

PATRICIA DE OLIVEIRA AREAS

**CONTRATOS INTERNACIONAIS DE SOFTWARE: O DIREITO
MORAL DO AUTOR COMO LIMITANTE DA AUTONOMIA DA
VONTADE**

**Florianópolis
MARÇO 2006**

PATRÍCIA DE OLIVEIRA AREAS

**CONTRATOS INTERNACIONAIS DE SOFTWARE: O DIREITO
MORAL DO AUTOR COMO LIMITANTE DA AUTONOMIA DA
VONTADE**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Relações Internacionais.

Professor orientador: Dr. Luiz Otávio Pimentel

Florianópolis

MARÇO 2006

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pela vida e a oportunidade.

Agradeço à minha família que tanto apoiou neste momento.

Agradeço ao professor Doutor Luiz Otávio Pimentel, pelos anos de aprendizado, pela amizade e pela dedicação.

Agradeço aos professores Doutor Welber Oliveira Barral, Doutor Aires José Rover, Doutor Christian Guy Caubet, Doutor Arno Dal Ri Junior, Doutora Odete Maria de Oliveira, Doutor Luis Fernando Franceschini, Doutor Antônio Carlos Wolkmer, Doutor Orides Mezzaroba, Doutora Adriana Dreyzin de Klor, Doutor Diego P. Fernández Arroyo, Doutora Cecília Caballero Lois, Doutor Roberto Pacheco pelas aulas ministradas, discussões, sugestões e amizade durante o mestrado.

Agradeço aos colegas e amigos Milene Dantas Cavalcante, Karla Closs Fonseca, Fabiola Zibetti, Leonardo Freitas, Luciano da Silva, Aluizia Cadori, Michele Copetti, pelas discussões, sugestões, auxílios ocorridos durante o projeto PLATIC e as atividades junto ao Departamento de Propriedade Intelectual da UFSC, que tanto auxiliaram na presente dissertação e por toda a dedicação.

Agradeço aos amigos Mestre Renato Balancieri, Mestre Wagner Watanabe, Mestre Alessandro Bovo, Mestre Marlon Gueiros, que auxiliaram nas dúvidas técnicas sobre *software*.

Agradeço aos colegas de Relações Internacionais André, Andréa, Andréia, Erik, Larissa, Maia, Maria Lúcia, Mônica e Paulo, pelo período de amizade, companheirismo e transformações.

Agradeço aos amigos Adriana Santos Silva, Matheus Felipe de Castro, Vanessa Lenhard, Simone Fraga, Simone Razl e todos os demais que tornaram esta fase repleta de ótimos momentos.

Agradeço às amigas Armanda B. Rufino, Nayla Ferreira Lima, Roberta Nardi, Adriana Santos Silva, Adriana Balancieri pela força, amizade e paciência.

DEDICATÓRIA

Dedico a presente dissertação à minha família:

Luiz, Inez, Luciano, Marcio, Tereza e Zélia

RESUMO

A presente dissertação trata do direito moral do autor e sua aplicabilidade nos contratos internacionais envolvendo a comercialização do *software*. Tem-se como objetivo analisar se o direito moral do autor pode ser considerado um limitante da autonomia da vontade das partes nestes contratos. Para tanto, utiliza-se como fonte de pesquisa as legislações nacionais e internacionais pertinentes ao assunto, jurisprudências, doutrinadores brasileiros e estrangeiros, dados estatísticos e dados provenientes de projetos realizados juntamente com empresários do setor. O método utilizado é o dedutivo. Como resultado da presente pesquisa, chega-se à conclusão de que o direito moral do autor é um limitante da autonomia da vontade nos contratos internacionais, seja por força da legislação específica de direito autoral e dos tratados internacionais; como também pelo direito moral do autor ser considerado um dos direitos da personalidade, se enquadrando no conceito de ordem pública que limita a aplicação de leis estrangeiras em território nacional.

PALAVRAS CHAVES

Propriedade intelectual

Software

Direito moral do autor

Contratos internacionais

Autonomia da vontade

ABSTRACT

The present work analyses the moral right of the author and its applicability in international software contracts. Its main objective is to find out if the moral right of the author can be considered a factor that limits party autonomy in these contracts. The research sources used are national and international laws pertinent to the subject, case law, Brazilian and foreign doctrine, statistical data and data from projects with entrepreneurs of the sector. The method used is deductive. The dissertation concludes that the moral right of the author is a limitation to party autonomy in international contracts, either because of the specific national copyright law and international treaties; or because the moral right of the author is considered a personality right, framed within the concept of public order that limits the application of foreign law in the national territory.

KEY WORDS

Intellectual property

Moral right of the author

Software

International contracts

Party Autonomy

LISTA DE SIGLAS

- ABES - Associação Brasileira das Empresas de *Software*
- ABINEE - Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica
- ABPTI – Associação Brasileira das Instituições de Pesquisa Tecnológica
- ASSESPRO – Associação das Empresas Brasileiras em Tecnologia da Informação, *Software* e Internet.
- CC – Código Civil Brasileiro
- CCI – Câmara de Comércio Internacional
- CDC – Código de Defesa do Consumidor
- CF – Constituição da República Federativa do Brasil
- CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
- CNUCED – Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento
- CONIN – Conselho Nacional de Informática e Automação
- CPC – Código de Processo Civil
- DIPr – Direito Internacional Privado
- IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
- IEES – Instituto de Estudos Econômicos em Software
- LDA – Lei de Direitos Autorais
- LICC – Lei de Introdução ao Código Civil.
- MCT – Ministério da Ciência e Tecnologia
- MRE – Ministério de Relações Exteriores
- OEA – Organização dos Estados Americanos
- OMC – Organização Mundial Do Comércio
- OMPI – Organização Mundial Da Propriedade Intelectual
- ONU – Organização das Nações Unidas
- ONUDI – Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial
- SEI – Secretaria Especial de Informática
- SUCESU – Associação de Usuários de Informática e Telecomunicação
- UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional
- UNESCO – Organização das Nações Unidas para a educação, a ciência e a cultura
- UNIDROIT – Instituto para Unificação do Direito Privado

ÍNDICE

Introdução	1
1 <i>Software</i> e contratos de <i>software</i>	7
1.1 <i>Software</i>	7
1.1.1 Conceito de <i>software</i>	7
1.1.2 Características do <i>software</i>	13
1.2 Contratos de <i>software</i>	24
1.2.1 Legislação acerca da comercialização e contratação de <i>software</i>	24
1.2.2 Aplicação das regras gerais do contrato	33
1.2.3 Espécies dos contratos	47
2 Princípio da autonomia da vontade nos contratos de <i>software</i>	80
2.1 Conceito de autonomia da vontade	80
2.1.1 Autonomia da vontade no direito brasileiro	85
2.1.2 Convenções internacionais ratificadas pelo Brasil	95
2.1.3 Convenções internacionais não ratificadas pelo Brasil.....	99
2.2 Limitações à autonomia da vontade nos contratos internacionais.....	110
2.3 Autonomia da vontade nos contratos internacionais de <i>software</i>	120
2.3.1 Lei aplicável aos contratos internacionais de <i>software</i>	120
3 Direito moral do autor como limitante da autonomia da vontade nos contratos internacionais de <i>software</i>	136
3.1 Direito moral do autor.....	136
3.1.1 Origem histórica	136
3.1.2 Conceito	140
3.1.2 Direitos da personalidade.....	157
3.1.3 Regulamentação.....	166
3.1.4 Faculdades garantidas como direito moral do autor	191
3.2 Direito moral do criador do <i>software</i>	196
3.2.1 Origem da proteção jurídica do <i>software</i> e legislações	196
3.2.2 Proteção do direito moral do criador de <i>software</i>	199
3.2.3 Faculdades garantidas pelo direito moral	202
3.3 Aplicabilidade dos direitos morais do autor como limitante da autonomia da vontade nos contratos internacionais de <i>software</i>	205
Considerações finais	211
Referências normativas.....	215
Referências bibliográficas.....	219
Anexos	230
Anexo A – Gráficos e tabelas	230
Anexo B	239

INTRODUÇÃO

Cada vez mais importante na sociedade atual, o uso do *software* vem determinando transformações nas estruturas econômica, política e jurídica – a maior parte delas decorrente da disseminação globalizada de computadores para processar conhecimento e informação e dados.

O uso de computadores e de *softwares*, que permitem o funcionamento da máquina, seja em âmbito comercial e cultural, seja enquanto potencial de inovações tecnológicas, seja ainda como recurso rápido para acessar conhecimento e informação, se tornou fundamental também para conquistar e manter o poder, principalmente o econômico.

Os *softwares* assumiram papel fundamental na economia, tanto nacional quanto internacional, o que pode ser comprovado por algumas estatísticas disponíveis no Brasil.

Tão significativa é a importância econômica da informação que a Comissão Nacional de Classificação (CONCLA) e o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) agregaram dois novos setores à Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE): o “setor informacional” e o “setor de tecnologias de informação e comunicação”¹.

O *software*, por sua vez, é um dos principais componentes desse setor – e tanto o “desenvolvimento” quanto a “edição de *softwares* prontos para uso” são indicados pelo código 72.21-4, segundo a CNAE².

Estatísticas econômicas disponíveis comprovam a relevância dos serviços de informação e, especificamente, das atividades de informática. Em 2002, 31,6% do total do faturamento da receita operacional líquida (R\$ 290,5 bilhões) das cerca de 945 mil empresas relacionadas à prestação de serviços não-financeiros existentes no Brasil e pesquisadas pela Pesquisa Anual de Serviços (PAS) do IBGE, provieram dos serviços de

¹ “A revisão 3.1 da ISIC/CIU apresenta, entre outras, a descrição de agregações alternativas para os segmentos das atividades de informação e culturais que conformam o Setor Informacional, tal como definido na NAICS, e das atividades relacionadas às tecnologias de informação e comunicação, o Setor de Tecnologias de Informação e Comunicação – TIC, tal como definido em estudos da OCDE” (IBGE, Classificação Nacional de Atividades Econômicas. Versão 1.0. 2. ed. Rio de Janeiro: IBGE; Rio de Janeiro: CONCLA, 2004. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/classificacoes/cnae1.0_2ed/cnae10v2.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2006. p. 31). Ressalta-se que a próxima revisão a ser feita pelo IBGE está prevista para 2007, oportunidade que será lançada a versão 2.0, do CNAE. Informação disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/concla/revisao2007.php?l=6>>. Acesso em 4 mar. 2006.

² IBGE, 2004, p. 277-278.

informação. Este segmento representou 5,4% das empresas pesquisadas (Gráfico 1 do anexo A). Além disso, ainda em 2002, a produtividade das empresas que prestam serviços de informação foi de R\$ 213,3 mil, bem acima da média de R\$ 42,4 mil registrada pelo conjunto dos demais serviços. A área também foi a que pagou o maior salário médio mensal – na ordem de 8,5 salários mínimos –, enquanto a média total dos demais setores de serviços não-financeiros no Brasil foi de apenas 3,2 salários mínimos (Tabela 1 do anexo A). O segmento gerou um faturamento líquido de R\$ 91,9 bilhões, sendo 61,5% desse total provenientes das telecomunicações (Gráfico 2 do anexo A). Já a atividade de informática, “que vem se expandindo rapidamente desde a década passada”, teve a maior participação no número de empresas (80,9%) e de pessoas ocupadas (59,1%), no segmento das atividades de informação. A remuneração paga, em média, foi de 6,7 salários mínimos (Gráfico 2 do anexo A)³.

No que se refere ao *software*, o Instituto de Estudos Econômicos em Software (IEES) agrega outros dados estatísticos. Em 2003 (assim como em 2002), as regiões Sudeste e Sul foram as que mais concentraram empresas desenvolvedoras de *software* no país – na Região Sudeste estão 64,4% e na Região Sul, 23,6% do total dessas empresas (Gráfico 3 do anexo A). Na comparação com 2002, em 2003 registrou-se pequeno aumento na Região Sul em detrimento da Sudeste. Santa Catarina é responsável por 8,1% das empresas de *software* de todo o país, concentrando um total de 221 empresas (Tabela 2 do anexo A)⁴. Ainda segundo pesquisa elaborada pela IEES, que analisou uma amostra de aproximadamente 10% do total de empresas existentes no setor, o faturamento da área aumentou consideravelmente de 1998 até 2003.

De acordo com estimativas, no período de 1998 a 2000 havia aproximadamente quatro mil empresas de *software* no Brasil. Embora esse número tenha caído, entre 2002 e 2003, para cerca de 3.500 empresas, o faturamento do setor aumentou. Veja-se: em 1998, o faturamento de 347 empresas de *software* alcançou R\$ 3.699.602.500,00, com projeção de faturamento de R\$ 9.366.800.000,00 para o conjunto das quatro mil empresas. Em 2002, numa amostragem de 304 empresas, o faturamento subiu para R\$ 7.446.418.400,00, alcançando a projeção para 3.500 empresas um total de R\$ 11.313.000.000,00. Já em 2003,

³ IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Serviços e Comércio, Comentários à Pesquisa Anual de Serviços, 2002. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/comercioeservico/pas/pas2002/analisepas2002.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2006. p. 2; 3; 6; 7.

⁴ DISTRIBUIÇÃO geográfica das empresas de software e áreas de aplicação dos produtos. *Revista Economia e Tecnologia*, v. 6, n. 01, jan./fev. 2003. Disponível em: <http://www.iees.org.br/Conteudo/Artigos/ETe1_V6_N1.doc>. Acesso em: 12 fev. 2005. p. 1-2.

o faturamento de 349 empresas atingiu R\$ 8.707.877.500,00, indicando a projeção para 3.500 empresas um valor de R\$ 13.256.100.000,00. Santa Catarina, com uma amostragem de 30 empresas (9,9% das 304 empresas pesquisadas), foi responsável por 3,8% do faturamento nacional em 2002, totalizando R\$ 279.585.000,00. Em 2003, contando com a amostra de 28 empresas (8% das 349 empresas pesquisadas), Santa Catarina foi responsável por 3,7% do faturamento nacional, alcançando R\$ 326.460.400,00 (Tabelas 3, 4 e 5 do anexo A)⁵.

A informação e, conseqüentemente, a tecnologia que a envolve, são os maiores bens econômicos que propulsionam a sociedade atual, atingindo por igual os âmbitos social e jurídico.

Paulo Marcos Rodrigues Brancher destaca a forma como o elemento industrial, antes primordial para o desenvolvimento, mormente no aspecto econômico, foi substituído pela propriedade intelectual e pela informação⁶.

Aires J. Rover e Djônata Winter, no mesmo sentido, ressaltam que “os avanços das telecomunicações e da informática nos últimos anos revolucionaram a sociedade contemporânea, criaram novos comportamentos, redirecionaram a economia e deram um impulso definitivo à globalização”.⁷

Douglas F. Aldrich explica que a economia mundial passou por várias etapas, começando pela fase agrícola, passando à industrial e desta para a digital. Esclarece ainda que entre as duas últimas houve ainda duas etapas intermediárias: a economia de serviços e a global.

Segundo o mesmo autor, a tecnologia se tornou dominante com o advento da economia digital, sendo a informação o direcionador do valor e da criação de riqueza. Desta forma, a tecnologia da informação “se torna a chave do sucesso num número crescente de indústrias”⁸.

⁵ FATURAMENTO do setor de software no Brasil. *Revista Economia e Tecnologia*, v. 7, n. 06, nov./dez. 2004. Disponível em: <http://www.iees.org.br/Conteudo/Artigos/ETe1_V7_N6.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2005.

⁶ BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. *Contratos de software*. Florianópolis: Visual Books, 2003. p. 11.

⁷ ROVER, Aires J.; WINTER, Djônata. A revolução tecnológica digital e a proteção da propriedade intelectual. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). *Propriedade intelectual & internet*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 75.

⁸ ALDRICH, Douglas F. *Dominando o mercado digital*. Trad. Maria Withaker Ribeiro Nolf e Marisa do Nascimento Paro. São Paulo: Makron Books, 2000. p. 5.

Eugenio Ull Pont define tecnologia da informação como “o conjunto de ferramentas, normalmente de natureza eletrônica, que se utilizam para o recolhimento, armazenamento, tratamento, difusão e transmissão da informação”⁹.

Fábio R. Servo e José Marcelo S. Boavista, coordenadores da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda (SPE/MF), afirmam que a tecnologia da informação (TI)¹⁰ é o núcleo da “Nova Economia”, responsável pelo crescimento econômico do EUA, cujo Produto Interno Bruto (PIB) se tem elevado na média de 3,2% ao ano desde 1991. No mesmo artigo, após analisar vários dados estatísticos, tanto no Brasil como nos EUA, os autores concluem que o Brasil, cada vez mais, tem se tornado consumidor de bens e serviços de TI. “O consumo aparente da TI no Brasil cresceu, ao longo da década de 90, a uma taxa média de 6,4% ao ano, o dobro registrado pela absorção da economia como um todo (cerca de 3,1% ao ano)”. Constatam ainda que essa elevação da absorção doméstica de TI se deveu, principalmente, às importações¹¹.

Destarte, a informação, a tecnologia da informação e, conseqüentemente, os *softwares*, se convertem cada dia mais em bens econômicos fundamentais para o desenvolvimento do país. O *software* assume ainda maior destaque no contexto brasileiro, já que seu desenvolvimento demanda menos investimentos do que criatividade na solução de problemas. Tal é o posicionamento de Tarcísio Queiroz Cerqueira, quando assevera que

exportar software desenvolvido no Brasil será, em curto prazo, muito mais fácil do que se pensa, porque lá fora já se está conhecendo uma nova capacidade do brasileiro, criando-se uma mentalidade altamente receptiva para o programa desenvolvido no Brasil. As razões do sucesso do software no Brasil são simples e óbvias: software não requer tanto investimento em capital quanto criatividade em solução de problemas humanos¹².

Estatísticas econômicas do IEES também destacam o Brasil como um país exportador de *softwares*. Segundo a pesquisa, o maior número de empresas exportadoras

⁹ ULL PONT, Eugenio. La propiedad intelectual y la informática. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). *Propriedade intelectual & internet*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 51 et seq. (Las tecnologías de la información constituyen un conjunto de herramientas, normalmente de naturaleza electrónica, que se utilizan para la recogida, almacenamiento, tratamiento, difusión y transmisión de la información).

¹⁰ Veja-se: CAPELLARI, Eduardo. Tecnologias de informação e possibilidades do século XXI: por uma nova relação do Estado com a cidadania. In: ROVER, Aires José. *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 35-48.

¹¹ SERVO, Fábio R.; BOAVISTA, José Marcelo S. A nova economia brasileira. *Revista Economia e Tecnologia*. V. 4, n. 02, mar./abr. 2001. p. 1. Disponível em: <http://www.iees.org.br/Conteudo/Artigos/ETa1_V4_N2.doc>. Acesso em: 12 fev. 2005. p. 11; 14.

¹² CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Software: lei, comércio, contratos e serviços de informática*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2000. p. 14-15.

atua no segmento “Sob Encomenda” (36,8%), embora os melhores resultados financeiros pertençam às empresas do segmento “Instituições Financeiras”. Já no que se refere ao patrimônio líquido, os melhores índices pertencem ao segmento de “Utilities”, enquanto as mais rentáveis, as mais lucrativas, as de melhor liquidez e as menos endividadas são as do segmento “Corporativo” (Tabelas 6 a 16 do anexo A)¹³.

Tais dados reforçam o fato de ser o *software* um bem com expressiva circulação comercial, principalmente no exterior¹⁴. Daí a importância de analisar o principal instrumento de comercialização dos programas de computador: o contrato.

Nesse contexto e no que se refere ao *software*, o setor da informática é um dos que mais se renovam e ultrapassam fronteiras. A circulação e a transferência de informações ocorrem principalmente pela via comercial, cujos principais instrumentos são os contratos internacionais. As características essenciais do contrato internacional são as partes serem estabelecidas ou residentes em territórios distintos, terem elementos objetivos que vinculem ordenamentos jurídicos de países diversos e a possibilidade de seleção da lei aplicável e do foro.

Daí a importância de se discutir a questão do princípio da autonomia da vontade nestes contratos.

Um dos pontos mais controversos sobre a questão do direito de autor e sobre o *software* envolve os chamados direitos morais, protegidos nos países com regime de *civil law*, mas sem completo respaldo nas nações que optaram pela *common law*. A divergência é tão acentuada que, no acordo sobre Aspectos de Direito da Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (ADPIC)¹⁵, firmado no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), foi determinado que se aplicariam as regras da Convenção de Berna (CUB) aos direitos autorais, com exceção da parte que protege os direitos morais do autor.

Diante de tal possibilidade de divergência legal, convencional e doutrinária, buscase responder sobre se o direito moral de autor pode ser considerado como limitante à

¹³ LORO, Letícia. Resultados financeiros das empresas brasileiras exportadoras de software. *Revista Economia e Tecnologia*. V. 7, n. 06, nov./dez. 2004. Disponível em: <http://www.iees.org.br/Conteudo/Artigos/ETi1_V7_N6.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2005.

¹⁴ Sobre a importância do mercado de *softwares*, veja-se também: TOURNEAU, Philippe de. *Contrats informatiques et électroniques*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 147 et seq.

¹⁵ O acordo sobre Aspectos de Direito da Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio – ADPIC, conhecido também como TRIPS, que é sua sigla em inglês – foi firmado em 1994, sendo ratificado e promulgado pelo Brasil através do Decreto nº 1.355, de dezembro de 1994. Referido no decorrer desta tese como ADPIC.

autonomia da vontade nos contratos internacionais de *software*. Para tanto, se adotará o método dedutivo.

Na formulação da resposta, a hipótese da dissertação sustentará que o direito moral de autor pode limitar a liberdade das partes no âmbito dos contratos internacionais.

Dividiu-se a presente dissertação em três capítulos. No primeiro, tratar-se-á da proteção jurídica do *software*, conceituando-o e diferenciando-o do programa de computador, bem como se destacarão suas principais características, enquadrando-o como bem protegido pelo direito autoral. Este capítulo abordará também os contratos nacionais e internacionais de *software*, analisando as diversas posições doutrinárias e propondo uma classificação das diversas espécies de contrato de *software*.

No segundo capítulo, focalizar-se-á o princípio da autonomia da vontade, tratando de seu conceito e de sua regulamentação na legislação nacional e nas principais convenções internacionais (ratificadas e não-ratificadas pelo Brasil). Ainda se abordará as limitações à autonomia da vontade, com base na legislação nacional e nos tratados internacionais ratificados pelo país. Em seguida será analisada especificamente a autonomia da vontade nos contratos internacionais de *software*, regulamentados que são pelo direito autoral, que possui normas particulares sobre a lei aplicável.

