literária e Artística*", cujos Arts. 649 a 673 foram revogados pela Lei dos Direitos Autorais; b) quando o Código Civil relaciona (Art. 48, III) os Direitos de Autor no elenco dos bens móveis. Por definição, os programas de computador são considerados, também, como coisas fungíveis e indivisíveis (Arts. 50 e 52).

No setor de software e serviços, ainda que se utilizem os termos compra ou venda de software, informal e verbalmente, ou até por escrito (e as pessoas usam tais termos indistintamente, por hábito, ou porque julgam estar facilitando a comunicação, ou porque desconhecem esta peculiaridade jurídica) isto não significa que os programas sejam efetivamente vendidos (ou comprados), porque não se caracteriza, quase nunca, a transferência da propriedade do programa; o que acontece, juridicamente, é uma outorga dos direitos de usar, ou de usar e fruir, e comercializar, alterar, se for o caso, o bem intelectual contido no disquete ou gravado em qualquer outro meio físico, ou simplesmente transmitido de um

⁷² CERQUEIRA, Tarcisio Queiroz. A Lei do Software. S/D. Disponível no site: http://www.tarcisio.adv.br/novo/index.php?pagina=materal.php&pagina2=curso/a-12-leid_sw_comentada.htm. Acesso em: 29/11/08.

para outro computador, sem meio físico, na forma de ondas, quaisquer, ou impulsos elétricos. (CERQUEIRA, S/D)⁷³.

3.3 Transferência da Propriedade

Segundo Cerqueira (s/d)⁷⁴, para que haja a transferência da propriedade, em primeiro lugar, é preciso que isto fique bem escrito, no contrato e, depois, é preciso que TODOS os direitos sejam transferidos - inclusive a faculdade, do proprietário, inerente ao direito de propriedade, que lhe permite "dispor" da coisa, a seu próprio critério, inclusive vendê-la para terceiros, alterá-la, destruí-la, etc.; sempre guardados os direitos de terceiros, em geral, tais como consumidores, vizinho, etc.

A propósito dos direitos do consumidor é de extrema conveniência mencionar a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, publicada no Diário Oficial do dia 12 de setembro de 1990, que regulamenta as relações de consumo, a qual se aplica inteiramente aos negócios envolvendo programas de computador. Para o Código de Proteção ao Consumidor, o fornecedor de software é um fornecedor como outro qualquer, o software é um produto como outro qualquer e o usuário de software é um consumidor, como qualquer outro. (CERQUEIRA, S/D)⁷⁵

Segundo Cerqueira (s/d)⁷⁶, o Cessionário ou Licenciado de software são titulares de direitos reais sobre coisas alheias, conforme institui o Código Civil, em seu Art. 674, III e IV, e assemelham-se ao usufrutuário (Art. 713) e ao usuário (Art. 742).

Os contratos em geral, por sua própria natureza jurídica e, com a mesma razão, os contratos de software, encontram proteção e regulamentação no Direito

⁷³ *Ibid*

⁷⁴ *Ibid*

⁷⁵ *Ibid*

⁷⁶ *Ibid*

das Obrigações (Art. 863 e segs.) e, mais especificamente, no Título IV, "Dos Contratos" (Arts. 1079 e segs.) (CERQUEIRA, S/D)⁷⁷

De acordo com Cerqueira (s/d)⁷⁸, tendo sido previamente definido como bem móvel, o software (programa de computador) pode ser objeto de contratos de depósito (regulados pelos Arts. 1.265 e segs.) e, sendo coisa fungível, o software pode ser objeto de contratos de mútuo (previstos nos Arts. 1.256 e segs. do Código Civil).