No terceiro e último capítulo, tratar-se-á especificamente do direito moral do autor como limitante da autonomia da vontade. Buscar-se-á a origem histórica do direito moral no contexto do direito autoral, passando-se à sua conceituação, às teorias de direito autoral e à terminologia utilizada, para classificá-lo, por fim, como um direito da personalidade. A seguir, buscar-se-á situar o direito moral do autor no âmbito do ordenamento interno e dos tratados internacionais, sob a ótica do direito da personalidade. Na terceira parte do capítulo será analisado o direito moral do autor do *software* e suas especificidades, para encerrar com a resposta ao problema proposto, considerando-se o direito moral do criador do *software* como limitante da autonomia da vontade nos contratos internacionais.

Conclui-se comprovando a hipótese levantada e ressaltando a importância de uma análise não só doutrinária e legislativa, mas política e conjuntural acerca do tema, por envolver um bem de imensa relevância para a economia brasileira no panorama internacional.

1 SOFTWARE E CONTRATOS DE SOFTWARE

No primeiro capítulo será tratado do *software* e dos contratos que são utilizados para comercializá-lo, tanto em território nacional como no comércio internacional.

1.1 Software

Será tratado neste primeiro item o conceito e as características gerais do *software*, de forma que seja possível sua contextualização dentro do direito.

1.1.1 Conceito de *software*

Ao conceituar *software*, também chamado “programa de computador”, é importante distinguir, antes de tudo, essas duas expressões, consideradas sinônimas por alguns autores.

A primeira providência é definir programa. Segundo De Plácido e Silva:

Do grego *prógramma*, do latim *programma*, significa plano, intento, projeto. É todo escrito ou publicação anunciando e/ou descrevendo pormenores de espetáculo, concurso, festa ou cerimônia. [...] Na técnica de processamento de dados, é a seqüência de etapas que devem ser executadas pelo computador para resolver determinado problema¹⁶.

Segundo o Dicionário Aurélio, programa é um “escrito ou publicação em que se anunciam e/ou descrevem os pormenores de um espetáculo, festa ou cerimônia, das condições dum concurso etc.”¹⁷

Já programa de computador, segundo De Plácido e Silva, é a

expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento de informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados¹⁸.

¹⁶ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*, 21. ed. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 647.

¹⁷ AURÉLIO. *Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 5.11*. 3. Ed. Positivo, 2004. CD-ROM.

¹⁸ Essa conceituação é muito similar à legal, trazida pela Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, em seu art. 1º: “Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural

Dispôs sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador e sua comercialização no país a Lei n° 9.609, de 19.02.98, revogando, no particular, a Lei n° 7.646, de 18.12.87¹⁹.

O Dicionário Aurélio, por sua vez, o define como a “seqüência completa de instruções a serem executadas por computador. Tanto a versão em código-fonte (escrita em linguagem simbólica) quanto o código executável (já convertido em linguagem de máquina) são chamados de *programa*”²⁰.

Na língua inglesa também existe a palavra *program* relacionada à computação, que significa “um conjunto de instruções em código que controla as operações de um computador”²¹.

Software, sendo palavra originalmente inglesa, traduz “os programas etc., usados para operar um computador”²².

Software é definido, no Dicionário Aurélio, como:

1. Em um sistema computacional, o conjunto dos componentes que não fazem parte do equipamento físico propriamente dito e que incluem as instruções e programas (e os dados a eles associados) empregados durante a utilização do sistema.
2. Qualquer programa ou conjunto de programas de computador²³.

Assim, apesar de muitas vezes os termos *software* e programa de computador serem utilizados como sinônimos, eles são diferentes: *software* é mais abrangente que programa de computador.

Marcos Wachowicz explica detalhadamente a definição jurídica de *software*, bem como seus componentes e outros elementos. No que tange à conceituação de *software*, o autor observa que

software abrange, além do programa de computador em si, que é a linguagem codificada, também a descrição detalhada do programa, as instruções codificadas para criar o programa, a documentação escrita auxiliar deste, bem como outros materiais de apoio relacionados. Isso tudo para que, uma vez ocorrida a incorporação do *software* ao meio físico *hardware*, possibilite-se a execução de inúmeras funções

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”.

¹⁹ DE PLÁCIDO E SILVA, 2003, p. 647.

²⁰ AURÉLIO, 2004.

²¹ OXFORD. *Oxford advanced learner's compass*. Oxford: Oxford University Press, 2005. ([...] a set of instructions in code that control the operations or functions of a computer).

²² OXFORD, 2005.

²³ AURÉLIO, 2004.

previamente determinadas e que estão disponíveis para serem utilizadas e realizadas pelos usuários do computador²⁴.

Emir Iscandor Amad também diferencia as expressões *software* e programa de computador:

As expressões ‘software’ e ‘programa de computador’ não são sinônimas, apesar de serem amplamente usadas como tal. De fato, o ‘software’ representa uma rotina de procedimentos altamente técnicos, que englobam a sua criação intelectual – a idéia –, seguida da fase de desenvolvimento, quando o software é efetivamente ‘escrito’ em linguagem técnica, culminando com o programa de computador propriamente dito, que é a parte ‘visível’ do software. Logo, o programa de computador é o resultado da criação do ‘software’, compreendendo uma parte significativamente menor do que o ‘software’ como um todo. Entretanto, para fins deste trabalho usaremos as expressões como equivalentes uma vez que assim são empregadas na prática generalizada²⁵.

Denis Borges Barbosa também destaca tal diferenciação, com base na Lei n° 7.232, de 29 de outubro de 1984²⁶:

A expressão Software, ou, em francês, *logiciel*, se aplica seja ao programa de computador propriamente dito, seja à descrição do programa, seja à documentação acessória, seja a vários destes elementos juntos. No dizer do Art. 43 da Lei de Informática (n° 7.232 de 29 de outubro de 1984), software seria a soma do programa de computador e de sua documentação técnica associada. [...]
O núcleo da noção software, de qualquer maneira, é o programa de computador, cuja definição legal foi fixada pelo Art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.609/98. [...]. (grifo no original)²⁷

A referida lei, tanto em seu art. 3º como no art. 43, diferencia programa de computador e *software*:

Art. 3º [...]

III – importação, exportação, produção, operação e comercialização de programas para computadores e máquinas automáticas de tratamento da informação e respectiva documentação técnica associada (“software”); [...]

Art. 43 – Matérias referentes a programas de computador e documentação técnica associada (“Software”) (VETADO) e aos direitos relativos à privacidade, com direitos da personalidade, por sua

²⁴ WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual do software & revolução da tecnologia da informação*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 71.

²⁵ AMAD, Emir Iscandor. *Contratos de software “shrinkwrap licenses” e “clickwrap licenses”*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 7.

²⁶ BRASIL, Lei n° 7.232, de 29 de outubro de 1984. Dispõe sobre a Política Nacional de Informática, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 10 jan. 2006. Referida no decorrer desta dissertação como Lei n° 7.232/1984.

²⁷ BARBOSA, Denis Borges. *A proteção do software*, 2001. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/77.DOC>>. Acesso em: 21 out. 2004. p. 8; BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade intelectual: direitos autorais, direitos conexos e software*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 141.

abrangência, serão objeto de leis específicas, a serem aprovadas pelo Congresso Nacional. (grifos nossos)

Wachowicz relata, ainda, as três categorias que formam o conceito de *software* segundo a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)²⁸, aprovadas em 3 de junho de 1977:

- 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;
- 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;
- 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 usuários²⁹.

Com base no projeto de tratado do *software* da OMPI, Irineu Strenger deduz que o mesmo tem as seguintes características:

- sua estrutura: o *software* é um conjunto de instruções;
- sua função: ele deve permitir o funcionamento de uma máquina de tratamento de informação;
- seu objeto: a produção de um resultado determinado;
- eventualmente por seus acessórios: a documentação auxiliar que permite a utilização e compreensão pelo homem, assim como o suporte material sobre o qual se encontra registrado e que possibilita a decifração da máquina³⁰.

Liliana Minardi Paesani, ao tratar da natureza jurídica do *software*, atribui-lhe dois sentidos: em sentido estrito, *software* coincidiria com programa de computador; em sentido amplo, *software* abrangeria, além do programa de computador, “o suporte magnético, o manual de instruções e a documentação acessória”³¹.

Enrique Fernandez Masiá, baseado nas disposições-tipo da OMPI, também distingue programa de computador e *software*, destacando ser o primeiro a peça-mestre do

²⁸ A OMPI foi criada em 14 de julho de 1977 e tem a função de administrar a Convenção de Berna (CUB) e a Convenção de Paris (CUP), que regulam os temas concernentes à propriedade intelectual. Será referida no decorrer desta dissertação apenas como OMPI.

²⁹ WACHOWICZ, 2004. p. 71-72.

³⁰ STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 1998. p. 413.

³¹ PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 26.

segundo, sendo acessórios do programa de computador a “descrição do programa” e o “material de apoio”³².

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

O *software* é um bem imaterial muito particular, fruto de uma criação intelectual (como uma obra literária, ou... um contrato). A palavra *software* engloba várias categorias distintas, que não são determinantes; mas todas compreendem mais que um programa. Em outras palavras, as duas palavras não são sinônimas: o programa é um elemento constitutivo de um *software*, que inclui notadamente outros programas e sub-programas, a documentação e o material de concepção preparatória³³.

O conceito legal brasileiro de programa de computador consta do art. 1º da Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998³⁴:

Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Como se vê, o artigo da Lei nº 9.609/1998 regulou programa de computador, nada mencionando sobre *software*. Assim, contempla tão-somente o conjunto de instruções que fazem com que o computador cumpra sua função, nada dispendo sobre material de apoio ou descrição, que são protegidos pelo regime geral de direito autoral.

Nesse sentido, se expressa Barbosa:

A intenção do legislador da Lei 9.609/98, assim, era proteger pelo regime especial exclusivamente o programa de computador, deixando de lado a documentação técnica associada – que, em princípio, será objeto do Direito Autoral genérico e do regime fiscal e regulatório próprio aos livros e documentos, conforme sua natureza³⁵.

³² FERNANDEZ MASIÁ, Enrique. *La protección de los programas de ordenador em España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 40.

³³ TOURNEAU, Philippe de. *Contrats informatiques et électroniques*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2004. (Le logiciel est un bien immatériel très particulier, fruit d’une création intellectuelle (comme une oeuvre littéraire ou... un contrat). Le mor de logiciel englobe plusieurs catégories distinctes, qui ne son pas déterminantes; mais toutes comprennent plus qu’un programme. Autement dit, les deux mots ne sont pas synonymes : *Le programme n’est qu’un élément constitutif d’un logiciel*, qui incluit notamment, outre des programmes et des sous-programmes, la documentation et le matériel de conception préparatoire).

³⁴ 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.senado.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2004. Referida no decorrer da tese como Lei nº 9.609/1998.

³⁵ BARBOSA, 2001, p. 9.

Não obstante a limitação legal da Lei nº 9.609/1998, se utilizará no decorrer desta dissertação o termo *software*, referido em todo o seu conjunto e que inclui o programa de computador. Justifica-se tal escolha pela própria delimitação temática deste trabalho – o direito moral do autor, que abrange o *software* como um todo e não apenas o programa de computador. O entendimento é correto na medida em que, na comercialização – ou seja, na contratação –, o objeto da negociação é o *software* como um todo e não apenas as instruções codificadas, isto é, o programa de computador.

Assim, o *software* tem como um de seus elementos o conjunto de instruções (programa de computador) que determinam como um computador (*hardware*) deve funcionar – conceitualmente, vê-se aí um caráter literário, pois esse conjunto de instruções configura, de algum modo, uma linguagem.

Wachowicz destaca quatro tipos de linguagem de *software*, todas codificadas: “linguagem de máquina; linguagem de baixo-nível, linguagem de médio-nível e linguagem de alto-nível”. Com o intuito de contextualizar o tema, mas sem a pretensão de esgotá-lo, passa-se a diferenciá-las.

O que distingue uma linguagem da outra é justamente o nível de acesso ou sua inteligibilidade. A primeira é a chamada linguagem binária, a menos acessível à compreensão humana, haja vista que é utilizada pela máquina e formada por *bits* representando os números 0 e 1 (passagem ou não-passagem de corrente elétrica). A segunda, a linguagem de baixo nível, é conhecida como *assembly* e, apesar de utilizar algumas palavras inteligíveis em língua inglesa, também é de difícil entendimento e de acesso restrito. A linguagem de médio nível, a terceira, já possui “uma concepção voltada ao ser humano e à máquina”. Finalmente, a quarta linguagem, chamada de alto nível, é mais voltada para o ser humano³⁶.

Fernandez Masiá também estabelece uma classificação: linguagem de máquina, conhecida como código-objeto e a única que o computador “entende”; linguagem de baixo nível, a mais próxima da linguagem de máquina; e linguagem de alto nível, conhecida como código-fonte – as mais utilizadas são COBOL³⁷, FORTRAN³⁸, APL, LOGO e PASCAL³⁹.

³⁶ WACHOWICZ, 2004, p. 73.

³⁷ *Common Business Oriented Language*.

³⁸ *Formula Translation Language*.

³⁹ FERNANDEZ MASIÁ, 1996, p. 45.

Após conceituar *software* e programa de computador, passa-se agora a analisar seu enquadramento jurídico.

1.1.2 Características do *software*

Para entender a proteção jurídica do *software*, destacam-se algumas de suas características, cujos conceitos serão importantes no decorrer da dissertação.

1.1.2.1 *Software regulamentado pelo direito autoral*

Como se pode depreender dos conceitos tratados no item anterior, o *software* é uma linguagem e, com base nisto, é regulado pelo direito autoral – o que se protege é a notação, a linguagem, o conjunto de instruções que formam o *software*, e não o resultado, a funcionalidade do mesmo⁴⁰.

José de Oliveira Ascensão discorda deste viés legal e doutrinário, afirmando que o programa de computador não pode ser considerado uma obra literária ou artística, mas um processo (em que pese tratar-se de uma linguagem destinada à máquina) que não deveria regulamentar-se no âmbito do direito de autor. O autor assevera:

II – Em si o programa escapa à noção de obra.

O programa é um processo ou um esquema para a ação. Mas os processos não são tutelados pelo Direito de Autor. Já vimos que este tutela uma forma, sendo-lhe indiferente que esta forma se refira ou não a uma técnica para a obtenção de um certo resultado.

Portanto, programa como tal não pode estar compreendido nas categorias de obras literárias ou artísticas que a lei contempla (art. 6)⁴¹,

⁴⁰ Quando se quer proteger a funcionalidade do *software*, aplica-se o instituto da patente. Vale ressaltar que, por força do art. 10, V, da Lei n° 9.279, de 14 de maio de 1996, a patente de “programa de computador em si” não é permitida, só sendo possível quando este está vinculado a um *hardware*. O próprio INPI, nas informações de seu site, coloca a patente de *software* nas seguintes condições: “– programas de computador em si (protegidos pelo direito autoral). Note-se, entretanto, que os programas de computador desenvolvidos estritamente para funcionar ‘embarcados’ em máquinas ou equipamentos, normalmente gravados em ‘chips’ integrantes das estruturas destes, podem ser objeto de proteção através de patente. Nestes casos, não se está demandando o programa de computador ‘em si’ e sim a máquina ou equipamento”. INPI. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br>>. Acesso em: 31 jan. 2006.

Entretanto, nos últimos anos, em vários lugares do mundo e até no Brasil, tem-se falado na possibilidade de patentear *softwares*, protegendo com isso a sua funcionalidade. Apesar de ser um tema muito interessante, não é o foco da presente dissertação. Sobre o assunto veja-se: BARBOSA, 2001, p. 23 et seq. BARBOSA, 2003, p. 166 et seq. FERNANDEZ MASIÁ, 1996, p. 53-71; BELLEFONDS, X. Linant. *L’informatique et le droit*. Paris: Presses universitaires de France, 1982. p. 24 et seq; SOARES, José Carlos Tinoco. Patentes de programas de computador. *Revista da ABPI*. ABPI. São Paulo, n. 20, p. 39-46, jan./fev. 1996. VIEIRA, José Alberto C. *A protecção dos programas de computador pelo direito autoral*. Lisboa: Lex, 2005. p. 23 et seq.

⁴¹ Refere-se, com este artigo, à lei anterior (Lei n° 5.988, de 14 de dezembro de 1973) à atual Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998).

muito embora tenhamos presente que a enumeração legal é exemplificativa. [...]

O recurso à tutela como direito de autor foi propugnado com base na consideração da fórmula do programa como um texto literário. Aceitamo-lo numa primeira fase, mas uma ulterior reflexão levou-nos a concluir que, como expressão duma idéia fundamental, ou algoritmo, o programa não pode ser tutelado pelo Direito de Autor. [...]

Estamos, portanto, já muito para além do algoritmo. Observamos que, sendo a expressão obrigatória, a notação do processo não é nada diferente do próprio processo. As instruções ao usuário poderão ser obra protegida; o programa não⁴².

Carlos Correa explica que boa parte da doutrina jurídica e econômica questiona a aplicabilidade e a adequação do direito de autor para regular uma obra funcional como o programa de computador⁴³.

Ascensão justifica a inclusão dos programas de computador no direito autoral por serem objeto de pressão internacional:

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

Somos, pois, obrigados a aceitar a inclusão deste regime especial, de certo modo relacionado com o Direito de Autor⁴⁴.

Correa coincide com o posicionamento de Ascensão sobre a pressão norte-americana para que o *software* fosse regulamentado pelo direito de autor:

Empurrando para o caminho do copyright, o governo e a indústria dos Estados Unidos estrategicamente optaram pela forma de proteção, a qual é mais barata de se obter que os direitos de propriedade industrial, que não requer revelação e, acima de tudo, que permite uma proteção quase que universal e automática sem registro, desde a exata data da criação do programa. [...] A proteção por copyright não requer aplicação e procedimentos em países individuais. Praticamente tem um alcance global como resultado do largo número de membros da Convenção de Berna e da OMC⁴⁵.

Ascensão justifica tal pressão:

⁴² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed., ref. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 665-667.

⁴³ CORREA, Carlos. *Acuerdo TRIPS: regimen internacional de la propiedad intelectual*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. p. 58.

⁴⁴ ASCENSÃO, 1997, p. 665-666.

⁴⁵ CORREA, Carlos M. *Intellectual property rights, the WTO and developing countries: the TRIPS agreement and policy options*. London: Zed Books, 2000. p. 129. (By pushing the copyright way, the US government and industry strategically opted for a form of protection which is cheaper to obtain than industrial property rights, that does not require disclosure and, above all, that permits almost universal and automatic protection without registration, since the very date of creation of the program. [...] Copyright protection does not require applications and procedures in individual countries. It practically has a global reach as a result of the large membership of the Berne convention and the WTO).

- 1) O direito de autor dá a proteção mais extensa entre os direitos intelectuais, o que convinha ao país líder na produção de programas;
- 2) O direito de autor dá proteção automática, sem obrigação de revelar a fórmula do programa, ao contrário do que aconteceria com a patente;
- 3) A qualificação como direito de autor permitiria exigir o tratamento nacional, ao abrigo da Convenção de Berna e outras convenções multilaterais, não esperando a elaboração de nova convenção e o lento movimento de ratificações;
- 4) a qualificação como direito de autor permitiria sustentar que o programa de computador seria já tutelado pelas leis nacionais sobre o direito de autor, independentemente da aprovação de leis específicas sobre programa de computador⁴⁶.

O mesmo autor complementa, afirmando que a lei brasileira não igualou programa de computador à obra literária, em que pese ser uma linguagem, mas aplicou a ele, respeitadas suas peculiaridades, o regime de proteção do direito de autor. Mas nem todas as disposições legais referentes ao direito de autor são aplicáveis a programas de computador:

I – A lei brasileira pressupõe que sobre o programa de computador não recai um direito de autor.

Por isso mesmo estabeleceu o princípio da reciprocidade: os estrangeiros domiciliados no exterior só se beneficiarão da proteção se as leis nacionais concederem aos brasileiros e domiciliados no Brasil proteção equivalente (art. 3/2). Isto seria vedado se houvesse um verdadeiro direito de autor, pois a Convenção de Berna impõe o princípio do tratamento nacional, que é inverso do da reciprocidade.

Daqui resulta também que o direito concedido é afinal um direito análogo ao direito de autor, e não um direito de autor propriamente dito.

[...]

Em qualquer caso, será sempre necessário verificar se uma regra de direito de autor é aplicável à matéria dos programas de computador. Se for compatível, aplicam-se assim mesmo regras excepcionais. Mas se o não for, o que acontecerá em grande número de casos, está excluída⁴⁷.

Da mesma forma, Barbosa discorda da inclusão do *software* no regime de proteção do direito autoral. Para ele, conforme interpretação dada ao art. 5º, XXIX, da Constituição Federal de 1988 (CF)⁴⁸, o regime adequado seria o da propriedade industrial:

Entendendo que [...] a Constituição inclui entre os direitos suscetíveis de proteção, à luz do art. 5º, XXIX, os programas de computador, de uma maneira uniforme com os outros objetos de direito da propriedade intelectual do mesmo tipo. A base constitucional da proteção hoje assegurada pela Lei 9.609/98 aos programas de computador seria não os dispositivos pertinentes aos direitos autorais, aos quais não acedem quaisquer limites ou compromissos com a ordem econômica, mas a

⁴⁶ ASCENSÃO, 1997, p. 668.

⁴⁷ Id. Ibid., p. 669-670.

⁴⁸ Art. 5º da CF: [...] “XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

mesma cláusula que ampara as marcas, patentes e demais direitos intelectuais de fundo econômico⁴⁹.

Assim, apesar das divergências, o *software* é protegido pelo direito autoral, com a aplicação simultânea das leis n° 9.610⁵⁰ e n° 9.609, ambas de 19 de fevereiro de 1998. A Lei n° 9.609/1998 refere-se especificamente ao programa de computador, enquanto a LDA regulamenta os direitos autorais, de forma generalizada – abrangendo o *software* como um todo e incluindo o programa de computador naquilo que for de sua natureza.

Neste sentido, reza o art. 2° da Lei n° 9.609/1998:

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

A seguir, nos parágrafos, constam algumas limitações ao regime geral de direito autoral, dentre elas a do §1°, acerca dos direitos morais do autor e que será tema do Capítulo 3 deste trabalho⁵¹.

O §2°, por sua vez, reduz o prazo de proteção do programa de computador para cinquenta anos, contados a partir de 1° de janeiro do ano subsequente ao de sua publicação ou criação. Cabe destacar aqui, conforme a diferenciação estabelecida no início do capítulo, que a proteção por cinquenta anos é conferida ao programa de computador em si. O restante do *software* – descrições, manuais técnicos etc. – enquadra-se no regime geral de direito autoral, cujo prazo de proteção é de setenta anos, contados a partir de 1° de janeiro do ano subsequente ao da morte de seu criador. Registra o §2°:

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

O §3° não inova, garantindo que todo registro de direito autoral tem caráter declaratório⁵² e que é facultativa a proteção desse tipo de propriedade intelectual. O §4°,

⁴⁹ BARBOSA, 2003, p. 130.

⁵⁰ BRASIL, Lei n° 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2004. Referida no decorrer desta dissertação como LDA (Lei de Direitos Autorais).

⁵¹ Art. 2° da LDA: “[...] § 1° Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação”.

⁵² O registro declaratório é aquele que tem apenas o condão de provar, demonstrar a autoria e a anterioridade da mesma. Este diverge da regulamentação da propriedade industrial, onde o registro é constitutivo, ou seja,

por sua vez, contempla o princípio da reciprocidade no que tange à proteção de estrangeiros domiciliados no exterior⁵³. Já o § 5º e o § 6º abordam o aluguel comercial do *software*, que será analisado no item 1.2.2.

O que será protegido no *software*, portanto, é a expressão da idéia, da solução para um problema, e não a idéia em si, algoritmos, esquemas, estruturas etc.

Wachowicz corrobora esse entendimento, afirmando que “é a expressão de uma solução que merece tutela pelo direito autoral e não a solução encontrada, ou sua idéia primitiva”. Conclui o autor, a seguir, que o idealizador do programa, em si, “não terá qualquer direito de exclusividade sobre sua idéia, mas terá a proteção da expressão desta idéia materializada nas soluções expressas no programa de computador que desenvolveu”⁵⁴.

Para melhor compreensão, vale relatar as fases de desenvolvimento do *software*. Segundo Barbosa, a criação do *software* passa por seis fases: a da idéia em si, que visa solucionar um problema; a da formulação do método, normalmente expressa por fórmulas matemáticas, ou algoritmo; a do organograma, que é o plano de solução proveniente do algoritmo; a da linguagem de programação ou instruções, que configuram o chamado código-fonte; a de uma linguagem intermediária (*assembly*); e, finalmente, a fase do código-objeto, inteligível à máquina. Nas palavras do próprio autor,

todo programa perpassa por seis fases básicas: a concepção da idéia que soluciona o famoso problema técnico de que falam as lei de patentes; a formulação do método a seguir, usualmente expresso em fórmulas matemáticas ou lógico-matemáticas, denominado algoritmo; o organograma ou plano de solução, resultante do algoritmo; um texto em linguagem de programação – BASIC, C, PASCAL – que toma os elementos do organograma, chamado de programa fonte ou código fonte; um texto em linguagem intermediária, assembly ou de compilação; um texto legível diretamente pela máquina, denominado código objeto. (grifos no original)⁵⁵

André Lipp Pinto Basto Lupi também menciona as fases de desenvolvimento do *software*, adotando o modelo básico proposto em 1976 por Barry Boehm: especificação, ou a determinação do problema; projeto, que determina a estrutura do *software*; codificação, onde ocorrem a efetiva programação e a implementação das soluções, e teste, que é a

só existe direito quando feito o registro. É o caso, por exemplo, da patente de invenção e de modelo de utilidade, marca, desenho industrial etc. (art. 6º, Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996).

⁵³ Veja-se capítulo 2.

⁵⁴ WACHOWICZ, 2004, p. 78.

⁵⁵ BARBOSA, 2001, p. 15.

verificação e avaliação do programa. Completando o ciclo, Lupi acrescenta a fase de manutenção⁵⁶.

Fernandez Masiá, ao tratar do tema, divide o desenvolvimento do *software* nas seguintes fases: a) análise funcional do problema colocado e suas possíveis soluções; b) criação de um algoritmo, consistindo no método pelo qual o programa resolverá o problema; c) desenvolvimento de uma representação visual da estrutura do programa em forma de um organograma; e d) a escrita do programa⁵⁷.

Wachowicz, por sua vez, relaciona os elementos que integram a definição: “Arquitetura do *software*, o algoritmo, o código, a documentação, a base de dados e uso do sistema”.

O conceito, a princípio, parece não apresentar grandes problemas. Contudo, se analisadas as decisões dos tribunais, ver-se-á que a questão não é tão simples como sugerido à primeira vista⁵⁸.

1.1.2.2 Software como bem móvel incorpóreo

Regulamentado pelo direito autoral, o *software* é considerado bem móvel⁵⁹, conforme preceitua o art. 3º da LDA, sujeito às disposições legais destinadas a

⁵⁶ LUPI, André Lipp Basto Pinto. *Proteção jurídica do software: eficácia e adequação*. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 20-21.

⁵⁷ FERNANDEZ MASIÁ, 1996, p. 43.

⁵⁸ Veja-se, por exemplo, uma decisão prolatada em Minas Gerais, no Tribunal de Alçada, onde um indivíduo procurou uma empresa de desenvolvimento de *software* com uma solução para o problema de controle de gado bovino. A empresa fez o código-fonte e ambos comercializaram, juntos, o *software*. Contudo, após alguns anos, a empresa dispensou os serviços do indivíduo como se ele fosse um prestador de serviços autônomo. O indivíduo ingressou com uma ação contra a empresa exigindo “co-propriedade” e participação nos lucros. O juiz deferiu o pedido alegando, entre outras coisas, que o indivíduo foi co-autor do *software*. Para tanto, baseou-se nas fases “do ciclo de vida do *software*”:

- 1) Definição – identificação do problema;
- 2) Projeto – determinação de uma solução viável;
- 3) Construção – produção do código;
- 4) Avaliação – normas e padrões;
- 5) Operação – uso, correção, aprimoramento, adaptação e expansão.

Segundo perícia, constatou-se que o autor da ação participou, no mínimo, das duas primeiras e da última fase – ou seja, comparando com as fases indicadas por Denis Borges Barbosa: a da idéia que visa solucionar o problema; a da formulação do método (ou algoritmo), o que, subentende-se, foi feito junto com o programador da empresa; e da última fase, que não se encontra na descrição de Denis Borges Barbosa. Portanto, segundo os conceitos até aqui explanados, o indivíduo não participou da expressão da idéia, mas apenas da idéia em si. Dessa forma, a princípio, não seria protegido pela Lei nº 9.609/1998 (BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Direito autoral. Decisão *extra petita*. Não adstrição do juízo. Comprovação de participação na criação do programa de computador. Co-autoria declarada. Participação na receita reconhecida. Apelação Cível n. 0431374-6. Apelante: Alma Informática Ltda. Apelado: Virgílio Cançado Paculdino Pereira. Rel. Juíza Evangelina Castilho Duarte. Belo Horizonte, 16 de março de 2004).

regulamentar esse tipo de bem. Da mesma forma, é bem jurídico incorpóreo, também chamado de bem imaterial, pois se trata de uma linguagem de programação e não pode ser apreendido pelos sentidos como um bem físico, material⁶⁰.

1.1.2.3 Software como serviço ou produto?

Outra importante característica do *software*, principalmente no que tange à sua comercialização, é o fato de tratar-se de prestação de serviços – pois, em si, é uma linguagem codificada e/ou natural que permite operar um computador. Dependendo das circunstâncias, quando embalado e vendido em prateleira para o público consumidor, também pode ser visto como produto⁶¹, apesar das divergências doutrinárias a respeito⁶².

Neste sentido, apesar das divergências existentes, as posições jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça – STJ:

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

2- Se, porem, tais programas de computação são feitos em larga escala e de maneira uniforme, isto é, não se destinando ao atendimento de determinadas necessidades do usuário a que para tanto foram criados, sendo colocados no mercado para aquisição por qualquer um do povo, passam a ser considerados mercadorias que circulam, gerando vários tipos de negócio jurídico (compra e venda, troca, cessão, empréstimo, locação etc.), sujeitando-se portanto, ao ICMS.[...]⁶³

⁵⁹ Bens móveis estão regulados pelo art. 82 et seq. do Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Código Civil*, 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁶⁰ Daí se dizer que o mesmo só pode ser objeto de contrato de cessão (e não de compra e venda) e de licença (e não de locação). Este ponto será abordado no item 1.2.3.2.

⁶¹ Neste sentido, para exemplificar, a determinação do Decreto nº 26.497, de 14 de junho de 2000, do Estado do Rio de Janeiro, que determina a aplicação do ICMS para *software* “não personalizado”.

⁶² Dentre os autores que discordam da inclusão do *software* na categoria de produto estão Tarcízio Queiroz Cerqueira (CERQUEIRA, Tarcízio Queiroz. Não há fundamentação legal para a tributação de operações com programas de computador. In: ROVER, Aires José (org.). *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000) e André da Silva de Oliveira (OLIVEIRA, André da Silva de. A tributação do programa de computador padronizado. In: ROVER, Aires José (org.). *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000).

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tributário. ICMS. ISS. Programas de computador (software). Circulação. 1. Se as operações envolvendo a exploração econômica de programa de computador são realizadas mediante a outorga de contratos de cessão ou licença de uso de determinado "software" fornecido pelo autor ou detentor dos direitos sobre o mesmo, com fim específico e para atender a

[...]

2. Os programas de computador desenvolvidos para clientes, de forma personalizada, geram incidência de tributo do ISS.

3. Diferentemente, se o programa é criado e vendido de forma impessoal para clientes que os compra como uma mercadoria qualquer, esta venda é gravada com o ICMS.

[...].⁶⁴

O autor francês Jean-Luc Pierre, com base em diversas acepções, define o que é *software* e em seguida traz a conceituação e as características de *software* segundo a administração fiscal da França⁶⁵:

O *software* é caracterizado por:

Elementos incorpóreos incluindo os programas necessários ao tratamento da informação.

Elementos corpóreos que servem de suporte aos elementos incorpóreos (discos ou fitas magnéticas, documentação escrita)⁶⁶.

Esta diferenciação importa principalmente para o âmbito tributário, ou seja, para determinar se incide sobre sua comercialização o ISS municipal ou o ICMS estadual⁶⁷. Tal

determinada necessidade do usuário, tem-se caracterizado o fenômeno tributário denominado prestação de serviços, portanto, sujeito ao pagamento do ISS (item 24, da lista de serviços, anexo ao dl 406/68). 2- Se, porem, tais programas de computação são feitos em larga escala e de maneira uniforme, isto é, não se destinando ao atendimento de determinadas necessidades do usuário a que para tanto foram criados, sendo colocados no mercado para aquisição por qualquer um do povo, passam a ser considerados mercadorias que circulam, gerando vários tipos de negocio jurídico (compra e venda, troca, cessão, empréstimo, locação etc.), sujeitando-se portanto, ao ICMS. 3- Definido no acórdão de segundo grau que os programas de computação explorados pelas empresas recorrentes são uniformes, a exemplo do "word 6, windows", etc, e colocados a disposição do mercado, pelo que podem ser adquiridos por qualquer pessoa, não é possível, em sede de mandado de segurança, a rediscussão dessa temática, por ter sido ela assentada com base no exame das provas discutidas nos autos. 4- Recurso especial improvido. Confirmação do acórdão hostilizado para reconhecer, no caso, a legitimidade da cobrança do ICMS. Recurso Especial nº 123022/RS. Recorrente: Ação Informática Ltda. e outros. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Sr. Ministro José Delgado. Brasília, 14 de agosto de 1997.

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tributário. Tributário - programas de computador - dl 406/68 - incidência do ISS ou do ICMS. 1. Esta Corte e o STF posicionaram-se quanto às fitas de vídeo e aos programas de computadores, diante dos itens 22 e 24 da Lista de Serviços. 2. Os programas de computador desenvolvidos para clientes, de forma personalizada, geram incidência de tributo do ISS. 3. Diferentemente, se o programa é criado e vendido de forma impessoal para clientes que os compra como uma mercadoria qualquer, esta venda é gravada com o ICMS. 4. Hipótese em que a empresa fabrica programas específicos para clientes. 5. Recurso improvido. Recurso Especial nº 216967/SP. Rel. Ministro Eliana Calmon. Brasília, 28 de agosto de 2001.

⁶⁵ Instr. adm. 12 out 1984, pré-c., §12 s. In: PIERRE, Jean-Luc. *Fiscalité de la recherche de la propriété industrielle et des logiciels*. Paris: EFE, 2005. p. 177.

⁶⁶ PIERRE, Jean-Luc. *Fiscalité de la recherche de la propriété industrielle et des logiciels*. Paris: EFE, 2005. p. 177. (Un logiciel est caractérisé par: Des éléments incorporels incluanr les programmes nécessaires au tritement de l'information. Des éléments corporels servant de supports aux éléments incorporels (disques ou bandes magnétiques, documentation écrite)).

não é, contudo, o foco da presente dissertação⁶⁸. O que importa, aqui, é discriminar os diversos tipos de *software* para, então, classificar as espécies de contratos.

1.1.2.4 Tipos de software

Uma primeira diferenciação entre os *softwares* vincula-se à forma como são comercializados, o que será importante para classificar, mais adiante, os tipos de contratos de *software*. Assim, quanto à comercialização⁶⁹, existem três tipos de *software*: o *software* sob encomenda, o *software*-produto (também chamado “de prateleira”)⁷⁰, e o *software* de mercado de nicho⁷¹.

a) *Software* sob encomenda – é o *software* cujo desenvolvimento é encomendado e que não existe à época da contratação. Normalmente é desenvolvido segundo as necessidades e especificações do contratante, sendo sua reprodução restrita, e é feito para um usuário específico. Contudo, se não houver restrições contratuais de exclusividade, o criador do *software* poderá comercializá-lo, posteriormente, para outros usuários, vindo a enquadrá-lo como *software* de mercado de nicho ou *software* de prateleira, dependendo das circunstâncias.

Outro detalhe importante, neste tipo de *software*, é sua caracterização como serviço. Como o foco da contratação é o desenvolvimento de um *software* por parte de um programador e segundo determinados parâmetros ditados pelo contratante, nele haverá informações e dados que não pertencerão ao programador, o qual ficará subordinado às regras de propriedade intelectual sobre os mesmos.

b) *Software*-produto ou *software* de prateleira – é o *software* pronto ao ser comercializado. Não se utiliza, a princípio, de dados do contratante para completar-se ou

⁶⁷ Veja-se: Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, que “estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências”.

⁶⁸ Sobre o assunto: CERQUEIRA, 2000. p. 149-158; OLIVEIRA, 2000. p. 159-169; PIERRE, 2005.

⁶⁹ No que tange à diferenciação entre *software*-produto e *software* sob encomenda, registra-se uma discussão sobre se ele é considerado produto ou serviço. A importância da distinção liga-se à tributação – ou seja, se sobre o *software* incide ISS ou ICMS. Em outras palavras, se é o município ou o Estado que recebe o tributo. Contudo, como não é este o foco em tela, recomenda-se, no caso de interesse, a consulta às seguintes obras: CERQUEIRA, 2000. p. 149-158; OLIVEIRA, 2000, p. 159-169; PIERRE, Jean-Luc. *Fiscalité de la recherche de la propriété industrielle et des logiciels*. Paris: EFE, 2005. 506 p.

⁷⁰ *Software*-produto ou de prateleira é termo já consagrado no meio informático, referindo-se a *softwares* já prontos e finalizados à época da comercialização ou da contratação. Vejam-se as estatísticas do IBGE e IEES analisadas na Introdução desta dissertação.

⁷¹ *Software* de mercado de nicho é termo também consagrado no meio informático. Vejam-se as estatísticas do IBGE e IEES analisadas na Introdução desta dissertação.

apresentar funcionalidade, daí destinar-se a usuários indistintos. É chamado de *software* de prateleira porque normalmente é vendido embalado, como qualquer produto físico a ser utilizado pelo adquirente.

Wachowicz menciona este tipo de *software* quando se refere à formalização jurídica da licença, que pode variar dependendo do tipo disponibilizado⁷².

Também é chamado de *software* não-personalizado⁷³.

c) *Software* de mercado de nicho – é o destinado a um grupo reduzido de usuários. Normalmente já está pronto e acabado no momento da comercialização, necessitando, apenas e às vezes, de algumas adaptações conforme o contratante. Um exemplo são os *softwares* utilizados em hidrelétricas.

Outra classificação acerca dos tipos de *software* é a de Wachowicz, que afirma que “os *softwares*, dependendo de sua funcionalidade e destinação como parte integrante da Tecnologia da Informação, são denominados conforme o tipo de recursos que disponibilizam ao seu usuário”⁷⁴.

Segundo o autor, os *softwares* se dividiriam nos seguintes tipos:

a) Sistema operacional ou *software* de base – é o responsável pela administração geral do computador, determinando os recursos computacionais utilizados para a realização das tarefas. Um exemplo é o sistema Windows.

b) *Software* de rede – é o que permite que os computadores se conectem ou se comuniquem entre si, seja por meio de cabos, seja por meio de recursos de telecomunicações.

c) *Software* aplicativo – é aquele formado por um conjunto de instruções que tornam executáveis os comandos dados pelo usuário, seja para solucionar problemas, seja para cumprir tarefas específicas. É o caso dos *softwares* destinados a atividades empresariais.

d) Linguagem de programação – é a linguagem utilizada para que as instruções constantes do programa de computador sejam “entendidas” pela máquina computadorizada. Exemplos: *Basic*, *Pascal*.

⁷² WACHOWICZ, 2004, p. 85.

⁷³ Termo utilizado pelo Estado do Rio de Janeiro, no Decreto nº 23.109, de 07 de maio de 1997, que dispõe sobre o ICMS na operação realizada com programa de computador (*software*).

⁷⁴ WACHOWICZ, 2004, p. 82 et seq.

e) *Software* de automação de escritórios – é o que se destina a trabalhos corriqueiros de um computador: editor de textos, planilhas, apresentações etc.

f) *Software* utilitário – complementa o anterior e os *softwares* aplicativos, com funções específicas: antivírus, compactação de dados etc.

g) *Softwares* de comunicação ou *browsers* – são os que permitem o acesso à Internet.

Pode-se destacar, ainda, a classificação utilizada pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI)⁷⁵ ao proceder o registro do programa de computador, separando os *softwares* em categorias, as quais se subdividem, por sua vez, em tipos de programa (Tabela do anexo B)⁷⁶.

Fernandez Masiá classifica os programas em operacionais e aplicativos, “ainda que a linha divisória não seja clara e alguns programas possam entrar em ambos os grupos”. Os programas operacionais são os que controlam as funções internas do computador ou tornam mais fácil a utilização dos programas aplicativos, que são os conjuntos de instruções que dirigem o computador para realizar uma determinada tarefa, conforme o desejo do usuário⁷⁷.

No decorrer desta dissertação, principalmente no que tange às espécies contratuais, se adotará a classificação que divide os *softwares* em *software* sob encomenda e *software*-produto (os contratos para o *software* de mercado de nicho serão os mesmos utilizados para o *software*-produto). Isso não significa que as demais classificações sejam desimportantes, mas que, para o objetivo proposto da contratação de *software*, elas não serão abordadas.

⁷⁵ Instituto vinculado ao Ministério da Ciência e Tecnologia, responsável pela Propriedade Industrial no Brasil. Referenciado no decorrer como INPI.

⁷⁶ Cabe ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial, conforme art. 1º do Decreto nº 2.556, de 20 de abril de 1998, proceder ao registro de programa de computador em todo o território nacional. Para mais informações, acessar o site <http://www.inpi.gov.br>. Ainda sobre o registro de programa de computador, veja-se: Resolução nº 057, de 6 de julho de 1988; Resolução INPI nº 58, de 14/07/98; Resolução INPI nº 59, de 14 de julho de 1998, disponíveis em: <<http://www.inpi.gov.br>>. Acesso em: 16 jan 2006.

⁷⁷ FERNANDEZ MASIÁ, 1996, p. 41-43. (Los programas pueden clasificarse por su función en dos tipos genéricos: programas operativos y programas de aplicación, aunque la línea divisoria no sea clara y algunos programas puedan entrar en ambos grupos).

1.2 Contratos de *software*

Neste item será tratado da legislação sobre a comercialização e contratação de *software*, da aplicação das regras gerais concernentes aos contratos nacionais e internacionais e das espécies dos contratos utilizados para a comercialização do *software*.

1.2.1 Legislação acerca da comercialização e contratação de *software*

A legislação brasileira pouco dispõe sobre a contratação de *software*. Não há sistematização sobre que contratos podem ou não ser celebrados ao se comercializarem *softwares*, nem convergência doutrinária acerca dos diversos tipos de contratos sobre a matéria.

Algumas disposições da Lei nº 9.609/1998 e da LDA acerca da comercialização do *software* e dos direitos autorais em geral, no entanto, merecem ser analisadas, além das normas aplicáveis aos contratos em geral. Outros dispositivos legais são ainda de interesse, como a Lei nº 7.232/1984 e a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004 (conhecida como Lei da Inovação⁷⁸), assim como o Decreto nº 5.563, de 11 de outubro de 2005⁷⁹, que a regulamenta. Passa-se à análise de algumas dessas normas.

1.2.1.1 Nacional

Com referência a contrato de programa de computador, a Lei nº 9.609/1998 impõe determinadas cláusulas. Nas palavras de Carlos Alberto Bittar: “Afora o uso específico, ficam sob reserva do autor os direitos, devendo os suportes e os contratos, estes a par de cláusulas próprias, contemplar as regras impositivas previstas na lei (art. 9º e segs.)”⁸⁰.

O capítulo IV da Lei nº 9.609/1998 trata “dos contratos de licença de uso, de comercialização e de transferência de tecnologia”.

⁷⁸ BRASIL, Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 jan. 2006. Referida no decorrer da dissertação como Lei de Inovação.

⁷⁹ BRASIL, Decreto nº 5.563, de 11 de outubro de 2005. Regulamenta a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 jan. 2006.

⁸⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4. ed., rev. ampl. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 85.

O art. 9º determina expressamente que o uso do programa de computador deve ser objeto de licença – assim, a comercialização do programa de computador se dará por contrato de licença de uso:

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.

O art. 2º, entretanto, dispõe sobre o “aluguel” comercial, tendo o detentor dos direitos autorais o direito exclusivo de autorizá-lo ou proibi-lo. Este direito não finda com a venda, licença ou outra forma de transferência de tecnologia. Assim:

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

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

Uma primeira crítica a esta disposição refere-se ao termo “aluguel”⁸¹, que não traduz um contrato ou um negócio jurídico autônomo, mas a retribuição em um contrato de locação. Quando efetivado o contrato de locação, pela permissão do uso da coisa móvel ou imóvel, o locador recebe do locatário o aluguel ou a remuneração por essa permissão. Neste sentido dispõem, dentre outros, os arts. 565, 567 e 569, I, do Código Civil (CC)⁸². Sílvio Salvo Venosa corrobora tal posição ao afirmar que “o preço, aluguel ou aluguer é essencial neste contrato. [...] O aluguel é devido durante o tempo em que a coisa estiver à disposição do locatário, ainda que dela não se utilize”⁸³.

⁸¹ Não se descarta a hipótese de erro de tradução ao se promulgar o ADPIC (art. 10, Decreto nº 1.355/1994), que também trata dessa locação. Na versão espanhola, o termo utilizado é “*arrendamiento*”, que vem de *arrendar*, que significa locar, não cabendo, portanto, o termo “aluguel”.

⁸² BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Código Civil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 17 jan. 2006. Referida no decorrer desta dissertação como CC (Código Civil). “Art. 565. 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. [...]”

Art. 567. Se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava. [...]”