Por ser coisa fungível e por previsão específica da Lei dos Direitos Autorais e da Lei 9.609/98, o software não pode ser objeto de contratos de locação (Arts. 1.188 e segs. do Código Civil), mas, sim, de contratos de cessão ou de licença de uso. (vide neste volume comentários às diferenças entre Licença de Uso de Programa de Computador e Locação de Bens Móveis.) (CERQUEIRA, S/D)⁷⁹

3.4 Tipos de Contratos Existentes no Brasil

Segundo Ferrari (2003)⁸⁰, o Brasil tem acelerado muito a obtenção de conceitos de informática, mas juridicamente isso não ocorreu, como visto no exemplo do Spam. Como visto, a pouca legislação existente também não atende perfeitamente como seria necessário.

No mundo, há diversos tipos de softwares exigindo diversos tipos de licenças. Entretanto, esses conceitos não são totalmente aceitos no Brasil e se forem aceitos, será um erro, pois estarão afrontando outros temas legais, ensejando em negativa de vigência a texto legal", isso quer dizer que a decisão proferida por um Juiz poderá ser anulada em instâncias superiores quando do

⁷⁷ *Ibid*

⁷⁸ *Ibid*

⁷⁹ *Ibid*

⁸⁰Alexandre Coutinho Ferrari. **Proteção Jurídica de Software**. 2003. Disponível em: <http://www.doutord.com.br>. Acesso em: 28/11/08.

recurso judicial, como no STJ – Superior Tribunal de Justiça – ou STF – Supremo Tribunal Federal. (FERRARI, 2003)⁸¹

O contrato ou licença de uso de um software-padrão é sempre um contrato de adesão, ou seja, ou se adere ou não se adere, não cabendo negociação sobre as cláusulas inseridas pelo programador. (FERRARI, 2003)⁸²

Segundo Ferrari (2003)⁸³, Sendo assim, totalmente aplicável ao caso o Código de Defesa do Consumidor, que, por sua vez, protegerá exclusivamente o consumidor, com a interpretação da cláusula de forma mais favorável ao mesmo.

De acordo com Ferrari (2003)⁸⁴, nesse seguimento, são os trechos principais do Código de Defesa do Consumidor que afirmam tal interpretação:

Disposições Gerais

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Dos Contratos de Adesão

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Por esse motivo, defende-se a posição de que no Brasil há menos conceitos de licença de uso aceitáveis do que em outras partes do mundo, sendo exatamente seis tipos diferentes de softwares. (FERRARI, 2003)⁸⁵

Freeware.

Semi-Freeware.

Shareware.

⁸¹ *Ibid*

⁸² *Ibid*

⁸³ *Ibid*

⁸⁴ *Ibid*

⁸⁵ *Ibid*

Software Livre (CopyLeft).

Software Proprietário.

Software Comercial.

Segundo Furtado & Furtado (2004, p. 120), cada um deles há quesitos satisfatoriamente adequados em atender às requisições do programador, sem comprometer o destino do software e muito menos a legislação nacional.

É importante clarificar que muitas empresas se protegem afirmando que há acordos com associações e outros, que possibilitam tais práticas (práticas de usar Softwares em discordância com a Legislação vigente), porém, esses acordos, ou outro, não suprem a Lei Federal, não encontram-se acima dela e também, não têm autoridade legal para substituí-la. (Furtado & Furtado, 2004, p. 121)

De acordo com Furtado & Furtado (2004, p. 122), assim sendo, o ditado em presença a Lei não se afirma torpeza não pode se preterir por Lei Federal que regula e protege os interesses dos consumidores.

No quarto capítulo será abordado o tema sobre a proteção jurídica dos softwares freeware, semi-freeware e Shareware, o qual veremos como é a sua proteção.

4 A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS SOFTWARES FREWARE, SEMI-FREWARE E SHAREWARE

Neste quarto capítulo veremos qual a proteção jurídica dos softwares freeware, semi-freeware e Shareware, e quais são seus principais diferenciais.