Art. 569. O locatário é obrigado: I – a servir-se da coisa alugada para os usos convencionados ou presumidos, conforme a natureza dela e as circunstâncias, bem como tratá-la com o mesmo cuidado como se sua fosse; [...]”

⁸³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 688 p. v. 3. p. 149.

Outra crítica diz respeito à possibilidade de locação de *software*. Sendo um bem imaterial, próprio da propriedade intelectual, não cabe falar em locação de *software*, mas em licença. Afinal, como expressa o art. 565 do CC, a locação nada mais é do que a permissão de uso e gozo, pelo locatário, de um bem material pertencente ao locador. A licença tem o mesmo sentido. Destarte, apesar da lei prever, de forma indireta, a possibilidade de locação de *software*, o correto é o termo licença. Este tema será tratado pormenorizadamente no item 1.2.3.2⁸⁴.

O art. 10, *caput*, trata das cláusulas contratuais obrigatórias na comercialização de programa de computador de origem externa, no que se refere à responsabilidade pelo pagamento dos tributos e encargos, bem como à remuneração do titular dos direitos do programa. O §1º relaciona as cláusulas consideradas nulas, enquanto o §2º determina que deverão ser guardados por cinco anos os documentos necessários à comprovação da licitude das remessas e da conformidade com o disposto no *caput* do art. 10. Assim:

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

§ 1º Serão nulas as cláusulas que:

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

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

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

Já o art. 11 trata dos contratos de transferência de tecnologia, não determinando a espécie de contrato para esse fim. Exige, porém, o registro do contrato de transferência de tecnologia no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), para que ele produza efeitos contra terceiros. No parágrafo único são especificados os documentos que devem ser entregues ao receptor, pelo fornecedor, para que se efetive o referido registro.

⁸⁴ Sobre o assunto: BARBOSA, Denis Borges. Licenças e cessão. In: *Revista da ABPI*, ABPI, São Paulo, n. 40, p. 29-39, mai./jun. 1999.

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.

Outros dispositivos podem ser relacionados a contratos de programa de computador, como é o caso do art. 7º da Lei nº 9.609/1998, que determina seja especificado o prazo de validade técnica do programa de computador no contrato de licença. Se o prazo não constar ali, deverá obrigatoriamente ser mencionado nos outros suportes listados no artigo.

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

Cabe destacar ainda o limite temporal da responsabilidade de que trata o art. 8º da Lei nº 9609/1998, segundo o qual deve constar no contrato de licença ou na embalagem do *software* o prazo de validade técnica. Tal determinação obriga aquele que comercializar o *software*, seja ele titular dos direitos autorais ou de comercialização, a prestar os serviços técnicos necessários ao bom funcionamento do programa durante esse prazo.

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

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

Se não constar o prazo de validade técnica, o titular dos direitos provenientes do *software* será legalmente responsável pelos serviços técnicos enquanto necessário ao usuário e enquanto perdurar a versão do programa que foi adquirida.

Também é importante referir as disposições da LDA⁸⁵ relativas aos contratos de direitos autorais, haja vista que, como já explanado, o *software* é regulamentado por esse regime geral.

O art. 50 da LDA é aplicável ao *software*, dispondo sobre a cessão total ou parcial dos direitos do autor, devendo dar-se por escrito e que se presumirá onerosa. A cessão poderá ser averbada à margem do registro do programa de computador ou, se não registrado o programa, efetivada no Cartório de Títulos e Documentos. No contrato de cessão devem constar, como elementos essenciais, “o objeto e as condições de exercício do direito quanto ao tempo, lugar e preço”.

Art. 50. A cessão total ou parcial dos direitos de autor, que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa.

§ 1º Poderá a cessão ser averbada à margem do registro a que se refere o art. 19 desta Lei, ou, não estando a obra registrada, poderá o instrumento ser registrado em Cartório de Títulos e Documentos.

§ 2º Constarão do instrumento de cessão como elementos essenciais seu objeto e as condições de exercício do direito quanto a tempo, lugar e preço.

Os artigos 49, 51 e 52 da LDA também se aplicam aos contratos que envolvem transferência de tecnologia de *software*.

O art. 49 especifica as hipóteses de transferência de direitos de autor a terceiros. A mesma se efetiva a título universal ou singular, pelo titular dos direitos ou sucessores, e até mesmo por representantes com poderes especiais para a transferência dos direitos de autor, não sendo suficiente mandato com poderes gerais. Se contratada a transmissão total dos direitos de autor, ela englobará apenas os direitos patrimoniais, já que os direitos morais são irrenunciáveis e inalienáveis (art. 27 da LDA)⁸⁶.

Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações:

I – a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei;

II – somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita;

⁸⁵ Cabe destacar, neste ponto, que o Decreto nº 2.556, de 20 de abril de 1998, que regulamenta o registro do programa de computador, em seu art. 3º, expressa – no que concerne à cessão de direitos de programa de computador – que se aplicará o disposto na LDA. “Art. 3º. À cessão dos direitos de autor sobre programa de computador aplica-se o disposto no art. 50 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998”.

⁸⁶ O direito moral do autor, foco da presente dissertação, será analisado com mais detalhes no Capítulo 3.

III – na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos;

IV – a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário;

V – a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato;

VI – não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

Para que ocorra transmissão total de direitos é obrigatória, ainda, a elaboração de um contrato por escrito. Se não especificada a limitação temporal, o contrato será de cinco anos no máximo. Salvo disposição em contrário, a cessão de direitos só será válida no âmbito do país em que o contrato foi firmado. Assim, se houver cessão de direitos autorais para comercialização de *software* no Brasil, em favor de terceiro, esta só terá validade no território brasileiro; para comercializar a obra em outro país, deverá realizar-se outro contrato. Estipulada, todavia, a validade dos referidos direitos para além das fronteiras do país do contrato, a disposição contratual é legalmente válida.

Se a modalidade de utilização dos direitos autorais não constar do contrato, o instrumento será interpretado restritivamente. Ainda no que tange à interpretação dos contratos de direitos autorais, ressalte-se o disposto no art. 4º, da LDA, segundo o qual “interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais”.

O art. 51, por sua vez, trata da cessão de direitos de autor sobre *softwares* ainda não desenvolvidos (obra futura). O contrato que dispõe sobre tal modalidade de cessão terá o prazo máximo de cinco anos – se constar prazo superior ou indeterminado, este será reduzido para cinco anos, com a redução proporcional do preço estipulado.

Art. 51. A cessão dos direitos de autor sobre obras futuras abrangerá no máximo, o período de cinco anos.

Parágrafo único. O prazo será reduzido a cinco anos sempre que indeterminado ou superior, diminuindo-se, na devida proporção, o preço estipulado.

O art. 52, finalmente, trata da omissão do nome do autor ou do co-autor na divulgação do *software*, o que não leva a presumir a cessão dos direitos sobre o mesmo.

Art. 52. A omissão do nome do autor, ou de co-autor, na divulgação da obra não presume o anonimato ou a cessão de seus direitos.

Como se percebe através dos artigos referentes a contratos que envolvam a comercialização de *software* – e que se aplicam conjuntamente à LDA –, a transferência de tecnologia se dá por meio de cessão total ou parcial dos direitos de autor.

Algumas normas esparsas regulam a comercialização do *software* em si, principalmente no que se refere à questão tributária⁸⁷ – e é importante referi-las aqui.

Um dos dispositivos mais importantes sobre o tema da comercialização do *software* é a Lei n° 7.232, de 19 de outubro de 1984⁸⁸, que trata da política nacional de informática, além das seguintes determinações:

Conselho Nacional de Informática e Automação – CONIN, dispõe sobre a Secretaria Especial de Informática – SEI, cria os Distritos de Exportação de Informática, autoriza a criação da Fundação Centro Tecnológico para Informática – CTI, institui o Plano Nacional de Informática e Automação e o Fundo Especial de Informática e Automação⁸⁹.

Atualmente, o CONIN, a SEI e a CTI integram o Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT)⁹⁰ e são especificamente subordinados à Secretaria da Ciência e Tecnologia⁹¹. A Lei n° 7.232/1984 também esclarece que a “importação, exportação, produção, operação e comercialização” de *software*, bem como os serviços técnicos de informática, são considerados atividades de informática:

Art. 3° – Para os efeitos desta Lei, consideram-se atividades de informática aquelas ligadas ao tratamento racional e automático da informação e, especificamente, as de: [...]

III – importação, exportação, produção, operação e comercialização de programas para computadores e máquinas automáticas de tratamento da informação e respectiva documentação técnica associada ("*software*"); [...]

V – prestação de serviços técnicos de informática.

⁸⁷ Ressalte-se que a presente dissertação não tem como foco matéria tributária acerca do *software*. Sobre o assunto: BARBOSA, Denis Borges. *Tributação da propriedade industrial e do comércio de tecnologia*, 2001. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com>>. Acesso em: 21 out. 2004. p. 66 et seq.; OLIVEIRA, 2000, p. 159-169; PIERRE, 2005, 506 p.

⁸⁸ BRASIL, Lei n° 7.232, de 29 de outubro de 1984. Dispõe sobre a Política Nacional de Informática, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 10 jan. 2006. Referida nesta dissertação como Lei n° 7.232/1984.

⁸⁹ Art. 1° da Lei 7.232/84.

⁹⁰ BRASIL, Decreto n° 91.582, de 29 de agosto de 1985. Altera o Decreto n° 91.146, de 15 de março de 1985, que criou o Ministério da Ciência e Tecnologia e dispõe sobre sua estrutura, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 5 fev. 2006, art. 2°.

⁹¹ BRASIL, Lei n° 8.028, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL/leis/L8028.htm>>. Acesso em 5 fev. 2006, art. 11.

Acrescente-se que as resoluções 01 e 02 de 1986⁹², do CONIN, “estabelecem vários critérios para a operacionalização dos contratos correspondentes [...]”.

Por fim, sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, cabe destacar que a Lei de Inovação – assim como o Decreto que a regulamentou⁹³ –, considera criação o programa de computador:

Art. 2º. Para os efeitos desta Lei, considera-se: [...]

II – criação: invenção, modelo de utilidade, desenho industrial, programa de computador, topografia de circuito integrado, nova cultivar ou cultivar essencialmente derivada e qualquer outro desenvolvimento tecnológico que acarrete ou possa acarretar o surgimento de novo produto, processo ou aperfeiçoamento incremental, obtida por um ou mais criadores;

A seguir, a mesma lei conceitua criador como o “pesquisador que seja inventor, obtentor ou autor de criação” (art. 2º, III, Lei de Inovação).

São aplicadas ao *software*, igualmente, as outras normas regulatórias que regem contratos em geral, como as constantes no CC e no Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁹⁴, o que será abordado no item 1.2.2.

1.2.1.2 Internacional

Internacionalmente, muitos tratados aludem ao direito autoral, dentre os quais os seguintes, ratificados pelo Brasil:

- Convenção da União de Berna (CUB), administrada atualmente pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) e promulgada pelo Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975⁹⁵;
- Convenção Universal sobre Direito de Autor, promulgada por meio do Decreto nº 76.905, de 24 de dezembro de 1975⁹⁶;

⁹² STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 417-422.

⁹³ BRASIL, Decreto nº 5.563, de 11 de outubro de 2005. Regulamenta a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 jan. 2006.

⁹⁴ BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a prestação do consumidor e dá outras providências. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 17 jan. 2006.

⁹⁵ BRASIL, Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris a 24 de julho de 1971. Disponível em <http://www.senado.gov.br>. Acesso em 16 jan. 2006. Referida no transcurso desta dissertação como CUB.

- Acordo Sobre Aspectos de Direito da Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (ADPIC)⁹⁷, firmado no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC ou WCT) e promulgado pelo Decreto n° 1.355, de 30 de dezembro de 1994⁹⁸; e
- Convenção Interamericana Sobre os Direitos do Autor em Obras Literárias, Científicas e Artísticas, promulgada pelo Decreto n° 26.675, de 18 de maio de 1949⁹⁹.

De todos os tratados ratificados pelo Brasil, no entanto, somente o ADPIC alude a *software* e, mais especificamente, a programas de computador, em dois artigos:

Artigo 10. Programas de computador e compilações de dados.

1. Programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna (1971). [...]

Destarte, fica determinado que os programas de computador sejam regulados pelo regime do direito autoral, o que foi cumprido por grande número de países.

Eis o segundo dispositivo do APDIC referente a programa de computador:

Art. 11. Direito de aluguel.

Um Membro conferirá aos autores e a seus sucessores legais, pelo menos no que diz respeito a programas de computador e obras cinematográficas, o direito de autorizar ou proibir o aluguel público comercial dos originais ou das cópias de suas obras protegidas pelo direito do autor. Um Membro estará isento desta obrigação no que respeita a obras cinematográficas, a menos que esse aluguel tenha dado lugar a uma ampla cópia dessas obras, que comprometa significativamente o direito exclusivo de reprodução conferido aos programas de computador, esta obrigação não se aplica quando o programa em si não constitui o objeto essencial do aluguel.

Como observado, tal regra foi mantida pela legislação brasileira, mais especificamente pelo art. 2º, §5º, da Lei n° 9.609/1998 – e a mesma crítica anteriormente registrada cabe aqui¹⁰⁰.

⁹⁶ BRASIL, Decreto n° 76.905, de 24 de dezembro de 1975. Promulga a Convenção Universal sobre Direito de Autor, revisada em Paris, em 1971. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 16 jan. 2006. Referida no transcurso desta tese como Convenção Universal.

⁹⁷ Mais conhecido por sua sigla em inglês: TRIPS (*Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights*).

⁹⁸ BRASIL, Decreto n° 1.355, de dezembro de 1994. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2004. Referido no âmbito deste trabalho como ADPIC.

⁹⁹ BRASIL, Decreto n° 26.675, de 18 de maio de 1949. Promulga a Convenção Interamericana sobre os Direitos de Autor em Obras Literárias, Científicas e Artísticas, firmada em Washington, em 22 de junho de 1946. A mesma encontra-se disponível em: <http://www.dannemann.com.br/site.cfm?app=show&dsp=d_26675_49&pos=6.52&lng=pt>. Acesso em: 30 jan. 2006.

¹⁰⁰ Veja-se o item 1.2.1.1 e a nota de rodapé 78.

Embora não seja analisado no contexto deste trabalho porque não ratificado pelo Brasil, cabe referir ainda o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor, adotado em Genebra em 20 de dezembro de 1996. As disposições sobre programa de computador são basicamente as mesmas do ADPIC, no âmbito da OMC¹⁰¹.

1.2.2 Aplicação das regras gerais do contrato

A escassez de normas referentes aos contratos de *software* não obsta a existência e os efeitos jurídicos dos mesmos, haja vista que tais contratos são, formalmente, obrigações geradas por negócios jurídicos. Assim, as normas, princípios e regras destinados a disciplinar os contratos em geral são aplicáveis também aos contratos de *software*.

1.2.2.1 Contratos nacionais

As normas gerais dos negócios jurídicos se aplicam igualmente aos contratos, eles próprios um negócio jurídico.

Venosa relaciona quatro princípios básicos para os contratos¹⁰²:

a) Força obrigatória – é o princípio segundo o qual o contrato “faz lei entre as partes”. A força obrigatória é a base do direito contratual, decorrendo do princípio da intangibilidade do contrato. Em outras palavras, a regra geral é que “ninguém pode alterar unilateralmente o conteúdo do contrato, nem pode o juiz intervir nesse conteúdo”. Este princípio tem como base o fato de que as partes, ao contratarem, exercem sua autonomia privada ao disporem sobre a modalidade e o conteúdo do contrato. Uma vez firmado, o contrato só pode ser modificado por expressa vontade das partes.

¹⁰¹ “Art. 4. Programas de ordenador. Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio de Berna del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión” (grifos no original). Artículo 7. Derecho de alquiler. (1) Los autores de: (i) programas de ordenador; [...] gozarán del derecho exclusivo de autorizar el alquiler comercial al público del original o de los ejemplares de sus obras. (2) El párrafo 1) [sic] no será aplicable: (i) en el caso de un programa de ordenador, cuando el programa propiamente dicho no sea el objeto esencial del alquiler; [...]”. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) (1996) con las declaraciones concertadas relativas al Tratado adoptadas por la Conferencia Diplomática y las disposiciones del Convenio de Berna (1971) mencionadas en el Tratado*. Genebra: OMPI, 1997. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/trtdocs_wo033.html>. Acesso em: 16.01.06.

¹⁰² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2. p. 405 et seq.

b) Relatividade – determina o efeito relativo das obrigações assumidas, ou seja, ao celebrar-se um contrato, o mesmo só produz efeito entre as partes envolvidas, não obrigando a terceiros. As únicas exceções são as previstas em lei, como no caso das estipulações em favor de terceiros (arts. de 436 a 438 do CC).

c) Boa-fé – este princípio orienta a interpretação dos contratos e a responsabilidade pré-contratual, prescrevendo que as partes devem agir de forma correta antes, durante e após o contrato (art. 422 do CC). O cerne da boa-fé é o elemento subjetivo de cada contrato, juntamente com a conduta objetiva das partes. Segundo Venosa, para análise do princípio da boa-fé “devem ser examinadas as condições em que o contrato foi firmado, o nível sociocultural dos contratantes, o momento histórico e econômico. É ponto da interpretação da vontade contratual”.

d) Autonomia da vontade – é a liberdade de contratar. Segundo Venosa, essa liberdade pode ser encarada sob dois prismas: 1) a própria liberdade de contratar ou não; 2) a liberdade de escolha da modalidade do contrato. O autor destaca que essa autonomia “nunca foi ilimitada, pois sempre esbarrou nos princípios da ordem pública” – tema que será objeto do Capítulo 2 desta dissertação. Já para Eduardo V. Manso, “a autonomia da vontade se reflete na possibilidade de duas ou mais pessoas contratarem tudo aquilo que não seja vedado pela lei e que não contrarie os interesse de ordem pública, ou que não sejam ofensivos aos bons costumes”¹⁰³.

Os elementos essenciais do negócio jurídico e, portanto, do contrato, são explicitados no art. 104, do CC: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei¹⁰⁴. A faltar um desses elementos, o contrato é nulo.

O agente e o sujeito de um contrato são exatamente as partes, pessoas naturais ou jurídicas. Como primeiro requisito para um negócio jurídico, as partes devem ter capacidade para celebrar o instrumento contratual, conforme preceituam os arts. 3º, 4º e 5º do CC¹⁰⁵.

¹⁰³ MANSO, Eduardo V. *Contratos de direito autoral*. São Paulo: RT, 1989. p. 9.

¹⁰⁴ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei”.

¹⁰⁵ “Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos; II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV – os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Os sujeitos do contrato de *software* podem ser pessoas jurídicas (de direito público ou privado)¹⁰⁶ ou naturais. Assim, pode-se estabelecer um contrato entre empresas, entre empresa e criador, entre criador e pessoa natural, entre empresa e instituição de pesquisa, e assim por diante. A única exigência é de que os sujeitos sejam capazes ou regularmente constituídos, e representados de forma legítima.

Manso destaca que, para aquisição original de direitos autorais, ou seja, para criar uma obra, não é exigida nenhuma espécie de capacidade, “nem civil, nem política [...], nem econômica, nem trabalhista, [...]”. Para qualquer outra hipótese de aquisição de direitos autorais – quer seja titular original, como no caso de obra coletiva, quer seja titular derivado, como no caso da cessão – será necessária a capacidade determinada pela legislação civil¹⁰⁷.

Outro elemento importante e que envolve especificamente o contrato de *software* é a capacidade técnica do criador, em especial no que se refere ao desenvolvimento de *software*¹⁰⁸. Como se sabe, para desenvolver um *software* é necessário conhecimento técnico específico, não comum a qualquer pessoa ou empresa. Apesar disso, a atividade do profissional de informática ainda não foi alvo de regulamentação – em que pese os projetos de lei¹⁰⁹ e as ações políticas de entidades ligadas a *software*¹¹⁰, nesse sentido.

Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I – pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II – pelo casamento; III – pelo exercício de emprego público efetivo; IV – pela colação de grau em curso de ensino superior; V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria”.

¹⁰⁶ Pessoa jurídica está regulamentada nos arts. 40 a 69 do CC.

¹⁰⁷ MANSO, 1989, p. 14.

¹⁰⁸ Maurício Curvelo de Almeida Prado, em obra sobre a transferência de tecnologia, menciona a importância da capacidade técnica do transferente, principalmente no que tange à necessidade do receptor da tecnologia pesquisar para realizar a negociação. Tais observações são também pertinentes à comercialização do *software*. PRADO, Maurício Curvelo de Almeida. *Contrato internacional de transferência de tecnologia: patente e know how*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 41 et seq.

¹⁰⁹ Podem-se destacar alguns Projetos de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados para a regulamentação da atividade do profissional de informática e assuntos afins:

Projeto de Lei nº 1947, de 10 de setembro de 2003. Autor: Eduardo Paes – PSDB/RJ. Ementa: “Dispõe sobre a regulamentação do exercício das profissões de Analista de Sistemas e suas correlatas, cria o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Informática e dá outras providências”. Situação: CCTCI: Tramitando em conjunto com PL 815/95.

Projeto de Lei nº 1746, de 19 de agosto de 2003. Autor: Feu Rosa – PP/ES. Ementa: “Estabelece a regulamentação do exercício das atividades dos profissionais de Informática”. Situação: CCTCI: Tramitando em conjunto com PL 1561/2003.

Projeto de Lei nº 1561, de 19 de julho de 2003. Autor: Ronaldo Vasconcellos – PTB/MG. Ementa: “Dispõe sobre a regulamentação das profissões na área de Informática e suas correlatas e assegura ampla liberdade para o respectivo exercício profissional”. Situação: CCTCI: Tramitando em conjunto com PL 981/99.

Assim sendo, aplicam-se ao contrato de *software* as disposições referentes aos defeitos do negócio jurídico¹¹¹, incluindo a possibilidade de erro contra a pessoa ou dolo, conforme o disposto no art. 138 e seguintes do CC – o que pode implicar nulidade de contrato¹¹². A eventual incapacidade técnica do criador, embora possa ser alegada em caso de defeito do negócio jurídico, deverá ser objeto de prova pericial ou similar, tendo em vista não existir um órgão de controle para o setor, ao contrário do que acontece com advogados, contadores, médicos e outros profissionais.

Também é fundamental estabelecer a diferença entre objeto imediato e objeto mediato do contrato de *software*. O objeto imediato do contrato é justamente a obrigação gerada por ele – isto é, quando se contrata o desenvolvimento de um *software* gera-se uma obrigação de fazer, de criar o *software* conforme o contrato e de pagar o preço. Já o objeto mediato é o conteúdo do contrato, ou seja, é sobre o que vai recair a obrigação – se gerada a obrigação de desenvolver um *software*, o objeto mediato do contrato é o próprio *software*.

Nesse sentido se posiciona Venosa:

Projeto de Lei nº 6640, de 24 de abril de 2002. Autor: José Carlos Coutinho – PFL/RJ. Ementa: “Estabelece a regulamentação do exercício das profissões de Analista de Sistema e suas correlatas e dá outras providências”. Situação: CCTCI: Tramitando em conjunto com PL 815/95.