4.1 Software Freeware

De acordo com Santos (2008)⁸⁶, a proteção jurídica do software livre é uma forma alternativa de fomentação para a produção e qualificação do conhecimento local a partir de um novo paradigma de desenvolvimento sustentado, com isso acaba surgindo uma nova postura, que insere inclusão social e igualdade de acesso aos avanços tecnológicos, nos vários níveis da sociedade. A adoção do software Freeware vem ganhando cada vez mais adeptos e em contrapartida o direito deve dar a esse tipo de avanço tecnológico uma proteção

Segundo Ferrari (2003)⁸⁷, O software freeware é também um software mal interpretado pelos usuários. Muitos acreditam que por ser freeware, gratuito, é de domínio público.

De acordo com Ferrari (2003)⁸⁸, apenas para recordar, o software de domínio público, conforme a Lei de Direito Autoral, Lei n. 9.610/98, pode ser

⁸⁶ Gabriel Borges dos Santos. **Software livre**. 2008. Disponível em: <http://gabrielborges.wordpress.com/>. Acesso em: 03/12/08.

⁸⁷ Alexandre Coutinho Ferrari. **Proteção Jurídica de Software**. 2003. Disponível em: <http://www.doutord.com.br>. Acesso em: 28/11/08.

⁸⁸

obtido por qualquer um, tornando-se este um novo criador, por esse texto, do artigo 14, que diz. *In verbis*:

Art. 14. É titular de direitos de autor quem adapta, traduz, arranja ou orchestra obra caída no domínio público, não podendo opor-se a outra adaptação, arranjo, orquestração ou tradução, salvo se for cópia da sua.

Isso quer dizer que um software de domínio público pode ser alterado por qualquer um, que passará a ter direitos autorais sobre este, alterando o software de domínio público para software shareware. (FERRARI, 2003)⁸⁹

No entanto, o software freeware, mesmo sendo gratuito, não é de domínio público, diferentemente do que idealizam muitos usuários.

O software freeware é aberto ou livre para o uso, a cópia e para a distribuição, desde possa a ser disponibilizado necessariamente ainda as mesmas condições impostas.

De acordo com Ferrari (2003)⁹⁰, o freeware, por si só, não autoriza a alteração, tampouco obriga o programador a exibir o código-fonte. O freeware é propriedade imaterial do programador e está protegido pelas Leis de Software e Direito Autoral.

Portanto, para alterar um software freeware, é preciso a autorização do programador, onerosa ou gratuita, e este poderá obstar e até retirar do mercado qualquer software copiado indevidamente ou alterado sem sua autorização. (FARRARI, 2003)⁹¹

É importante esclarecer que muitos softwares na Internet denominam-se freeware, porém, proíbem a distribuição deste, o que faz com que se insira em outro conceito, ocasionando muita complicação. Assim sendo, a licença de uso fica prejudicada.

⁸⁹ *Ibid*

⁹⁰ *Ibid*

⁹¹ *Ibid*

4.2 O Direito de Uso e os Critérios de Definição do Software Freeware

De acordo com Ferrari (2003)⁹², o direito de uso é pessoal e intransferível. Se programa for distribuído ou utilizado por outrem, cada usuário deverá garantir sua licença freeware, instalando o software.

O uso do programa é de total responsabilidade do usuário, não estando o programador e o titular dos Direitos Autorais coobrigados a terceiros.

Ao instalar o software, o usuário estará concordando com todas as condições dessa licença e se obrigando a respeitar a Lei de Software n. 9.609/98, a Lei de Direitos Autorais n. 9.610/98 e demais Leis atinentes ao caso, especialmente a legislação criminal. (FERRARI, 2003)⁹³

De acordo com Antunes (2008)⁹⁴, os critérios de definição do software freeware é quando possui suas funcionalidades completas por tempo ilimitado sem custo monetário. A licença pode restringir o tipo de uso, como uso para fins não lucrativos, não comerciais, uso acadêmico, entre outros. Dessa forma a licença pode ser "gratuito para uso não comercial.

4.3 Software Semi-freeware

⁹² *Ibid*

⁹³ *Ibid*

⁹⁴ Jonathan Lamim Antunes. **Freeware e Shareware, o que são?** 2008. Disponível em: http://www.oficinadanet.com.br/artigo/1278/freeware_e_shareware_o_que_sao. Acesso em: 03/12/08.