Projeto de Lei nº 6639, de 24 de abril de 2002. Autor: José Carlos Coutinho – PFL/RJ. Ementa: “Cria o Conselho Federal e Regional de Informática, e dá outras providências”. Situação: CCTCI: Tramitando em conjunto com PL 815/95.

Projeto de Lei nº 981, de 20 de maio de 1999. Autor: Edison Andrino – PMDB/SC. Ementa: “Dispõe sobre a regulamentação do exercício das profissões de Analista de Sistemas e suas correlatas e autoriza a criação do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Informática”. Situação: CCTCI: Tramitando em conjunto com PL 815/95.

Projeto de Lei nº 2194, de 18 de julho de 1996. Autor: José Coser – PT/ES. Ementa: “Dispõe sobre a duração da jornada dos trabalhadores em informática”. Situação: CCTCI: Tramitando em conjunto com PL 815/95.

Projeto de Lei nº 815, 17 de agosto de 1995. Autor: Sílvio Abreu – PDT-MG. Ementa: “Dispõe sobre a regulamentação do exercício das profissões de Analista de Sistemas e suas correlatas, cria o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Informática e dá outras providências”. Situação: aguardando parecer. Disponíveis em: < <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em 17 jan. 2006.

¹¹⁰ Exemplo de articulação política para regulamentação da atividade do profissional em informática é a exercida pela ASSESPRO – Associação das Empresas Brasileiras em Tecnologia da Informação, *Software* e Internet, sendo a Regulamentação da Profissão (criar Conselho de Auto-regulamentação) um dos projetos prioritários da associação, juntamente com a ABES (Associação Brasileira das Empresas de Software), ABINEE (Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica), SUCESU (Associação de Usuários de Informática e Telecomunicação). Informação disponível em: < <http://www.assespro.org.br/pp.doc>>. Acesso em: 16.01.06. Ver também o trabalho da Fenadados – Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Processamento de Dados, Serviços de Informática e similares. Disponível em: <http://www.fenadados.org.br/index.php?secao=secoes.php&sc=128&sub=MA==&url=d_conteudo.php>. Acesso em: 29 jan. 2006.

¹¹¹ Apesar de importante, não se pretende esgotar o assunto no âmbito limitado desta dissertação.

¹¹² Art. 171 do CC: “Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I – por incapacidade relativa do agente; II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”.

A obrigação constitui-se no objeto imediato do contrato. As obrigações são de dar, fazer e não fazer. A prestação contida nessas obrigações é que se constituirá no conteúdo propriamente dito do contrato, em seu objeto, ou objeto mediato do contrato¹¹³.

Para que o contrato de *software* tenha validade, seu objeto deve ser lícito, possível e determinado ou determinável¹¹⁴, sob pena de nulidade contratual, conforme o art. 166 do CC:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...]

II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto. [...]

Outro ponto a merecer destaque é a forma do contrato de *software*. Como visto, o contrato de *software* não é típico, ou seja, sua forma não é prescrita em lei. Assim, é livre, podendo ser demonstrado por todos os meios de prova admitidos em direito. Contudo, vale ressaltar alguns pontos sobre a matéria:

a) quando o contrato envolver cessão total dos direitos patrimoniais sobre o *software*, deverá realizar-se por escrito, conforme o art. 49, II, da LDA¹¹⁵;

b) o uso do *software* se dará por contrato de licença, ou seja, permissão de uso, conforme o art. 9º da Lei nº 9.609/1998;

c) há que se respeitar, ainda, o limite legal para admissão de prova exclusivamente testemunhal, que alcança o décuplo do salário mínimo vigente no país, conforme o disposto no art. 401 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973¹¹⁶.

Conforme Manso:

A existência, a validade e a eficácia de qualquer contrato referente a negócio jurídico sobre direito autoral não exigem solenidade alguma. Para a existência, a validade e a eficácia de todos os contratos de direito autoral, entre as partes não se exige qualquer formalidade alguma, embora a forma escrita seja da essência do contrato de cessão dos direitos autorais¹¹⁷.

Como se vê, a legislação aplicável aos contratos de *software* inclui não apenas a LDA e a Lei nº 9.609/1998, referentes a direitos autorais e a programa de computador, mas

¹¹³ VENOSA, 2005. v. 2. p. 469.

¹¹⁴ Art. 104, II, do CC.

¹¹⁵ Como já explanado, o contrato de *software* é regulado também pelas determinações referentes aos contratos de direitos autorais.

¹¹⁶ “Art. 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário-mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados”. BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 17 jan. 2006.

¹¹⁷ MANSO, 1989, p. 14-15.

também o Código Civil, no que tange às disposições gerais dos contratos e negócios jurídicos, o Código de Processo Civil (CPC), normas sobre tributação do *software* e dos serviços de informática e sobre a política nacional de informática, e o Código de Defesa do Consumidor. Como muitas vezes o contrato de *software* é firmado entre o criador e o usuário final (ou, nos termos da lei, o destinatário final¹¹⁸), justifica-se a aplicabilidade das disposições do CDC.

A partir do exposto, passa-se a destacar alguns dispositivos do CDC aplicáveis aos contratos de *software*, embora sem intuito de esgotar o tema.

Em seu art. 3º, o CDC conceitua fornecedor, enquadrando neste conceito o criador do *software* e mesmo o titular dos direitos provenientes deste *software*, já que fornecedor pode ser pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, que forneça bens ou serviços. Nos incisos, o artigo refere o que se entende por produto e por serviço. A relação contratual do *software* – considerado o *software* um bem imaterial e estabelecido o entendimento do que sejam consumidor e fornecedor – enquadrar-se-ia na categoria de produto objeto de relação de consumo.

Passa-se a destacar as normas relacionadas ao contrato de consumo aplicáveis ao contrato de *software*.

Dois direitos básicos do consumidor, relacionados no art. 6º do CDC, são importantes num contrato de *software*: liberdade de escolha e informação adequada e clara.

[...] II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. [...]

No contrato devem constar, portanto, de forma clara e adequada, informações quanto à quantidade, características, composição, qualidade e preço do produto, além dos riscos de sua utilização. O contratante, o usuário final, não pode ser obrigado a contratar, pois tem liberdade de escolha, incluindo os casos em que se vincula a compra de um

¹¹⁸ Art. 2º do CDC: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

software à aquisição de outro – o que é considerado prática abusiva pelo art. 39 do CDC¹¹⁹ e representa infração do ponto de vista dos direitos do consumidor. Embora não abordados nesta tese, os demais direitos também devem ser respeitados ao firmar-se um contrato.

As informações referentes a riscos para a saúde e a segurança do usuário final, bem como para seu equipamento (arts. de 8º a 10º do CDC), devem ser prestadas de forma clara e ostensiva pelo fornecedor, sob pena de responsabilidade objetiva.

Os arts. de 12 a 25 do CDC estipulam também a responsabilidade objetiva do fornecedor por eventuais defeitos e vícios no produtos ou serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos dela decorrentes.

Produto ou serviço defeituoso é o que não oferece a segurança que dele legitimamente se espera. Na medida em que assume a responsabilidade objetiva, o fornecedor responderá pelo defeito independentemente de culpa – e o comerciante, apesar de, via de regra, não responder por defeitos no produto, pode ser responsabilizado acaso se enquadre nas hipóteses do art. 13 do CDC: a) se o fornecedor não puder ser identificado; b) se o produto não contiver informações suficientes para identificar o fornecedor; e c) se não conservados adequadamente os produtos perecíveis. Como o *software* é um produto ou serviço durável, o consumidor terá noventa dias – diante de vício aparente ou de fácil constatação – para exercer seu direito de reclamação (art. 26 do CDC). No caso de vícios ocultos, o mesmo prazo começa a contar a partir do momento em que for evidenciado o vício (art. 26, §3º, do CDC).

Os arts. de 30 a 38 do CDC, referentes à oferta e à publicidade, também são aplicáveis no caso de comercialização de *software*.

O CDC ainda relaciona as práticas abusivas do fornecedor sobre o consumidor (art. 39), destacando-se: a) vincular a aquisição de um *software* a outro; b) enviar ao usuário final qualquer *software* ou produto e/ou serviço relacionado a ele sem solicitação prévia do mesmo¹²⁰; c) utilizar-se da falta de conhecimento do usuário final para lhe impingir

¹¹⁹ Art. 39 do CDC: “É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços: I – condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”.

¹²⁰ Os serviços e produtos prestados dessa forma são equiparados à amostra grátis, conforme preceitua o parágrafo único do art. 39: “Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento”.

produto ou serviço; d) não fornecer orçamento prévio¹²¹; e) exigir vantagem ou preço excessivo como retribuição pelo serviço ou produto; f) colocar no mercado *software* fora das normas técnicas exigíveis (caso de um *software* que não atenda às normas e exigências da marca de certificação, por exemplo); e g) não estabelecer prazo para o cumprimento da obrigação, bem como estipular a seu bel-prazer o termo inicial da execução da obrigação.

O art. 46 e seguintes do CDC referem-se à proteção contratual, merecendo destaque as disposições que abranjam contratos de consumo de *software*. O contrato deve conter informações claras quanto à segurança e a possíveis danos que o uso do *software* pode ocasionar à saúde do usuário final, sendo redigido de forma a que o mesmo lhe compreenda o conteúdo (art. 46 do CDC). A interpretação do contrato dar-se-á sempre no sentido de favorecer o usuário final (art. 47). No caso de venda por telefone ou a domicílio, o usuário pode exercer o direito de arrependimento pelo prazo de sete dias (art. 49).

Já no art. 51 e seguintes do CDC estão contempladas as chamadas cláusulas abusivas, dentre elas a que exonera, impossibilita ou atenua a responsabilidade do fornecedor por vícios de produto ou serviço – a limitação de tal responsabilidade só é considerada no caso de o consumidor final ser pessoa jurídica. Tal cláusula abusiva reveste-se de importância especialmente na área de informática, onde são comuns os vícios e defeitos nos produtos, muitas vezes por erro do próprio usuário. No caso de pagamento em prestações, é nula a cláusula que estipule perda total das parcelas já pagas (art. 53 do CDC).

Existem ainda os casos em que o contrato de *software*, principalmente o de licença, é considerado contrato de adesão. São os chamados contratos *shrinkwrap licenses* e *clickwrap licenses*¹²², muito utilizados no meio informático, com destaque para as licenças de *software*-produto, destinadas a usuários indistintos, a quem cabe aceitá-las ou não. A tais contratos aplicam-se as mesmas normas dos contratos de adesão, expressas no CDC e no CC (arts. 423 e 424), determinando que a interpretação será favorável ao consumidor em caso de dúvida, sendo nula a cláusula que estipule renúncia antecipada do aderente a direito próprio da natureza do contrato. Esses contratos estão previstos no art. 54 do CDC.

¹²¹ Neste orçamento, que pode ser anexado ao contrato, deve constar, discriminadamente, o valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados e as condições de pagamento, bem como as datas de início e de término dos serviços (art. 40 do CDC).

¹²² Sobre o assunto: AMAD, 2002. 223 p.

Tais os elementos e dispositivos essenciais nos contratos nacionais. Estas ponderações serão importantes para embasar o item 1.2.3, que tratará das espécies de contratos de *software*.

1.2.2.2 Contratos internacionais

Os contratos internacionais são matéria de Direito Internacional Privado (DIPr), em sua parte especial¹²³.

A diferença entre contratos internacionais e nacionais é que os primeiros supõem a concorrência de dois ou mais ordenamentos jurídicos diferentes – ou seja, envolvem a legislação de dois ou mais países¹²⁴.

Nádia de Araújo destaca, no mesmo sentido, que “a grande diferença existente entre os contratos internos e internacionais é a possibilidade das partes escolherem a elas a lei aplicável nos internacionais”¹²⁵.

Strenger também ressalta esse elemento na conceituação que faz de contratos internacionais, após várias considerações acerca de seus elementos:

São contratos internacionais do comércio todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de Direito aplicável¹²⁶.

O mesmo autor enuncia algumas premissas:

a) os contratos internacionais são sensíveis a todas as atividades do comércio internacional, o que faz dele não especialização do direito, mas uma profissionalização das atividades comerciais. Dessa forma, eles refletem a vontade negocial, mais que estereótipos jurídicos;

¹²³ Sobre o assunto: BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994; RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 1995.

¹²⁴ STRENGER, 1998, p. 27-28.

¹²⁵ ARAÚJO, Nádia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 19.

¹²⁶ STRENGER, 1998, p. 84.

b) “os contratos internacionais são os únicos instrumentos de ação para o comércio internacional”;

c) os contratos internacionais transpassam os limites estritos do direito, tornando-se multidisciplinares, com o intuito de se complementar;

d) “os contratos internacionais não são meros veículos convencionais, mas fórmula de elaborações conjunturais”; e

e) os contratos internacionais têm como fundamento princípios, mais do que leis, da mesma forma que ocorre com a *lex mercatoria*.

Com base em tais premissas, se percebe que os contratos internacionais envolvem mais do que direitos de diferentes Estados, mas toda uma conjuntura, um contexto globalizado de várias disciplinas – economia, geografia, cultura etc. – para criar um instrumento do comércio internacional mais eficiente e uniforme. Daí se dizer que há autonomia técnica nos contratos internacionais¹²⁷.

A eficácia desses contratos fundamenta-se na garantia de que os mesmos serão executados e de que as partes cumprirão as obrigações assumidas.

Devido à importância de que se revestem os padrões jurídicos perante os contratos internacionais, alguns usos profissionais e princípios gerais de direito configuram regras aplicáveis a eles. Um dos princípios jurídicos de crescente importância nos contratos internacionais é o da autonomia da vontade, que será analisado no próximo capítulo.

Outro aspecto comum a todos os contratos é a negocialidade. Segundo Strenger, “os contratos estão, inevitavelmente, subsumidos à teoria dos atos jurídicos, e, nessas circunstâncias, toda construção dogmática deverá admitir esse pressuposto”. Portanto, aos contratos internacionais são aplicados conceitos próprios dos negócios jurídicos¹²⁸, como o da declaração de vontade e o do cumprimento de uma prestação.

Ainda na definição de contrato, cabe destacar alguns elementos aplicáveis aos contratos internacionais: a) o contrato é sempre uma manifestação de vontade de duas ou mais partes (elemento subjetivo), determinando uma relação jurídica; b) o contrato pode

¹²⁷ STRENGER, 1998, p. 42-48.

¹²⁸ Id. Ibid., p. 65.

modificar, produzir ou extinguir obrigações; e c) o contrato tem sempre por objeto uma prestação de ordem patrimonial (elemento objetivo)¹²⁹.

O elemento subjetivo dos contratos internacionais são justamente as partes envolvidas. Strenger destaca um ponto interessante envolvendo a prática do comércio internacional. Normalmente, ao celebrar-se um contrato, forma-se uma conjuntura integrada por relações comerciais e pessoais. Isso significa que a aproximação das partes e a manifestação da vontade geralmente começam em feiras ou são mediadas por terceiros – o que bem dimensiona a importância de que se reveste tal aproximação no cenário do comércio internacional. O autor observa que

esses dados demonstram suficientemente que o comerciante internacional, não só no plano das empresas mas em toda a extensão de sua atividade, depende de guias e de veículos de aproximação – que permitam adequar seus objetivos às situações que encontra sedimentadas no plano dos negócios internacionais¹³⁰.

À aproximação inicial sucede a fase de negociação e, conseqüentemente, a proposta e a contraproposta das partes. Neste momento, são de grande valia alguns princípios norteadores do regime jurídico contratual: boa-fé, equilíbrio e liberdade contratual etc. Frente à complexa tarefa de redigir um contrato internacional, alguns elementos destacados por Strenger se revelam fundamentais. Um deles é a carta de intenções, na qual e previamente ao contrato, as partes enunciam questões básicas ligadas à negociação. Outro elemento é o preâmbulo, onde consta um elenco de advertências e sugestões¹³¹.

O cumprimento das prestações contratuais – que configuram o elemento objetivo do contrato – pode revelar-se por vezes bastante complexo, haja vista poderem elas ser executadas em diversos lugares e sob ordenamentos jurídicos não-convergentes.

Assim se posiciona Strenger:

O que existe de peculiar, em matéria de prestações, é precisamente a extraterritorialidade de seu exercício, levando os contratantes a enfrentar problemas os mais diversificados, dependendo dos sistemas legislativos que tutelam as relações do local da prestação¹³².

¹²⁹ STRENGER, 1998, p. 70.

¹³⁰ Id. Ibid., p. 98.

¹³¹ Id. Ibid., p. 99.

¹³² Id. Ibid., p. 149.

Cabe ressaltar, ainda, que nem todas as prestações oriundas de um contrato internacional são objetos deste, conforme esclarece Strenger¹³³.

Assim, além das questões acima suscitadas, podem-se relacionar outras, a partir da característica básica da existência de mais de um ordenamento jurídico: qual a lei aplicável ao contrato? No caso de conflito, qual o foro competente para solucioná-lo? Que cláusulas colocar no contrato, em consonância com o direito aplicado?

Quanto à determinação da lei aplicável aos contratos internacionais, Strenger alinha duas hipóteses: a) quando o contrato é omissivo quanto ao direito aplicável para dirimir eventuais conflitos; b) quando as partes, com base no princípio da autonomia da vontade¹³⁴, exercitam essa faculdade. No primeiro caso, as partes não escolhem a lei aplicável e se submetem aos “elementos de conexão vigentes nos ordenamentos positivos do Direito Internacional Privado”. Pode acontecer, contudo, que, mesmo sem escolher o ordenamento jurídico, as partes manifestem ao tribunal o desejo de enquadrar suas relações convencionais no âmbito de determinada lei – é a teoria da vontade tácita. O mesmo se dá quando as partes não escolhem a lei mas escolhem o tribunal, o que determina a hegemonia do ordenamento vigente na sede da corte escolhida, de acordo com a máxima: *Qui eligit judicem, eligit jus*¹³⁵.

Segundo Araújo, “a especificidade do Direito Internacional Privado (DIPr) consiste em sua característica de ser ‘um direito do direito’ (sobredireito) que regulamenta a vida social das pessoas privadas implicadas na ordem internacional”. O DIPr, portanto, é o que determina qual o direito, qual a ordem jurídica a ser aplicada a determinado contrato. Destarte, cada sistema jurídico possui regras próprias para regular as situações que envolvam mais de um sistema jurídico. É o que se chama de “regras de conexão” ou de “normas indiretas”¹³⁶.

Esclareça-se que existem iniciativas para harmonizar tanto as normas conflituais, que variam de país para país, quanto as materiais, na tentativa de uniformizar as regras existentes nos diversos sistemas jurídicos. Exemplos são o Instituto para Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) e a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL).

¹³³ STRENGER, 1998, p. 161.

¹³⁴ A autonomia da vontade será tratada no Capítulo 2 desta dissertação.

¹³⁵ STRENGER, 1998, p. 113 et seq.

¹³⁶ ARAÚJO, 2000, p. 21.

No que tange os contratos internacionais de *software*, cabe ressaltar as observações que Strenger faz sobre os contratos internacionais de informática. Depois de destacar a relevância do setor a partir do século XX – o século da informação¹³⁷ –, o autor destaca o papel do *software* neste contexto, asseverando que “os principais envoltimentos dizem respeito aos programas de computador e à titularidade do direito de autor, bem assim suas prerrogativas”¹³⁸.

Maurício de Almeida Prado resalta que as disposições pertinentes ao contrato internacional de transferência de tecnologia devem ser aplicadas aos contratos internacionais de *software*, no limite de sua natureza. O autor destaca três tipos de cláusulas presentes no contrato internacional de transferência de tecnologia: as centrais; as complementares e as usuais. Cláusulas centrais são as relacionadas à “transferência e exploração da tecnologia pelo receptor”, abrangendo “objeto, definição da tecnologia, garantias de resultado, melhoramentos, território, sublicenciamento, assistência técnica e exploração mínima”. Cláusulas complementares são as que, apesar de não diretamente vinculadas à transferência e exploração da tecnologia, caracterizam esse tipo de acordo: “exclusividade, confidencialidade, licença mais favorecida”. As cláusulas usuais, por fim, são as próprias dos contratos internacionais, que incluem *hardship*¹³⁹, força maior, validade, termo inicial, duração, renovação, arbitragem, foro e lei aplicável¹⁴⁰.

No que tange a lei aplicável, cabe destacar alguns elementos que envolvem a autonomia da vontade nos contratos internacionais.

As normas de DIPr, no Brasil, estão previstas na Lei de Introdução ao Código Civil (LICC). No que tange à lei aplicável, o art. 9º determina que:

Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

¹³⁷ STRENGER, 1998, p. 406-407.

¹³⁸ Id. Ibid., p. 407.

¹³⁹ Sobre o assunto: PRADO, Maurício de Almeida. *Le hardship dans le droit du commerce international*. Bruxelas : Bruylant, 2003.

¹⁴⁰ Por meio desta cláusula as partes estabelecem que o contrato seja rearranjado no caso de evento futuro não vinculado à sua ação. Prado parte da noção de cláusula de *hardship* “como remédio jurídico aplicável às situações onde a ocorrência de um acontecimento, imprevisível e não imputável às partes de um contrato, provoca a perturbação do equilíbrio contratual” (nous partons ainsi de la notion de hardship en tant que remède juridique applicable aux situations où la survenance d'un événement, imprévisible et non imputable aux parties d'un contrat, entraîne le bouleversement de l'équilibre contractuel). PRADO, 1997. p. 84 et seq. Luiz Olavo Baptista também aborda a questão da cláusula *hardship*, asseverando que o conceito desta cláusula, “que alguns traduzem por ‘cláusula de adaptação’, assemelha-se à cláusula de força maior no tocante à imprevisibilidade e à inevitabilidade do evento”. In: BAPTISTA, 1994, p. 143.

§1º. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§2º. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Embora esta regra seja analisada no próximo capítulo, cabe ressaltar, como se depreende do artigo acima, que a lei aplicável será a do local onde a obrigação se constituiu – não podendo se falar, portanto, em autonomia da vontade ou em determinação de lei aplicável, se tal hipótese não se configurar. O parágrafo §2º, por sua vez, refere a hipótese de a obrigação ser constituída em lugares diversos, como no caso de contrato entre ausentes, por exemplo, quando se presume tenha a obrigação se constituído no domicílio do proponente. Muitas críticas foram feitas a este artigo, principalmente no que diz respeito à mudança de sua redação original, na LICC de 1916.

Strenger assevera “que alguns sistemas jurídicos estabelecem restrições ao princípio da autonomia contratual, como é o caso, do ponto de vista formal, do sistema jurídico positivo brasileiro”¹⁴¹.