Antunes (2008)⁹⁵, este software adota os mesmo parâmetros do Software Freeware, porém tem uma única diferença: não pode ser distribuído de maneira alguma por seus usuários.

Portanto, o Semi-Freeware ainda pode ser usado por seus usuários gratuitamente e até mesmo copiado (cópia de segurança, como trata a Lei de Software, em seu artigo 6º, inciso I), porém não é permitida a distribuição ou alteração do produto. (FERRARI, 2003)⁹⁶

Segundo Leite (1992, p. 76), “a distribuição deste Software é usualmente distribuída em revistas que presenteiam os leitores com um CD contendo diversos programas é vedada para esse software, uma vez que a distribuição é proibida”.

Uns determinados grupos de revistas não respeitam essa norma e disponibilizam softwares bem como se esses fossem Freeware. Se caso haja a autorização do criador para distribuir o que não deve distribuir, deve constar do próprio CD, se o contrato de licença de uso não foi alterado, pois se trata de crime e toda cautela é necessária. (LEITE, 1992, p. 77).

De acordo com Leite (1992, p. 78), “o fato é que praticamente nenhuma pessoa tem paciência para ler esse contrato, no entanto, ainda do mesmo modo o uso do software leva ao raciocínio de que o usuário tem ciência do acontecimento”.

Assim sendo, algumas revistas, se não tiveram a precaução de obter autorização de seus criadores, poderão responder por crime e o criador so software ser indenizado.

Segundo Ferrari (2003)⁹⁷, alguns criadores produzem software Semi-Freeware, justamente esperando que revistas o utilizem como se Freeware

⁹⁵ *Ibid*

⁹⁶ *Ibid*

⁹⁷ *Ibid*

fossem, para posteriormente obterem vantagem econômica, sendo essa prática outro delito.

Para evitar a interpretação de que o programador teve a intenção de praticar esse crime, permitindo a distribuição das revistas para posteriormente solicitar indenização, sugere-se que o Semi seja verdadeiramente destacado, mas nada irá isentar a revista ou a responsabilidade de o leitor ler, com muita atenção, o contrato ou licença de uso do software. (FERRARI, 2003)⁹⁸

Assim, se um produto Semi-Freeware for distribuído, compete indenização pelo Direito Autoral ao programador, independentemente do destino criminal de um ou outro.

O Software Semi-Freeware é muito utilizado pelo programador ou empresa quando é necessário ter um controle de download, para se conhecer a quantidade e até obter informações e dados do usuário, verificando-se, assim, se é um software economicamente viável para ser, então, comercializado ou se montar um banco de dados de usuários, uma vez que a licença de uso ou serial do programa é enviada por e-mail ao usuário, fazendo com que se conheça uma conta de e-mail ativa e de interesse por esse software. (FERRARI, 2003)⁹⁹

4.4 Direito de Uso do Software Semi-Freeware

De acordo com Ferrari (2003)¹⁰⁰, por ser um Software semi-freeware, o usuário poderá utilizá-lo por período indeterminado, poderá promover cópia de segurança e reutilizá-lo em outro hardware de seu uso, mas não poderá distribuir

⁹⁸ *Ibid*

⁹⁹ *Ibid*

¹⁰⁰ *Ibid*

o software livremente, nem mesmo quando conjuntamente com essa licença de uso.

Qualquer alteração desejada deverá ser previamente autorizada por seu criador. O direito de uso é pessoal e intransferível. Se o programa não foi obtido licitamente, sendo diretamente da fonte, não deverá ser instalado. Cada usuário deverá garantir sua licença, instalando o software separadamente e adquirido diretamente pelo endereço de download fornecido.

Ao instalar o software Semi-freeware, o usuário estará concordando com todas as condições dessa licença e se obrigando a respeitar a Lei de Software n. 9.609/98, a Lei de Direitos Autorais n. 9.610/98 e demais Leis atinentes ao caso, especialmente a legislação criminal. (FERRARI, 2003)¹⁰¹

4.5 O software shareware

Em 1982, Andrew Fluegelman criou um programa chamado PC-Talk em que usou o termo freeware para descrevê-lo, ainda que essa distribuição pioneira assemelha-se ao modelo atual de distribuição de sharewares, diferente do freeware atual. Após um curto período de tempo, Bob Wallace produziu uma ferramenta de edição de texto chamada PC-Write e a chamou de shareware. (ANTUNES, 2008)¹⁰².

De acordo com Antunes (2008)¹⁰³, durante os anos 80 e 90, com o advento das BBSs, programas shareware começaram a ser distribuídos amplamente por distribuidores que produziam catálogos de até milhares de programas shareware e sob domínio público. Esses distribuidores, como o Public

¹⁰¹ *Ibid*

¹⁰² Jonathan Lamim Antunes. **Freeware e Shareware, o que são?** 2008. Disponível em: http://www.oficinadanet.com.br/artigo/1278/freeware_e_shareware_o_que_sao. Acesso em: 03/12/08.

¹⁰³ *Ibid*

Software Library, prestavam serviço a programadores que não tinham como atender a pedidos.

Com o surgimento e crescimento da Internet, a localização e o download de programas foi extremamente simplificado, o que aumentou o volume de downloads. Porém, surgiram meios muito eficientes de classificar e avaliar software através de sistemas de notas e comentários, como em blogs ou grandes sites: tornando-se fácil localizar o melhor produto para uma tarefa ou localizar produtos de nicho. Assim pequenos produtores e programadores foram desencorajados a criar projetos pequenos ou de menor qualidade. (ANTUNES, 2008)¹⁰⁴.

Segundo Antunes (2008)¹⁰⁵, o Software Shareware é uma forma perfeita de se promover a venda de um software, pois possui uma qualidade altamente vantajosa, tanto ao programador quanto ao consumidor adquirente.

O Software Shareware é aquele que se pode usar, copiar e distribuir livremente, mas o uso é temporário, devendo o interessado arcar com o pagamento do software caso deseje o uso continuado. É uma forma do consumidor usar e testar na prática o programa, verificando se este é o que esperava e se terá a efetiva utilidade que buscava. (FERRARI, 2003)¹⁰⁶

Segundo Ferrari (2003)¹⁰⁷, também, o Shareware não tem a obrigação de um software completo, ele pode ser parcial, apenas para demonstração, pois o uso do programa, na íntegra, exigiria mesmo a compra. Assim, ele se torna similar ao Demo, ou Demonstração.

De acordo com Ferrari (2003)¹⁰⁸, conforme determina o Código de Defesa do Consumidor, todo e qualquer produto pode ser devolvido até sete dias após a

¹⁰⁴ *Ibid*

¹⁰⁵ *Ibid*

¹⁰⁶ Alexandre Coutinho Ferrari. **Proteção Jurídica de Software**. 2003. Disponível em: <http://www.doutord.com.br>. Acesso em: 28/11/08.

¹⁰⁷ *Ibid*

¹⁰⁸ *Ibid*

compra e, em caso de compra pela Internet, o prazo começa a contar após o recebimento do produto.

Essa devolução é complicada para o vendedor, tanto administrativamente quanto para fins fiscais, gerando um gasto conhecido no mundo da economia e combatido pelo projeto denominado como “Seis Sigma”. (FERRARI, 2003)¹⁰⁹

Segundo Ferrari (2003)¹¹⁰, destaca-se que o Projeto Seis Sigma é a análise de estatística, para controle das variáveis do processo de venda, visando obter o maior acerto e o mínimo prejuízo causado pela devolução de mercadorias, além da eliminação de gastos secundários dentro do processo.