Araújo, corroborando tal limitação à autonomia da vontade, explica que uma lei estrangeira, mesmo escolhida pelas partes ou indicada pela norma de conflito, “pode ser inaplicável em razão da ordem pública”. Existem, ainda, os problemas relacionados com as “normas internas imperativas e sua inter-relação com o princípio da ordem pública”. Sem contar a “limitação à vontade das partes em utilizar sua autonomia *contra legem*”¹⁴².

Outro dispositivo importante é o art. 17 da LICC, que versa sobre limitante à autonomia da vontade nos contratos internacionais: “as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

Assim, tendo por base a importância de se analisar de forma mais detalhada o princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais de *software*, o capítulo II dedicar-se-á mais pormenorizadamente a este assunto.

Segue-se sobre os contratos de *software*, especificamente.

¹⁴¹ STRENGER, 1998, p. 114.

¹⁴² ARAÚJO, 2000, p. 30.

1.2.3 Espécies dos contratos

1.2.3.1 Classificações doutrinárias

Não existe uma classificação sistematizada e unânime a respeito dos contratos de *software*. Serão relacionadas, a seguir, algumas classificações doutrinárias.

A primeira classificação é a de Cerqueira, que estabelece as seguintes espécies de contratos envolvendo *software*:

a) contratos de *software* – particularmente licença de uso e distribuição – é o contrato de cessão ou licença de uso, que “é o contrato típico para o *software*, em todo o mundo, sendo praticado nas suas mais diversas modalidades”. A primeira dessas modalidades é a do “contrato firmado após negociação”, onde existe amplo exercício da autonomia da vontade na discussão das cláusulas a serem formalizadas. A segunda modalidade é a do “contrato de adesão”, que existe em forma pré-impressa. Uma terceira modalidade referida pelo autor é a mesma do “contrato de adesão” com formulário simplificado ou frente-e-verso, onde “o usuário não carece apor sua concordância, mas lê e age preenchendo dados e assinando o contrato”. A quarta modalidade seria a do “contrato eletrônico de adesão”, utilizado para a comercialização de programa de computador pela Internet. Finalmente, uma quinta modalidade é a do “contrato misto”, que estabelece previamente algumas cláusulas e possibilita a negociação de outras¹⁴³.

O segundo tipo da primeira modalidade dos contratos de *software* é o referente à “*software*-produto”, que é aquele vendido como se fosse mercadoria e também é conhecido como “*software* de prateleira”¹⁴⁴, destinando-se a consumidores em geral:

Software produto é o programa de computador licenciado para usuários indistintos, que pode ser adquirido e necessitar de nenhuma ou pouca atividade para implementação e uso, comercializado em lojas, como se fosse mercadoria, juntamente com seus manuais de uso, ou fornecido com atendimento de pedidos através dos correios, por mídia eletrônica etc.¹⁴⁵

Este “*software*-produto” pode ser comercializado por meio de contratos pré-formulados, classificados por Cerqueira como de adesão, onde a manifestação da vontade se dá pela aceitação do contrato de licença de uso do *software*. Quando as cláusulas

¹⁴³ CERQUEIRA, 2000, p. 63 et seq.

¹⁴⁴ Termo utilizado pelo Instituto de Estudos Econômicos em Software (IEES).

¹⁴⁵ CERQUEIRA, 2000, p. 68.

contratuais se encontram na própria embalagem, o simples ato de abri-la já simboliza a aceitação por parte do usuário final. Assim, apesar de parecer, ao se efetivar a contratação do “*software*-produto”, que se está aperfeiçoando um contrato de compra e venda, o que ocorre é uma “aquisição pelo licenciamento de uso”. A negociação deste tipo de contrato também pode ocorrer individualmente, com a “aproximação e o contato pessoal” entre fornecedor e adquirente. Se algumas questões ficarem em aberto, sua solução será encaminhada por meio da negociação entre as partes e formalizada em anexos ao contrato de licenciamento de “*software*-produto”¹⁴⁶.

O terceiro tipo da primeira modalidade de contrato é o “contrato de distribuição de *software*”. Segundo Cerqueira, estes podem ser “indistintamente denominados de ‘contratos de revenda’, de ‘agenciamento’, de ‘representação’ [...], ou, mais propriamente, ‘de cessão de direitos de comercialização’” e negociados entre uma empresa nacional e seus representantes, revendedores, distribuidores ou agentes regionais. Também podem ser celebrados entre uma empresa nacional e uma estrangeira, o que envolveria “Contratos Internacionais de Cessão de Direitos de Comercialização de Programa(s) de Computador”. O autor ainda distingue entre revenda, que pressupõe uma compra anterior e a posterior revenda, e distribuição, que é conceito mais amplo, “podendo, ou não, ser uma revenda, ou uma comercialização, pelo distribuidor, em nome do fornecedor, com remessas periódicas de pagamento em função das vendas [...]”. O que cabe destacar, porém, é que, tanto a revenda quanto a distribuição constituem uma “cessão de direitos de comercialização”¹⁴⁷.

b) contratos de manutenção de *software* – no caso dos “contratos de manutenção de programa de computador”, é preciso, segundo Cerqueira, diferenciar a “manutenção preventiva”, que via de regra se aplica a *hardwares* e é executada periodicamente, antes mesmo que um problema ocorra, da “manutenção corretiva”, destinada a corrigir problemas já existentes. Esta é mais comum nos casos de *software*, ou, nas palavras do autor, “no caso de programas de computador a situação é bastante semelhante, mesmo considerando que o objeto da manutenção é diferente”. Ele ainda estabelece a diferença entre “manutenção” e “garantia”, com a primeira englobando os serviços prestados e cobrados pelo prestador com o objetivo de corrigir erros, e a segunda incluindo uma

¹⁴⁶ Id. Ibid., p. 67-69.

¹⁴⁷ CERQUEIRA, 2000, p. 69.

obrigação por parte do fornecedor e que deve ser prestada gratuitamente em caso de problemas com o programa de computador¹⁴⁸.

c) contratos de desenvolvimento de sistemas – neste caso, uma empresa contrata outra empresa ou uma pessoa natural para desenvolver um sistema, geralmente específico, sob medida. Nas palavras do próprio autor, sistema seria “um conjunto de programas, ou de módulos de programas, ou de subsistemas, que precisa ser desenvolvido por completo, ou apenas parcialmente – por existirem programas, ou rotinas, ou módulos já desenvolvidos”¹⁴⁹. Estes sistemas desenvolvidos sob encomenda têm por finalidade informatizar e modificar a forma de organização de uma empresa, visando maior funcionalidade de atividade, por exemplo. Importa ressaltar, ainda, que esse contrato de desenvolvimento de sistemas por encomenda é diferente de um contrato de assessoria ou consultoria, “mesmo que, por vezes, um contenha o outro”. Para Cerqueira, os contratos que envolvem programas de computador e os têm como objeto, são contratos de prestação de serviço, “já que *software* é ‘serviço’ e não ‘mercadoria””, incidindo sobre ele, do ponto de vista jurídico-fiscal, o ISS¹⁵⁰.

d) contrato social da empresa de *software* e serviços – estes contratos podem apresentar-se tanto na forma de sociedade limitada quanto na de estatuto de sociedade anônima. O que cabe destacar é que os contratos sociais de empresa de *software* são regulados pelas mesmas regras vigentes para empresas em geral. O diferencial é que estas empresas trabalham com bens incorpóreos e, portanto, de difícil avaliação quantitativa. Isso, por óbvio, facilita fraudes e torna mais complexa a integralização do capital social de forma correta e justa. Na mesma situação estão as empresas cujo capital social é integrado por outros bens incorpóreos: patentes de invenções, marcas etc.¹⁵¹

e) contrato de trabalho na empresa de *software* e serviços – esta modalidade contratual exige cláusulas determinantes da titularidade da propriedade intelectual, que pode ser da empresa ou do empregado-programador. Outro aspecto importante é o da estipulação de cláusulas de confidencialidade, já que as empresas de *software* “tratam com um produto muito especial que é a informação, a qual não possui forma ou massa definida não podendo ser vista ou percebida de maneira ortodoxa, sendo de caráter intelectual”, o

¹⁴⁸ Id. Ibid., p. 71.

¹⁴⁹ Id. Ibid., p. 73.

¹⁵⁰ CERQUEIRA, 2000, p. 74.

¹⁵¹ Id. Ibid., p. 78.

que facilita a cópia e a adulteração, entre outras atividades que podem acarretar prejuízos para a atividade empresarial¹⁵².

d) contratos eletrônicos e pela Internet¹⁵³ – finalmente, Cerqueira menciona os contratos eletrônicos¹⁵⁴, que são os transmitidos por intercâmbio eletrônico de dados ou *Electronic Data Interchange* (EDI). O contrato, neste caso, refere-se “a todos os documentos transmitidos através da utilização do sistema de intercâmbio de dados [...], havendo evidentemente, em anexo, a lista de dados e documentos e padrões de protocolo”. Considera-se que estes dados e documentos foram recebidos a partir do momento que estão disponíveis no equipamento do destinatário e uma vez recebida a comunicação da disponibilidade pelo remetente. Além dos contratos eletrônicos, há que se registrar a existência dos contratos celebrados por meio da Internet¹⁵⁵, onde a troca de mensagens “pode dar origem a um contrato com todos os requisitos e exigências estabelecidas pela legislação”¹⁵⁶. Não se fará, por escapar ao foco deste trabalho, uma análise detalhada sobre os contratos eletrônicos e via Internet.

Manuel J. Pereira dos Santos, também, apresenta uma classificação acerca da licença de *software*. Para ele, o contrato de licença de *software* é “uma modalidade de negócio jurídico através do qual alguém, denominado licenciante, concede a outrem, denominado licenciado, o direito de exploração econômica e/ou utilização do programa de computador”. Santos estabelece três tipos básicos de licença: a) licença para comercialização do *software*, b) licença para desenvolvimento de sistemas e c) licença de uso de *software*. Além desses, o autor enumera dois outros contratos: a) contrato de desenvolvimento de *software* e b) contrato de prestação de serviços de suporte ou manutenção¹⁵⁷.

¹⁵² Id. Ibid., p. 80-81.

¹⁵³ Id. Ibid., p. 63-84.

¹⁵⁴ Sobre o assunto: BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores peculiares jurídicas da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001; SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo. (org.). *Comércio eletrônico*. São Paulo: RT, 2001; VENTURA, Luis Henrique. *Comércio e contratos eletrônicos: aspectos jurídicos*. Bauru/SP: Edipro, 2001.

¹⁵⁵ Internet, segundo o Dicionário Aurélio, é “qualquer conjunto de redes de computadores ligadas entre si por roteadores e *gateways*, como, p. ex., aquela de âmbito mundial, descentralizada e de acesso público, cujos principais serviços oferecidos são o correio eletrônico (q. v.), o *chat* (q. v.) e a *Web* (q. v.), e que é constituída por um conjunto de redes de computadores interconectadas por roteadores que utilizam o protocolo de transmissão TCP/IP. [F. red.: *net*. Tb. se diz *rede*.]”. AURÉLIO, 2004. CD-ROM.

¹⁵⁶ CERQUEIRA, 2000, p. 81-82.

¹⁵⁷ SANTOS, Manoel J. Pereira. Licença de Software. *Revista da ABPI*. ABPI. São Paulo, n. 25, p. 39-49, nov./dez. 1996. p. 39.

Amad também faz uma análise geral dos contratos envolvendo *software*, dividindo-os em “figuras contratuais distintas”. Segundo este autor, o que diferencia um contrato de outro é a forma como os direitos são concedidos. Dentre os contratos, as “duas modalidades principais de negócios envolvendo *software* são a Cessão e a Licença”¹⁵⁸. A seguir, Amad analisa cada tipo de contrato que envolve programa de computador.

O primeiro é o “contrato de segredo ou confidencialidade”, cuja principal finalidade é “preservar dados sobre o programa (código-fonte) quando da necessidade de troca de informações que inevitavelmente deve ocorrer durante testes ou avaliações”. Dito de outro modo, é o contrato que obrigará as partes que participam da negociação do *software* a respeitar o sigilo necessário para a efetiva contratação, sob pena de sanções legais e contratuais¹⁵⁹.

O segundo contrato analisado por Amad é o “contrato de desenvolvimento”, também chamado de contrato por encomenda, onde há a “contratação de uma determinada pessoa física ou jurídica com o intuito de desenvolver um programa de computador específico aos interesses do contratante”. No contrato se especificará as necessidades do contratante que serão atendidas pelo *software* encomendado. O autor ainda acrescenta nesta categoria os contratos que partem de um *software* já existente e têm como finalidade sua customização e adaptação às necessidades específicas do contratante¹⁶⁰.

Um terceiro tipo é o “contrato de prestação de serviços de suporte técnico e manutenção”, que visa “dar suporte ao adquirente do ‘software’, possibilitando a utilização total do programa de computador, como também do saneamento de eventuais falhas”. Essa manutenção, segundo Amad, pode ser preventiva ou corretiva, dependendo da vontade das partes e das circunstâncias. Assim, os serviços incluem “sanar dúvidas ou corrigir erros, também fornecer treinamentos, consultoria, podendo até se prestar ao fornecimento de novas versões do ‘software’ em questão”. Estes contratos podem ser autônomos ou comercializados junto com as licenças e cessões de *software*¹⁶¹.

O quarto tipo é o dos “contratos de cessão de direitos e licença”. Nos contratos de cessão se transfere “os direitos patrimoniais do titular da obra a outrem”, total ou parcialmente. Já os contratos de licença concedem ao licenciado o direito de exploração econômica e/ou de uso do *software*. A cessão, além disso, representaria um negócio de

¹⁵⁸ AMAD, 2002, p. 74-75.

¹⁵⁹ Id. Ibid., p. 76.

¹⁶⁰ AMAD, 2002, p. 77.

¹⁶¹ Id. Ibid., p. 77-78.

natureza não-temporária, gerando um direito oponível *erga omnes*, enquanto na licença o caráter de temporariedade é “da própria essência do negócio”¹⁶².

Amad afirma, no caso da licença de *software*, a possibilidade do detentor do direito autoral manter o contrato total e explorar sua obra sem abrir mão dos direitos patrimoniais, “por meio da conservação dos segredos do programa (código-fonte)”. Existe ainda a alternativa de licenciar o próprio código-fonte do programa, embora tal hipótese se configure numa exceção e ocorra somente em circunstâncias especiais. Segundo o autor,

[...] ao licenciar o código-fonte o titular do ‘software’ não abre mão de seus direitos patrimoniais (pois continua com a possibilidade de licenciar o ‘software’ – ou mesmo o próprio código-fonte – para outros interessados) mas permite que o licenciado adequue o ‘software’ às suas necessidades específicas¹⁶³.

O autor enumera três tipos básicos de licença:

a) “Licença para comercialização do ‘software’” – seu objeto “é a concessão de parte dos direitos patrimoniais do autor, consubstanciados no direito de exploração da obra”, podendo o licenciado reproduzir o programa, sublicenciá-lo a terceiros para comercialização e conceder licenças de uso. Tal licença, por sua vez, se subdivide de acordo com dois critérios: o da “relação jurídica básica” e o do “próprio objetivo do contrato”. O critério da relação jurídica básica admite tanto a licença para distribuição (estabelecida entre o titular dos direitos autorais e o distribuidor, tratando das formas como este poderá comercializar o *software*) quanto a sublicença para revenda (que ocorre entre distribuidor e revendedor, determinando a forma pela qual este adquirirá os produtos daquele e os revenderá para o mercado final). Quanto ao segundo critério – o do próprio objetivo do contrato –, existe a licença de comercialização simples e o contrato de *value added reseller* (VAR). A primeira permite que o programa seja comercializado e estabelece os usos licenciados por quem comercializa o *software* em favor do usuário, enquanto o VAR (também conhecido por OEM) oficializa a licença de programas já pré-instalados em máquinas¹⁶⁴.

b) “Licença para desenvolvimento de sistemas” – aqui se concede ao licenciado permissão para “proceder a modificações tecnológicas no programa original, autorizando-o também a efetuar derivações desse programa”. Esta licença pode ser utilizada, também,

¹⁶² Id. Ibid., p. 79.

¹⁶³ Id. Ibid., p. 81.

¹⁶⁴ AMAD, 2002, p. 83-84.

para “proceder a integração do programa objeto do contrato em outros sistemas já existentes”¹⁶⁵.

c) “Licença de uso de ‘software’” – a finalidade desta licença é permitir que o licenciado, ao adquirir uma cópia do *software*, a utilize para determinadas finalidades. O autor estabelece, aqui, uma diferenciação entre programa-produto e programa-especial: o primeiro é desenvolvido “exclusivamente para atender as necessidades específicas de um determinado usuário” e não está disponível para o mercado em geral, enquanto o segundo é elaborado “para utilização em microcomputadores e comercializado ao público em geral por meio dos estabelecimentos de comércio de produtos de informática”.

Além dessas, Amad ainda menciona outras licenças: “GLP – Global License Program, Worldwide Agreement, ou ainda Select Agreement, modalidades de licenciamento que podem ser usadas tanto para programas especiais como para programas-produto”¹⁶⁶.

Em seguida, o mesmo autor analisa as licenças *shareware* e *freeware* de uso de programa de computador. A licença *shareware* ocorre quando o programa é distribuído para demonstração e o usuário paga um pequeno valor se desejar ficar com ele; na licença *freeware*, o programa é distribuído gratuitamente, mas o usuário deve respeitar as obrigações nela contidas¹⁶⁷.

Alexandre Coutinho Ferrari, por sua vez, tem posição diversa no que tange ao contrato de *software*, esclarecendo que o mesmo, em si, “não é o contrato que acordou as obrigações da criação, mas sim o contrato de uso do produto”. Em outras palavras, Ferrari só considera contrato de *software* o contrato de licença, sendo o mesmo dispensável quando o produto é feito “exclusivamente para um único usuário (pessoa física ou jurídica)”, já que todas as condições subentendem-se tratadas no contrato de criação do *software*. Para ele, a importância do contrato de licença está em proteger os “interesses do programador, em especial dois: o Direito Autoral e a exclusão de determinadas responsabilidades”¹⁶⁸.

No que tange aos tipos de contrato de *software*, Ferrari destaca ainda que “o contrato ou licença de uso de um software-padrão é sempre um contrato de adesão”, sendo

¹⁶⁵ Id. Ibid., p. 84-85.

¹⁶⁶ AMAD, 2002, p. 86-87.

¹⁶⁷ Id. Ibid., p. 87-88.

¹⁶⁸ FERRARI, Alexandre Coutinho. *Proteção jurídica de software: guia prático para programadores e webdesigners*, São Paulo: Novatec, 2003. p. 76, 81, 82.

aplicável ao caso o CDC. Afirmando que no Brasil “há menos conceitos de licença de uso aceitáveis do que em outras partes do mundo”, Ferrari defende seis tipos diferentes de licença (ou contrato de programa de computador):

a) *Freeware* – é a licença que autoriza o uso, a cópia e a distribuição do programa de computador, de forma gratuita, com a única ressalva de que deve ser disponibilizado da mesma forma e sob as mesmas condições. Pela natureza desta licença, a alteração e a exibição do código-fonte não são autorizadas¹⁶⁹.

b) *Semi-freeware* – segue os mesmos parâmetros da licença *freeware*, apenas com a diferença de limitar a distribuição do programa de computador. Também não são permitidas a alteração e a exibição do código-fonte¹⁷⁰.

c) *Shareware* – permite o uso, a cópia e a livre distribuição do programa de computador. O uso, todavia, é temporário, devendo o usuário pagar pelo programa caso queira continuar a utilizá-lo. É o típico programa de demonstração, que pode ser inclusive parcial, sendo disponibilizado por completo após o pagamento por parte do usuário¹⁷¹.

d) *Software livre (copyleft)* – é “o programa que está em domínio público, totalmente liberado e sem dono”. O código-fonte, inclusive, pode estar liberado e ser visível. É um programa de computador “feito de forma anônima, ou seja, sem atribuir direitos autorais a ninguém, ou por pseudônimo [...]”¹⁷².

e) *Software comercial* – é o mais complexo para o programador, já que “objeto de contratação direta pelo contratante, solicitando o software”. Inclui a modalidade de “software comercial exclusivo”, em que a elaboração é pactuada diretamente pelo contratante com o programador, com um fim específico. O código-fonte é entregue ao contratante, não podendo o programador comercializá-lo. Há também o “software comercial não-exclusivo”, em que o código-fonte não é entregue ao contratante, “podendo o programador utilizá-lo para a elaboração de outros programas, desde que não infrinja nenhuma norma ética que possa resultar em danos, diretos ou por via reflexa, ao primeiro contratante”. Uma terceira variante é o “software meramente comercial”, que é o

¹⁶⁹ Id. Ibid., p. 86.

¹⁷⁰ Id. Ibid., p. 89.

¹⁷¹ FERRARI, 2003, p. 93.

¹⁷² Id. Ibid., p. 97-98.

“programa de computador feito sem qualquer contratação de elaboração” e sobre o qual incidem as leis em defesa do consumidor, sendo destinado a usuários em geral¹⁷³.

e) *Software*-proprietário – seu proprietário é o próprio criador do programa. Pode ser repassado por meio de contrato de transferência registrado no INPI, mas uma vez vendido, não é mais de propriedade do criador e deixa de ser um *software*-proprietário¹⁷⁴.

O autor esclarece, ao final, que existem outros conceitos, tais como “OEM, FPP, OPEN, Select, EA, GPL, X11, entre outros”, mas não analisa os mesmos.

Wachowicz também estabelece modalidades de disponibilização do *software*:

a) *Software*-proprietário ou licenciado – disponibilizado por meio de “um termo de cessão de direitos de uso”¹⁷⁵, dá-se através de contrato e sua formalização jurídica depende do *software* que se está disponibilizando: se é *software* por encomenda ou “de prateleira”. A formalização contratual para distribuição é realizada por intermédio de uma licença específica para o distribuidor, que licencia o uso, por sua vez, para o usuário final. A licença também pode ser feita usando-se contrato de adesão¹⁷⁶.

b) *Software* locado¹⁷⁷ – é uma inovação trazida pela Lei nº 9.609/1998 e que já foi objeto do ADPIC, referindo-se à modalidade pela qual “atribui-se à empresa produtora de *software* a possibilidade exclusiva de autorizar ou proibir o aluguel comercial do programa de computador, não sendo este exaurível pela venda, licença ou outra forma de transferência da cópia do programa”. Wachowicz questiona também a utilização desse termo, tendo em vista que o art. 565 do CC, ao tratar da locação, só a autoriza na hipótese de bens infungíveis, o que não seria o caso do *software*¹⁷⁸. Este tipo de disponibilização, embora legalmente válido, é pouco utilizado na prática¹⁷⁹.

c) *Software shareware* ou *software demo* – embora variem as modalidades de comercialização, estes *softwares* se baseiam essencialmente na disponibilização gratuita de uma versão para demonstração por um determinado período de tempo. Findo o prazo, o

¹⁷³ Id. Ibid., p. 129.

¹⁷⁴ Id. Ibid., p. 117.

¹⁷⁵ Não é apropriado o termo “cessão de direitos de uso”, haja vista que, quando se refere à cessão, se fala de algo não eventual. Licença, por si só, é válida para determinar a permissão de uso do *software*. Sobre o assunto: BARBOSA, 1999. Este assunto será tratado no item 1.2.3.2.

¹⁷⁶ WACHOWICZ, 2004, p. 85-86.

¹⁷⁷ Há divergências doutrinárias sobre o termo locação para *software*, apesar do mesmo constar da Lei nº 9.609/1998 e do ADPIC, conforme item 1.2.1.1. No caso, não se optou por essa expressão, tendo em vista o próprio conceito de locação, que coincide com o de licença – ou seja, o da permissão de uso de determinada coisa por terceiro.

¹⁷⁸ Sobre a fungibilidade do *software*: WACHOWICZ, 2004, p. 52-54.

¹⁷⁹ WACHOWICZ, 2004, p. 86-88.

software reduzirá sua eficácia de funcionamento, impossibilitando a utilização, a menos que o usuário adquira a licença¹⁸⁰.

d) *Software freeware* – é o que pode ser utilizado de forma gratuita e permanente, sem que seja necessário “qualquer tipo de remuneração ou limitação do uso”. Ele deve conter, no entanto, indicações claras de que se trata de um *software* de domínio público¹⁸¹.

e) *Software* livre ou *free software* – também conhecido por *open source*, é o tipo de *software* em que os usuários têm acesso ao código-fonte, desfrutando, com isso, de quatro liberdades:

[...] liberdade de executar o programa para qualquer propósito; liberdade de estudar como o programa funciona, adaptando-o às suas necessidades; liberdade de redistribuir cópias de modo que possam ajudar outro usuário a desenvolver também o programa; e liberdade de aperfeiçoar o programa e liberar os seus aperfeiçoamentos, de modo que toda a comunidade se beneficie¹⁸².

Antônio Chaves, também, trata dos contratos de *software*, identificando os seguintes: “contrato de empresa”, “contrato de comunicação de *savoir-faire* (*know-how*, transferência de tecnologia)”, “concessões de direito de uso” (incluindo-se a cessão ou a venda do *software*); contrato de “estudo de sistema” (em que se encomenda um ou mais programas de computador para uso exclusivo e permanente) e “locação de serviços ou contrato de trabalho”¹⁸³.

Strenger relaciona como possíveis contratos de *software* a licença, a cessão, a concessão de direito de uso, o contrato de edição (semelhante à edição literária) e o contrato de manutenção. No que tange a contratos de distribuição, o autor esclarece que

[...] toda a terminologia jurídica vaga ou precisa da distribuição é encontrável em um mesmo cadinho: contrato de concessionário credenciado; contrato de *franchise*; contrato de representação oficial; contrato de distribuição; contrato de revendedor; contrato de revendedor credenciado.

Contudo, essa diversidade cria alguns embaraços jurídicos, principalmente de qualificação, pela sua inexatidão em relação às cláusulas inseridas nos contratos¹⁸⁴.

Estas foram algumas classificações feitas por doutrinadores. Como se percebe, não há convergência, apesar de algumas idéias básicas coincidirem.

¹⁸⁰ Id. Ibid., p. 88-89.

¹⁸¹ Id. Ibid., p. 89.

¹⁸² WACHOWICZ, 2004, p. 89-92.

¹⁸³ CHAVES, Antonio. *Direitos autorais na computação de dados*. São Paulo: LTr, 1996. p. 138.

¹⁸⁴ STRENGER, 1998, p. 415.

No exterior, particularmente a Espanha, destacam-se as classificações de Ana Marzo Portera *et alli*, Icíar Marzo Portera e Gonzalo Martinez Flechoso. Os referidos autores tratam, de forma geral, dos contratos informáticos e eletrônicos, onde se incluem os relacionados a *software*¹⁸⁵. Como nem todo contrato informático se refere exatamente a *software*, é interessante destacar, dentre eles, os que possuem esta característica. São eles:

a) Contrato com programadores – são os realizados entre as empresas e os funcionários que participem do desenvolvimento de um bem informático (incluindo base de dados, programa de computador ou aplicação). Tal contrato, segundo os autores, tem por objetivo “obter a cessão e/ou declaração em benefício da empresa de quaisquer direitos que possam corresponder ao trabalhador derivados de sua condição de autores da obra coletiva ou da obra em colaboração realizada”¹⁸⁶. Esclarecem ainda que, se o *software* é desenvolvido numa empresa, como obra coletiva, pertencem a ela os direitos de autor, sejam patrimoniais, sejam morais¹⁸⁷:

No caso em que nos encontremos frente a uma obra coletiva, se fará constar esta circunstância em alguma das cláusulas do contrato, manifestando expressamente que – tal e como estabelece a lei [espanhola] – correspondem ao autor, neste caso à empresa, os direitos patrimoniais e morais sobre a obra¹⁸⁸.

b) Contrato de desenvolvimento à medida – é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a desenvolver um *software* para a outra em troca de remuneração (preço certo). Aspectos importantes deste tipo de contrato são as especificações técnicas funcionais e de *hardware* que cada parte deve cumprir, os prazos relativos às partes, a propriedade

¹⁸⁵ Adverte-se que as observações sobre este contrato são feitas com base na Lei de Propriedade Intelectual espanhola, podendo ocorrer divergências em relação à legislação brasileira.

¹⁸⁶ MARZO PORTERA, Ana; MARZO PORTERA, Icíar; MARTÍNEZ FLECHOSO, Gonzalo. *Los contratos informáticos y electrónicos*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004. p. 23. ([...] con el fin de obtener la cesión y/o declaración en beneficio de la empresa de cualesquiera derechos que pudieran corresponder al trabajador derivados de su condición de autores de la obra colectiva o de la obra en colaboración realizada.)

¹⁸⁷ Observa-se, neste ponto, que a disposição da LDA brasileira não prevê a possibilidade do titular dos direitos patrimoniais de obra coletiva ser também titular dos direitos morais. É o que se depreende do art. 17 da LDA: “É assegurada a proteção às participações individuais em obras coletivas. § 1º. Qualquer dos participantes, no exercício de seus direitos morais, poderá proibir que se indique ou anuncie seu nome na obra coletiva, sem prejuízo do direito de haver a remuneração contratada. § 2º. Cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva. § 3º. O contrato com o organizador especificará a contribuição do participante, o prazo para entrega ou realização, a remuneração e demais condições para sua execução”. Este tema, principalmente no que tange aos direitos morais do autor, será mais bem abordado no Capítulo 3 desta dissertação.

¹⁸⁸ MARZO PORTERA *et alli*, 2004, p. 24. (En el caso en que nos encontremos frente a una obra colectiva, se hará constar esta circunstancia en alguna de las cláusulas del contrato, manifestando expressamente que – tal y como establece la ley – le corresponde al autor, en este caso la empresa, los derechos patrimoniales y morales sobre la obra.)

intelectual do *software*, os direitos de exploração, a qualidade da aplicação do *software* e o período de garantia¹⁸⁹.

c) Contrato de depósito de fontes – por meio deste instrumento legal é designado um depositário para o código-fonte, que pode ser tanto uma das partes quanto um terceiro, sendo possível o acesso à aplicação ou o fim do depósito apenas nas hipóteses previstas contratualmente. É o caso da empresa que contrata um programador e tem necessidade de acessar o código-fonte para romper, por exemplo, com uma situação de dependência frente ao desenvolvedor do *software*. Este contrato pode ser anexado a um contrato de licença de uso ou de desenvolvimento de *software*¹⁹⁰.

d) Contrato de implantação – é o que obriga uma das partes a implantar um *software* no sistema informático da outra. Este *software* tanto pode ser desenvolvido sob medida como se tratar de um *software*-padrão (*software*-produto). Cláusulas importantes: prazos para cada etapa da implantação, penalizações em caso de não-cumprimento destes prazos e o pacto de não-contratação, pelo qual a contratante se compromete a não contratar funcionários da contratada¹⁹¹.

e) Contrato de licença de uso – é o contrato pelo qual o titular de um *software*, mantendo a propriedade sobre ele, permite que o contratante o utilize – o que inclui o direito do usuário fazer uma cópia de segurança. Em seguida, Ana Marzo Portera *et alli*, relacionam os três tipos de licenças mais habituais: a licença de uso corporativa (o uso do *software* é concedido a um grupo de empresas com base em uma única licença), a licença de uso individual (utilização concedida a um único usuário) e a licença-demo (se oferece ao usuário uma versão do *software* para que ele o conheça e utilize apenas como demonstração)¹⁹².

f) Contrato de manutenção – tem como objetivo a prestação de determinados serviços para a contratante: manter a aplicação útil do *software* para o fim a que se destina, corrigir eventuais falhas e deficiências do programa, estudar o programa e implementar-lhe

¹⁸⁹ Id. *Ibid.*, p. 26.

¹⁹⁰ Id. *Ibid.*, p. 27-28.

¹⁹¹ MARZO PORTERA *et alli*, 2004, p. 28

¹⁹² Id. *Ibid.*, p. 30.

melhorias, e proporcionar formação aos usuários indicados pela contratante. Assim, a manutenção pode ser preventiva, corretiva, de valor agregado e formativo¹⁹³.

g) Contrato de distribuição – as partes estabelecem, por meio desta modalidade contratual, as condições e os termos que deverão ser observados para a distribuição e comercialização do *software* no mercado. Segundo os autores, para exercer tal atividade podem-se utilizar as três modalidades comerciais de contratos regulamentadas por lei: agência, comissão e corretagem. O que deve ficar claramente expresso no contrato são os direitos patrimoniais do distribuidor sobre o *software*, a forma como os *softwares* serão entregues ao distribuidor, as campanhas publicitárias e os impostos, taxas e comissões referentes a cada parte¹⁹⁴.

h) Contrato de *outsourcing*¹⁹⁵ – é o chamado “contrato-coringa”, geralmente utilizado na prestação de qualquer serviço informático. Grandes empresas costumam adotar esta modalidade contratual em relação a profissionais terceirizados que se responsabilizarão por sua área de informática – quer em *software*, quer em *hardware*, quer em ambos¹⁹⁶.

Os demais contratos mencionados por Ana Marzo Portera *et alli*, relacionam-se preferencialmente a outros serviços informáticos, como acesso a Internet, *housing*, *hosting*, base de dados e contratos eletrônicos, que não são tema da presente dissertação. O que se propõe, aqui, é uma classificação baseada na legislação atinente, nos autores supracitados, na classificação provisória do IBGE¹⁹⁷ e, principalmente, na prática dos empresários de *software*¹⁹⁸.

¹⁹³ Manutenção preventiva e de valor agregado inclui as atividades que visam atingir determinados objetivos fixados pelas partes; a corretiva visa a resolução de problemas que possam surgir com o uso do *software*; a formativa ocorre quando se dá formação a usuários do *software*. MARZO PORTERA *et alli*, 2004, p. 30-31.

¹⁹⁴ MARZO PORTERA *et alli*, 2004, p. 31-32.

¹⁹⁵ Sobre o assunto: PESO NAVARRO, Emilio del. *Manual de outsourcing informático: análisis y contratación*. 2. ed. Madri: Diaz de Santos; IEE, 2003. 237 p.

¹⁹⁶ MARZO PORTERA *et alli*, 2004, p. 32-33.

¹⁹⁷ O IBGE criou, em 2004, um suplemento à Pesquisa Anual de Serviços de 2002 (PAS 2002), chamado de Suplemento de Produtos e Serviços 2001-2002. Esse suplemento constitui-se de uma “etapa inicial da elaboração de uma classificação nacional de produtos para o setor serviços. Seu principal objetivo é validar uma nomenclatura detalhada de produtos para atividades selecionadas e conhecer o peso relativo desses produtos em termos da receita por eles gerada”. In: IBGE, 2002, p. 7. Neste suplemento foram pesquisadas várias empresas que se enquadravam nas áreas de transporte (rodoviário, ferroviário, metroviário, aquaviário e aéreo), informática, telecomunicações e audiovisuais. As empresas foram discriminadas de acordo com suas atividades:

Aluguel de tempo de CPU – serviço em que computadores de grande porte são usados para processar informações de uma empresa, sendo cobrado um valor pelo tempo de utilização.

Antes de adentrar-se especificamente na classificação proposta, convém destacar alguns aspectos sobre os quais paira certa confusão terminológica. Trata-se da diferenciação entre cessão e licença, bem como da distinção entre estas e os conceitos de compra e venda e locação.

1.2.3.2 Licença e cessão x compra e venda e locação

Assessoria para compra e instalação de periféricos relacionados à segurança dos equipamentos de informática – serviço de consultoria em *hardware* responsável pela orientação técnica da área de suporte e manutenção, visando a segurança dos sistemas e equipamentos.

Auditoria em sistemas de informática – serviço de consultoria em *hardware* que objetiva a avaliação de desempenho de sistemas de informática em geral, considerando aspectos de eficiência, padronização e registro.

Confecção de sites e de portais para a Internet – serviço de definição de *lay-out* e programação de páginas de Internet.

Consultoria em tipos e configurações de hardwares e análise das necessidades de informática das empresas e assessoria para a compra e instalação de equipamentos e de programas de informática – serviço de consultoria em *hardware* visando a implantação de tecnologias de *hardware* e *software* adequadas às necessidades individuais das empresas.

Criação e gestão de bancos de dados ligados à Internet – serviço de produção de sistemas gerenciadores de bancos de dados com finalidade específica de uso pela Internet, compreendendo o desenvolvimento do banco de dados, interfaces de comunicação e aplicativos correspondentes.

Criação e gestão de bancos de dados específicos (exceto para Internet) – serviços oferecidos às pessoas físicas e jurídicas para acesso a informações específicas contidas em bancos de dados.

Desenvolvimento e produção de softwares prontos para uso (inclusive customização) – serviço de desenvolvimento de softwares prontos para uso, genéricos, comerciais ou de prateleira (controles de estoque, clientes, fornecedores; gerenciamento de empresas; jogos; dicionários etc.) produzidos pela própria empresa.

Desenvolvimento de softwares sob encomenda (análise, projeto, programação, testes e implantação) – serviço de consultoria em *software* visando a produção e a implementação de *softwares* desenhados especialmente para uma dada empresa que contrata esse serviço.

Desenvolvimento de projetos e modelagem de bancos de dados – serviço de consultoria em *software* visando a produção de sistemas gerenciadores de banco de dados.

Desenvolvimento de projetos para instalações de redes – serviço de consultoria em *hardware* visando o planejamento e a implementação de redes de informática nas empresas.

Desenvolvimento de tarefas relacionadas à segurança em informática (antivírus, criptografia, autenticação, detecção de hackers) – serviço de consultoria em informática voltado ao suporte e manutenção, visando oferecer proteção e segurança aos sistemas e equipamentos de informática.

Entrada de dados (digitação e leitura ótica) – serviço que antecede o processamento de informação por computadores.

Licenciamento e locação de softwares prontos para uso – serviço que consiste na cessão de direito de uso de *software* por parte da empresa produtora, mediante contrato por tempo determinado, no qual o contratante paga à produtora *royalties* pelo uso do produto.

Outsourcing – contratação de mão-de-obra especializada em informática para alocação nas empresas-clientes, visando o desenvolvimento de uma tarefa por um determinado período de tempo.

Recuperação de dados/arquivos danificados – serviço de consultoria especializado na recuperação de informações em mídias eletrônicas.

Serviços de hospedagem de sites – serviços prestados por provedores de Internet para que a empresa contratante tenha sua página na Internet (*web hosting*).

Serviços de processamento de dados para terceiros, inclusive impressão de relatórios – serviços de processamento de grande massa de dados, em geral prestados a várias empresas, envolvendo os serviços correlatos para acompanhamento do processamento. In: IBGE, 2002.

¹⁹⁸ Teve-se acesso aos problemas práticos dos empresários de *software* por meio do Projeto Plataforma de Tecnologia PLATIC, executado por várias entidades, dentre elas a UFSC, e coordenado pela IEL/CNI, cujo objetivo, para a Meta 8 (na qual se enquadra a presente pesquisa) era a análise e criação de um manual de contratos de *software*.

De fato, há controvérsias acerca dos conceitos de licença, cessão, compra e venda e locação. Manso destaca a falta de consenso terminológica principalmente no que tange à cessão, nos seguintes termos:

Sem atentar para a ambigüidade da palavra ‘cessão’, os legisladores passaram a se valer dela sem nenhum critério científico, empregando-a ora no sentido de mero cumprimento de obrigação de transferir, mesmo temporariamente, direitos autorais, ora no de sua alienação definitiva, total ou parcial¹⁹⁹.

Como já explanado, a Lei n° 9.609/1998 e a LDA não tipificam os contratos de *software*, permitindo às partes determinarem que tipo de contrato será utilizado e qual o conteúdo desse instrumento, com algumas limitações.

O que a legislação impõe é que o uso do *software* seja efetivado por meio de contrato de licença (art. 9° da Lei n° 9.609/1998), e a transferência dos direitos autorais realizada através de “licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito” (art. 49 da LDA).

Legalmente, portanto, é possível celebrar um contrato de compra e venda de *software*, como também de locação. O problema é que tais expressões, quando se aplicam a esses contratos, não são adequadas – o que se depreende dos próprios conceitos de licença e de cessão.

Licença, segundo o Dicionário Aurélio, é: “1. consentimento, permissão, autorização. [...] 4. documento que atesta a concessão de uma licença”²⁰⁰, enquanto cessão é “ato de ceder”. O ato de ceder, por sua vez, implica “transferir (a outrem) direitos, posse ou propriedade de alguma coisa”²⁰¹.

Assim, quando se concede uma licença se está permitindo algo, autorizando algo; com a cessão, se está transferindo direito, posse ou propriedade proveniente de algo.

Barbosa²⁰², em artigo sobre “Licenças e Cessão”, conceitua:

A licença é precisamente uma autorização, dada por quem tenha o direito sobre a patente, para que uma pessoa faça uso do objeto do privilégio. Esta autorização tem um aspecto puramente negativo: o titular da patente promete não empregar os seus poderes legais para proibir a pessoa autorizada do uso do objeto da patente. Tem, porém, um

¹⁹⁹ MANSO, 1989, p. 23.

²⁰⁰ AURÉLIO, 2004.

²⁰¹ Id. Ibid..

²⁰² Cabe esclarecer que, apesar de Barbosa se referir a licenças e cessão de patentes, essas considerações são perfeitamente cabíveis para *software*, pois ambos são considerados bens incorpóreos e imateriais, protegidos pela propriedade intelectual.

aspecto positivo, qual seja, o titular dá ao licenciado o direito de explorar o objeto da patente, com todos os poderes, instrumentos e meios que disto decorram²⁰³.

No que tange à cessão, o autor afirma:

Da licença se distingue a cessão de patentes, contrato em que o titular transfere o direito de exclusividade, como um todo, e não só o seu exercício – como no caso da licença.

Para o direito de propriedade intelectual (e o Direito em geral), é um acordo entre partes que tem como propósito a mudança do titular dos direitos sobre a patente, marca, programa de computador, etc.²⁰⁴

Manso também conceitua contrato de cessão, no caso específico de direitos autorais, como o “ato pelo qual o titular de direitos patrimoniais do autor transfere, total ou parcialmente, porém sempre em definitivo, tais direitos, em geral tendo em vista uma subsequente utilização pública da obra geradora dos mesmos direitos”²⁰⁵.

O mesmo autor ainda refere contrato de concessão, “ato emanado de quem tenha o poder, resultante da titularidade de um monopólio, de outorgar a outrem, mediante qualquer modalidade de negócio jurídico, o exercício de parcela ou da totalidade desse poder, temporariamente”. Portanto, para Manso, concessão é a prerrogativa dada pelo contrato de licença e que se traduz na permissão do exercício de um direito²⁰⁶. Esta concessão ocorre principalmente, embora não apenas, no âmbito do direito administrativo. Há concessões de direito público, como de direito privado, e Manso complementa:

Toda concessão implica, de conformidade com sua natureza e seus objetivos, ou uma delegação, ou uma licença, ou uma permissão, ou uma simples autorização, para que o concessionário pratique atos que são exclusivos do concedente, seja mediante remuneração a este, seja por liberalidade dele²⁰⁷.

No que tange ao direito autoral, o contrato de concessão é a “modalidade de negociação que transfere ao seu beneficiário a faculdade de utilizar a obra intelectual, publicamente e com fins econômicos, sem que idêntico direito deixe de integrar o patrimônio do concedente”. Sendo assim, a concessão (ou licença) não outorga, em favor

²⁰³ BARBOSA, 1999, p. 29.

²⁰⁴ Id. Ibid., p. 31.

²⁰⁵ MANSO, 1989, p. 21.

²⁰⁶ Neste sentido, Manso esclarece que, “no âmbito do Direito Comercial, o tipo acabado de contrato que envolve concessão não é aquele que tem levado esta denominação, mas outro, de origem norte-americana, que envolve licença de uso de marcas, de organização, sistema e métodos de empresa, tanto de ordem administrativa como de engenharia e de mercadologia”. MANSO, 1989, p. 39.

²⁰⁷ MANSO, 1989, p. 38.

do beneficiário, nenhum direito autoral propriamente dito, “mas simples exercício de um direito autoral, ou de vários, conforme a extensão da própria concessão”²⁰⁸.

Destarte, a licença ocorre quando se quer conceder permissão para o uso da coisa, não transferência de sua propriedade ou titularidade. Para a transferência desta é necessário um contrato de cessão, que transfere direitos e não apenas o exercício de direitos.

Analisar-se-ão, agora, os conceitos legais de locação e de compra e venda.

O art. 565 do CC conceitua locação da seguinte forma: “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”. Assim, em que pese utilizar o termo cessão, o legislador deixa claro que não há a transferência da propriedade na locação, mas permissão de uso e gozo da coisa – mas de coisa não-fungível, ou seja, que não se deteriore com o uso e o tempo.

Já o art. 481 determina que, “pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”. Fica caracterizada, por essa redação, a cessão, a transferência da coisa a outro.

Ao se comparar os conceitos de licença e locação, de um lado, e os de cessão e compra e venda, de outro, a conclusão é de que são similares: a licença tem o mesmo objetivo que a locação, a cessão tem o mesmo objetivo da compra e venda. A diferença está, assim, no objeto desses contratos. Se o objeto for corpóreo, será alvo de locação ou de compra e venda; se for incorpóreo, de licença ou de cessão.

Neste sentido se posiciona Barbosa:

Enfatizando um ou outro aspecto, os vários sistemas jurídicos vêem a licença como um contrato aproximado ao de locação de bens materiais, ou, se tomado o lado negativo, como uma promessa formal de não processar a pessoa autorizada por violação de privilégio. [...]

Na prática comercial e na legislação em vigor, licença e cessão são coisas diversas. Licença é a autorização concedida para a exploração do direito (como no caso de locação de bens físicos), enquanto a cessão é negócio jurídico que afeta o direito em si (como a venda de um apartamento)²⁰⁹.