Para uma empresa obter sucesso em Seis Sigma, é necessário apresentar menos que 0,002 parte por milhão, atingindo, assim, a perfeição de 99,9999998, ou seja, seis números “nove” após a vírgula, sendo o melhor resultado (seis noves) de um total de 100%. (FERRARI, 2003)¹¹¹.

De acordo com Ferrari (2003)¹¹², com o Software Shareware, isso pode ser mais bem alcançado, pois serão mínimas as devoluções, garantidas por Lei, pois o simples fato de o consumidor alegar que o produto não é exatamente o que pretendia quando o comprou já pode justificar o pedido de devolução do programa com reembolso da quantia paga.

Já tendo o consumidor testado o produto, não haverá risco, e se houver, será mínimo, de devolução. Também, é ótimo para o programador, pois o consumidor poderia não comprar seu produto, uma vez que não o conhecia, optando por outro de menor custo. (FERRARI, 2003)¹¹³.

¹⁰⁹ *Ibid*

¹¹⁰ *Ibid*

¹¹¹ *Ibid*

¹¹² *Ibid*

¹¹³ *Ibid*

Ferrari (2003)¹¹⁴, diz se o produto for testado, o consumidor poderá ser seduzido por ele, quando pôde verificar sua utilidade e então pode comprá-lo para continuar com as informações contidas e/ou utilizando seu serviço, que, muitas vezes, acaba “conquistando” o comprador, seja pelo uso ou por já ter se acostumado a ele.

Assim, o Shareware pode ser usado, copiado e distribuído livremente, mas o uso continuado, após o período cedido pelo programador, geralmente de 30 dias, será garantido somente após o efetivo pagamento da licença, que não necessariamente deverá ser diferente da já apresentada para a demonstração, podendo ser a mesma para a apresentação e o uso efetivo do produto. (FERRARI, 2003)¹¹⁵.

4.6 O Direito de Uso do Software shareware

Segundo Ferrari (2003)¹¹⁶, por ser um Software Shareware, o usuário poderá utilizá-lo pelo período determinado de 30 dias – por exemplo – ou o tempo que se achar adequado.

No transcorrer esse período, o uso será consentido posteriormente o pagamento concretizado do uso desta licença, bem como será fornecida uma senha para liberar do programa.

De acordo com Ferrari (2003)¹¹⁷, atambém o usuário poderá promover cópia de segurança da versão shareware, salvando para si sua senha no caso de pagamento e reutilizá-lo em outro hardware de seu uso, entretanto poderá usá-lo em apenas um único hardware de cada vez. O uso em um segundo hardware requererá nova licença.

¹¹⁴ *Ibid*

¹¹⁵ *Ibid*

¹¹⁶ *Ibid*

¹¹⁷ *Ibid*

Finalizando este capítulo ver-se que o usuário poderá distribuir a versão shareware do software livremente, desde em conjunto com a licença de uso. E Qualquer alteração almejada necessita ser antecipadamente autorizada por seu criador, pelos meios citados anteriormente, sob pena das cominações legais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após finalizar este trabalho vê-se que existem atualmente diferentes formas de proteção jurídica dos softwares.

Entende-se que o programa de computador com certeza desempenha um papel fundamental e importante na presente Sociedade do Conhecimento. Em meio às manifestações da informação assim como, bem econômico, político e jurídico do mesmo modo mais complacente do mundo contemporâneo, o programa de computador é considerado um dos mais estratégicos.

Percebe-se que com o crescente aparecimento do programa de computador bem como fator de desenvolvimento econômico e tecnológico, e a transformação de paradigma tecnológico na década de 80, a formulação de um ordenamento jurídico de proteção para o programa se tornou necessário e estratégico.

Observa-se que nesse novo enfoque tecnológico, cada país buscou uma legislação mais apropriada às suas necessidades e anseios de desenvolvimento social e econômico.

O programa de computador no Brasil tem um regime de proteção o qual é conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e associados vigentes no País pela Lei n. 9.609/98. Embora seja protegido por uma legislação *sui generis*, adota a tendência da maioria dos países do mundo que perceberam e entenderam que o programa de computador precisa ser o atribuído às obras literárias e pela legislação de direito autoral.

O regime de proteção do programa de computador como patente de invenção não é passível de privilegiabilidade, segundo o art. 10, inciso V, da Lei n. 9.279/96

Sabe-se que no setor da informática, as formas de proteção mas utilizadas são os direitos autorais e as patentes, assim consisti em que alguns

países utilizam formas *sui generis*, no entanto, também apresenta como o base a legislação de direitos autorais.

Dessa maneira, os interpretadores da lei precisam criar mecanismos de avaliação, até então inexistentes, procurando exercitar a justiça.

A justiça como visto varia de país para país, de acordo com seu nível de desenvolvimento e as pretensões da sociedade.

Vê-se que no direito pátrio, fortifica uma legislação *sui generis*, no entanto tem como alicerce de sustentação os direitos autorais.

O patenteamento do software reage com muita contrariedade aos princípios do sistema de patentes, o qual não aceita o patenteamento de uma invenção vulgar, abstrata e sem aplicação industrial.

Percebe-se que o patenteamento de programas de computador é expressamente proibido, nesse sentido acredita-se que o ordenamento brasileiro está no meio das formas de proteção mais avançadas do mundo.

Espero que com este trabalho possíveis questionamentos sobre as normas vigentes no Brasil relativas aos softwares tenham sido dirimidos. Iluminando o caminho daqueles que por esse tema tem interesse. Trazendo a tona esse pouco difundido, mas de grande importância assunto.

Conclui! Que o Estado deve fortalecer a inovação e a propriedade intelectual no país, designando um sistema nacional conectado com a inovação e propriedade intelectual. É indispensável também criar por meio da instrumentação jurídica a estrutura institucional imprescindível à inovação e ao registro de patentes nacionais, visando a importância e o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FURTADO, Wilson. FURTADO, Cristine Schreiter. **Dos contratos e obrigações de software**. 1ª Edição. Iglu, 2004.

LEITE, Julio Cesar Prado. **A proteção indiscriminada ao software e os riscos da invenção**. Revista de Informação Legislativa. Brasília:Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal. a.29, n. 115, jul./set. 1992.

ENDEREÇOS ELETRÔNICOS:

ABREU, Andréa. **Direitos autorais e software**. 2007. Disponível em: <http://www.baguete.com.br/artigosDetalhes.php?id=285>. Acesso em: 02/12/08.

ANTUNES, Jonathan Lamim. **Freeware e Shareware, o que são?** 2008. Disponível em: http://www.oficinadanet.com.br/artigo/1278/freeware_e_shareware_o_que_sao. Acesso em: 03/12/08.

BARBOSA, Denis Borges. **A Proteção do Software**. 1994. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/160.doc>. Acesso em: 26/11/08.

CERQUEIRA, Tarcisio Queiroz. A Lei do Software. S/D. Disponível no site: http://www.tarcisio.adv.br/novo/index.php?pagina=material.php&pagina2=curso/a-12-leid_sw_comentada.htm. Acesso em: 29/11/08.

FERRARI, Alexandre Coutinho. **Proteção Jurídica de Software**. 2003. Disponível em: <http://www.doutord.com.br>. Acesso em: 28/11/08.

SANTOS, Gabriel Borges dos. **Software livre**. 2008. Disponível em: <http://gabrielborges.wordpress.com/>. Acesso em: 03/12/08.

SANTOS, Luiz Antonio Xavier dos. **A proteção jurídica do software, com ênfase em patente**. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10312>. Acesso em: 29/11/08.

SOUZA, Márcia Cristina Pereira de. **Proteção jurídica do software**. 1997. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo18.htm>. Acesso em: 26/11/08

TELLES, Eduardo; et al. **Terceiro Resumo de Projeto de Engenharia de Software**. 2004. Disponível em: <http://www-di.inf.puc-rio.br/~julio/Rel3-6.pdf>. Acesso em: 03/12/08.