Manso também equipara cessão a contrato de compra e venda, afirmando que “opera os efeitos de compra e venda, porque o cedente aliena seus direitos, que se

²⁰⁸ Id. Ibid., p. 41; 42.

²⁰⁹ BARBOSA, 1999, p. 29; 31.

transferem para a titularidade do cessionário, tal como se dá entre vendedor e comprador”²¹⁰.

Strenger também considera inadequada a utilização dos termos “venda” ou “locação” para contratos relacionados a *software*:

Em primeiro lugar, pode-se observar que eles são emprestados à terminologia empregada nos contratos de transferência de criações intelectuais. Os contratos são, com efeito, qualificados “cessão”, “licença” ou concessão do direito de uso e não como “venda” ou “locação”²¹¹.

O mesmo autor ainda trata da possibilidade de contratos de edição de *software*, semelhantes aos firmados para a edição de livros²¹².

Há, ainda, quem utilize o termo “cessão de direito de uso” para se referir à licença – o que não seria correto, pois o termo cessão, como já afirmado por Manso, tem caráter definitivo, é transferência e não apenas permissão para uso. Nesse sentido se expressa Barbosa:

Assim é que, à falta de hábito – no âmbito autoral brasileiro do uso da expressão “licença” –, a falta de critério científico leva ao emprego da palavra cessão para descrever tanto transferências de direitos (e.g. venda) quanto autorizações para o exercício dos direitos (e.g. locação)²¹³.

Barbosa destaca que a cessão pode ser global ou parcial, isto é, o direito pode ser transferido globalmente ou parcialmente. Tal é o sentido do art. 49 da LDA, ao dispor que “os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros”. Barbosa complementa, afirmando que há “transmissão parcial quando o negócio jurídico estabelece limites quanto à área geográfica, quanto à extensão ou modalidade de direitos”²¹⁴.

Já a licença, para este autor, pode ser simples, exclusiva ou parcial. A licença simples é a que autoriza a exploração, “sem que o licenciador assuma o compromisso de não mais explorar direta ou indiretamente o objeto do privilégio”. A licença exclusiva implica a renúncia do direito de exploração por parte do licenciador – é como se o direito

²¹⁰ MANSO, 1989, p. 21-22.

²¹¹ STRENGER, 1998, p. 413.

²¹² Id. Ibid., p. 413.

²¹³ BARBOSA, 2003, p. 84.

²¹⁴ Id. Ibid., p. 31.

fosse “vendido”, embora o licenciador continue como titular do mesmo. A licença parcial, por fim, dá-se quando o licenciador autoriza a exploração apenas de parte do direito²¹⁵.

Para Cerqueira²¹⁶ e Wachowicz²¹⁷, no entanto, o *software* só admite licença e não locação, devido a seu caráter de fungibilidade.

Antes de tudo, é necessário entender o conceito legal de fungibilidade. O art. 85 do CC esclarece que “são fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade”. Confrontando tal definição com o disposto no art. 1º da Lei nº 9.609/1998, verifica-se que o programa de computador (que é a base do *software*) é um “conjunto de instruções” para solucionar um problema. Não há, portanto, como se falar na infungibilidade do *software*, pois ele pode ser substituído por outro, que solucione o problema, sem que se alterem sua qualidade e quantidade. O *software* é, portanto, um bem fungível, restando impossível sua comercialização por meio de locação.

Assim se expressa Cerqueira:

A fungibilidade do programa de computador, ou sua propriedade de ser substituído sem perda da qualidade ou quantidade, reside no fato de que desde que ele solucione o problema humano – do humano que o adquiriu para usar – ficam totalmente satisfeitos os direitos do adquirente²¹⁸.

O mesmo autor acrescenta que “o usuário não é, necessariamente, obrigado a devolver ao dono o bem cedido para uso; há contratos que estipulam, nos casos de sua extinção, que o usuário deva destruir os programas e meios físicos que os contém [...]”²¹⁹.

Alguns fornecedores de *software*, de acordo com Barbosa, tentam justificar o emprego da expressão “locação” argumentando que o pagamento é realizado mensalmente²²⁰. Independente da forma de pagamento, porém, o contrato sempre será de licença – com pagamento periódico, no caso. Cerqueira utiliza o termo “cessão de uso”²²¹, mas entende-se não ser esta a nomenclatura mais adequada, já que uso é o exercício de um direito (e, portanto, objeto de licença), enquanto cessão supõe a transferência de direitos.

Para caracterizar a fungibilidade do *software*, Wachowicz categoriza-o em programa executável e programa-fonte. “No primeiro caso, trata-se do *software* que é

²¹⁵ Id. Ibid., p. 30.

²¹⁶ CERQUEIRA, 2000, p. 213 et seq.

²¹⁷ WACHOWICZ, 2004, p. 52 et seq.; 96 et seq.

²¹⁸ CERQUEIRA, 2000, p. 214.

²¹⁹ Id. Ibid., p. 214.

²²⁰ Id. Ibid., p. 215.

²²¹ Id. Ibid., p. 214; 215 et al.

licenciado para o uso inteligível pelo computador em linguagem binária, a exemplo dos programas de planilhas, de editores de texto, dentre outros”. Já o programa-fonte é “um programa de linguagem simbólica, ou seja, o programa escrito em linguagem de programação que cria *software* executável”. O programa executável, para este autor, é considerado fungível porque pode ser substituído por outro, “da homogeneidade e da equivalência que lhe são intrínsecas”. Já o *software*-fonte seria infungível porque

[...] o programa fonte é concebido em linguagem simbólica. Protegido pelo Direito Autoral, possui características e requisitos próprios que o individualizam como obra intelectual única, portadora de uma seqüência precisa de algoritmos, que criam o programa executável. Assim, o *software* executável, ao ser introduzido num computador, poderá realizar automaticamente as tarefas que foram especificadas pelo programa fonte, o qual não é substituível²²².

Portanto, quer pelo fato de ser bem incorpóreo, quer pelo fato de ser fungível, o *software* não pode ser objeto de locação, mas de licença. Já no caso de cessão, por ser incorpóreo só pode ser objeto desta, e nunca de compra e venda.

Observe-se, contudo, que o art. 2º, §5º, da Lei nº 9.609/1998²²³, até por influência da incorporação do art. 11 do ADPIC²²⁴, estabelece a possibilidade de “aluguel” de *software*. Como já mencionado, a fungibilidade do *software* torna inadequado o emprego do termo aluguel e incorreta, portanto, a prescrição legal – embora tal possibilidade seja até viável no caso de locação de *softwares*, incorporados em bem material infungível, que deve ser devolvido após o prazo de uso e não pode ser substituído. Ressalte-se que o *software* em si pode ser substituído sem que seja modificada sua qualidade ou quantidade.

Alberto Bercovitz discorre sobre o direito de locação ou “derecho de alquiler”, expresso no art. 11 do ADPIC, afirmando que o mesmo consiste em autorizar ou proibir o aluguel comercial ao público. Para ele, no caso dos programas de computador, “o direito de arrendamento que se atribui aos autores ‘não se aplica aos arrendamentos cujo objeto essencial não seja o programa em si’ (art. 11, última frase)”. Dito de outro modo, “quando

²²² WACHOWICZ, 2004, p. 54.

²²³ Art. 2º da LDA: “[...] § 5º Inclui-se dentre os direitos assegurados por esta Lei e pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País aquele direito exclusivo de autorizar ou proibir o aluguel comercial, não sendo esse direito exaurível pela venda, licença ou outra forma de transferência da cópia do programa”.

²²⁴ Art. 11 do ADPIC: “Direitos de Aluguel. Um Membro conferirá aos autores e a seus sucessores legais, pelo menos no que diz respeito a programas de computador e obras cinematográficas, o direito de autorizar ou proibir o aluguel público comercial dos originais ou das cópias de suas obras protegidas pelo direito do autor. Um Membro estará isento desta obrigação no que respeita a obras cinematográficas, a menos que esse aluguel tenha dado lugar a uma ampla cópiagem dessas obras, que comprometa significativamente o direito exclusivo de reprodução conferido por um Membro aos autores e seus sucessores legais. Com relação aos programas de computador, esta obrigação não se aplica quando o programa em si não constitui o objeto essencial do aluguel”.

o programa está integrado em um objeto que seja o objeto principal do arrendamento, não será aplicado o direito de arrendamento a que faz referência no Acordo”²²⁵.

Observadas as diversas posições doutrinárias sobre a classificação dos contratos para comercialização do *software*, passa-se a propor uma classificação que engloba os principais contratos já tratados acima²²⁶.

1.2.3.2 Classificação proposta

Feitas as análises legislativa, doutrinária e conceitual sobre os contratos de *software*, passa-se a classificá-los:

a) Contrato de trabalho e pré-contrato – apesar de não dispor especificamente sobre *software*, o contrato de trabalho²²⁷ estabelecido entre um criador de *software* e uma empresa pode revestir-se de fundamental importância para ambas as partes.

Veja-se o disposto no art. 4º da Lei 9.609/1998:

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

Portanto, todo *software* produzido pelo empregado durante a vigência de seu contrato de trabalho será de titularidade do empregador, a menos que se estipule o contrário por cláusula contratual. O empregador pode, por exemplo, garantir ao empregado

²²⁵ BERCOVITZ, Alberto. Consideración específica de las normas sobre el derecho de autor en el acuerdo sobre los ADPIC. In: PRADA, Juan Luis Iglesias (org.). *Los derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio*. Tomo I, Madrid: CEFI, 1997, p. 141. (Hay que hacer notar, sin embargo, que con referencia a los programas de ordenador, el derecho de arrendamiento que se atribuye a los autores ‘no se aplica a los arrendamientos cuyo objeto esencial no sea el programa em si’ (art. 11, ultima frase). Ello significa que cuando el programa esté integrado en un objeto que sea el objeto principal del arrendamiento, no será aplicable el derecho de arrendamiento a que se hace referencia en el Acuerdo).

²²⁶ A mestranda participa do grupo de pesquisa do CPGD e DPI/UFSC que desenvolve estudo no âmbito do Projeto PLATIC para apresentar um manual de boas práticas na contratação de *software*, que discute a classificação apresentada nesta dissertação, e reconhece a contribuição do grupo para o tema a ser publicado no futuro.

²²⁷ Sobre a relação existente entre contrato de trabalho e a intimidade informática do trabalhador e a proteção de seus dados pessoais, veja-se: CORDONA RUBERT, Maria Belén. *Informática e contrato de trabajo*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999. Veja-se também, sobre o *software* e a relação de trabalho: RODRÍGUEZ HIDALGO, José Augusto; ÁLVAREZ CUESTA, Henar. *La siempre conflictiva relación del trabajador intelectual y un apunte específico para el creador de “software”*. Leon: Universidad de Leon, 2004.

participação nos direitos patrimoniais, entre outras vantagens. Cabe referir que os direitos garantidos ao empregador são tão-somente os patrimoniais, de vez que os chamados direitos morais permanecerão com o criador/empregado na medida da sua participação na criação intelectual. Este ponto será tratado mais detalhadamente no Capítulo 3.

Além da determinação da propriedade intelectual dos direitos patrimoniais do *software*, o contrato de trabalho ainda pode disciplinar as relações entre empresa e empregado, seja por meio do sigilo no trato com o *software* (proteção do *know how*), seja através de uma política que determine o uso de e-mail profissional, por exemplo. Pode se estipular, também, condutas que o empregado deve adotar perante a empresa, funcionários, clientes ou terceiros. Outra cláusula cabível é da exclusividade, que impede o empregado de exercer atividade lucrativa fora da empresa.

Saliente-se que o contrato individual de trabalho deve enquadrar-se à legislação pertinente, principalmente ao disposto na CF e na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT²²⁸, onde está disciplinado nos arts. 442 a 456.

O objeto imediato do contrato de trabalho é uma obrigação de fazer, ou seja, prestar serviço em regime trabalhista; o objeto mediato é prestar este serviço conforme a conduta expressa no contrato.

O pré-contrato²²⁹, por sua vez, é outro recurso a ser utilizado entre as partes que negociam um *software* ou seu desenvolvimento, e ocorre principalmente na fase preliminar da negociação. Um dos pontos a serem disciplinados no pré-contrato é o sigilo, que impede a parte contratante de se utilizar de informações referentes ao *software* para prejudicar a contratada e desta se valer de informações confidenciais daquela. É, portanto, uma obrigação de não fazer. Também é possível estipular uma carta de intenções no pré-contrato – o que é muito comum em negócios internacionais –, deixando claros, desde o início das negociações, as obrigações de cada parte. O pré-contrato, além de facilitar a responsabilização das partes na fase de negociações, serve como elemento de interpretação para o juiz, no caso de litígios contratuais.

²²⁸ CLT – Consolidação das Leis do Trabalho. BRASIL, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 jan. 2006.

²²⁹ Sobre a etapa pré-contratual dos contratos informáticos, veja-se: ALTMARK, Daniel Ricardo. La etapa precontratual em los contratos informáticos. In: _____ (dir). *Informática y derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1991. p. 5-40. v. 1.

Ao abordar esta fase pré-contratual, Prado destaca sua importância para os contratos internacionais de longo prazo e que envolvam bens intangíveis, principalmente os de tecnologia²³⁰. Assim, “emergem, em cada caso, inúmeras questões particulares cuja resolução, que não passa por modelos pré-definidos, deve preceder o estabelecimento do vínculo contratual definitivo”²³¹.

Ainda sobre a fase de negociações do contrato de transferência de tecnologia, o referido autor ressalta que

[...] durante a fase negocial, o transferente, a despeito do seu interesse na celebração do contrato, é bastante reticente na comunicação de informações envolvendo a tecnologia. Na hipótese de perda do controle sobre a informação, o detentor sofrerá relevantes prejuízos de natureza financeira, em razão da perda da remuneração almejada, da diminuição do valor da tecnologia, bem como de prejuízos de outras naturezas [...]²³².

Em ambas as modalidades contratuais descritas, o que se almeja é regular as relações que envolvem o *software*, e não a contratação do *software* em si. Portanto, o objeto imediato do contrato é uma obrigação de fazer ou não fazer, enquanto seu objeto mediato é a conduta que se deve adotar nas relações trabalhistas e negociais.

b) Contrato de desenvolvimento e/ou adaptação de *software* – é o contrato celebrado entre duas partes, sejam pessoas jurídicas ou naturais, para desenvolver um *software*. É também chamado de *software* personalizado ou por encomenda²³³, já que ainda não existe e será desenvolvido nos moldes traçados em contrato, segundo a necessidade dos contratantes. Este *software* caracteriza-se por conter informações de propriedade do contratante em seu banco de dados ou até mesmo para ser desenvolvido, daí a importância de explicitar cláusulas de confidencialidade e de respeito à propriedade intelectual dessas informações. Também devem constar do contrato a titularidade da propriedade intelectual do *software* e a forma como será disponibilizado. O art. 36²³⁴ da Lei nº 5.988/1973 previa que a titularidade da obra (direito patrimonial) seria do encomendante e do autor, caso não

²³⁰ Apesar de Prado tratar dos contratos internacionais de transferência de tecnologia de patentes e *know how*, suas observações são pertinentes à comercialização do *software*, tendo em vista ser esse uma tecnologia.

²³¹ PRADO, 1997, p. 16.

²³² PRADO, 1997, p. 39.

²³³ Analisado no início do capítulo.

²³⁴ Art. 36 da Lei nº 5.988/1973. “Se a obra intelectual for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos do autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes, conforme for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito do Autor. § 1º. O autor terá direito de reunir em livro, ou em suas obras completas, a obra encomendada, após um ano da primeira publicação. § 2º. O autor recobrará os direitos patrimoniais sobre a obra encomendada, se esta não for publicada dentro de um ano após a entrega dos originais, recebidos sem ressalvas por quem a encomendou”.

fosse contratualmente disposto de forma diversa. Com o advento da LDA de 1998, contudo, esse artigo foi suprimido. Assim, até por força da interpretação restritiva do art. 4º, c/c arts. 11 e 28 da LDA²³⁵, não há presunção de titularidade exclusiva ou de co-titularidade em favor do encomendante, diante de um contrato de desenvolvimento que não discrimine a titularidade. Daí a importância desta cláusula, caso contrário o direito patrimonial será exclusivamente do autor²³⁶. A regra, porém, não é válida no caso de empregado, contratado, estagiário ou servidor que utiliza a estrutura da empresa para desenvolver o *software*. Eis o disposto no art. 4º da Lei nº 9.609/1998:

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

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

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

O objeto imediato desse contrato é uma obrigação de fazer, ou seja, o desenvolvimento de um *software*; seu objeto mediato é o *software* em si.

Além do contrato para desenvolvimento, há ainda o contrato para adaptação de *software*, pelo qual um *software*-base é adaptado conforme as necessidades do contratante. Essencial, neste contrato, é o tratamento dado à questão da licença do código-fonte do *software*-base. Para realizar a adaptação, a parte contratada deverá necessariamente ter acesso a instruções confidenciais do código-fonte. Se o titular do *software*-base for uma das partes – contratada ou contratante – não há problema, mas se o *software* pertencer a

²³⁵ Art. 4º da LDA. “Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais”.

Art. 11 da LDA. “Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”.

Art. 28 da LDA. “Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”.

²³⁶ Há controvérsias no que tange à titularidade não-identificada. Silveira considera que, pelo fato da nova lei nada dizer, deixa “as partes na insegurança da lacuna legal”. In: SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e as novas leis autorais*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 62.

terceiro deve ser adquirida uma licença específica para utilização do código-fonte como base do *software* a ser adaptado. Devem constar do presente contrato, ainda, disposições sobre o sigilo das informações trocadas entre as partes, bem como sobre a titularidade do novo *software* – ou seja, sobre quem será o proprietário das alterações feitas no *software*-base.

Ascensão destaca que o ato de adaptar ou criar um novo programa é chamado de descompilação, que consistiria em,

[...] partindo da fórmula, aceder ao *algoritmo* ou idéia lógico-matemática fundamental que está na origem do programa. A partir daí, e com base naquele, poderiam desenvolver-se novos programas, que não violariam o programa anterior por serem diferentes na sua expressão²³⁷.

Após analisar o art. 7º, IV, da Lei nº 5.988/1973²³⁸, que permite a integração de um programa a um sistema, resultando em sua adaptação e, conseqüentemente, em sua descompilação, este autor conclui que “autoriza-se uma adaptação, portanto uma transformação do programa. Mas esta pressupõe a descompilação. Na falta de preceito especial, devemos concluir que a descompilação é livre no direito brasileiro”²³⁹.

Assim, o ato de adaptar, de integrar – ou, segundo Ascensão, de descompilar – é livre em si. Contudo, para que se tenha acesso ao código-fonte (que é fechado), é necessária uma licença.

O objeto imediato deste contrato é uma obrigação de fazer, ou seja, a adaptação do *software* existente conforme a necessidade do contratante; o objeto mediato é o novo *software*.

Passa-se, agora, a descrever as possibilidades de disponibilização do *software* desenvolvido a um ou mais usuários, que devem constar do contrato de desenvolvimento e/ou de adaptação:

Licença de uso – ocorre quando o titular dos direitos patrimoniais permite que a outra parte utilize o *software*. A titularidade deve constar do contrato e pode ser tanto do contratado, ou seja, de quem desenvolveu o *software*, quanto do contratante, que necessita do *software* e procura o contratado para desenvolvê-lo conforme suas necessidades e

²³⁷ ASCENSÃO, 1997, p. 671.

²³⁸ Que na LDA de 1998 está expresso no art. 6º, IV: “Não constituem ofensa aos direitos do titular de programa de computador: [...] IV - a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu”.

²³⁹ ASCENSÃO, 1997, p. 671.

especificações. Pode-se defender a aplicação analógica do art. 88 c/c art. 92 da Lei de Propriedade Industrial²⁴⁰, segundo os quais a titularidade do *software* será do contratante, a menos que exista disposição contratual noutro sentido. Contudo, a Lei n° 9.609/1998 trata tão-somente de empregado, estagiário etc. vinculado por contrato de trabalho ou estatuto, nada dispondo sobre dever-se essa vinculação a contratos de desenvolvimento de *software*. A conclusão é de que a analogia proposta é inadequada, em especial porque os direitos autorais são originariamente dos autores, que podem transferi-los a outros (arts. 22 e 28 da LDA²⁴¹). Esta posição ganha consistência se aplicada a regra de interpretação restritiva contemplada pelo art. 4° da Lei n° 9609/1998²⁴². Portanto, se a titularidade do *software* não constar do contrato de desenvolvimento, ela será do criador do *software*²⁴³.

Também é essencial a determinação de sigilo e de acesso restrito ao código-fonte por parte de quem adquire a licença do *software*.

O objeto imediato é uma obrigação de fazer, qual seja, a de permitir o uso do *software* por terceiro; o objeto mediato é o *software*.

Licença de comercialização – uma vez desenvolvido ou adaptado o *software*, pode ocorrer que o contratante, ou mesmo o contratado, decida comercializá-lo. Nesse sentido é que se procede a uma licença de distribuição, revenda ou comercialização em favor do não-titular dos direitos patrimoniais, incluindo terceiros.

²⁴⁰ Art. 88. “A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado. [...]”.

Art. 92. “O disposto nos artigos anteriores aplica-se, no que couber, às relações entre o trabalhador autônomo ou o estagiário e a empresa contratante e entre empresas contratantes e contratadas”.

BRASIL, Lei n° 9.279, de 14 de maio de 1996. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 15 jan. 2006.

²⁴¹ Art. 22. “Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”.

Art. 28. “Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”.

BRASIL, Lei n° 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2004.

²⁴² Art. 4° “Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais”. BRASIL, Lei n° 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2004.

²⁴³ Sobre a questão da necessidade do mútuo acordo sobre a titularidade do *software*, vale ressaltar a posição de Wachowicz: “[...] estabelece-se um vínculo pessoal ente as partes (titular e usuário final), na exata medida em que o programa é produzido em função das necessidades específicas do usuário, mediante prévia encomenda deste. A licença de utilização será, portanto, delineada mutuamente entre as partes que assinam o contrato, e que poderão livremente estipular as situações de extração da *copyback* e suas derivações”. WACHOWICZ, 2004, p. 85.

Esta licença pode ser feita nos moldes dos contratos comerciais de agência, distribuição²⁴⁴, representação comercial²⁴⁵, comissão²⁴⁶ ou mandato²⁴⁷, dependendo das circunstâncias em que as mesmas ocorram.

O objeto imediato é uma obrigação de fazer, qual seja, a de permitir a distribuição, revenda ou comercialização do *software* por terceiro; o objeto mediato é o *software*.

*Licença de desenvolvimento de sistemas*²⁴⁸ – como explanado, no caso de adaptação é necessário acessar o código-fonte do *software*-base, o que exige licença de código-fonte ou até mesmo cessão total ou parcial. A parte contratada licencia o código-fonte para a contratante, que pode realizar modificações no *software* com base nessa licença. Relembrando, o *software* já adaptado é considerado um novo *software*, passível de novo registro.

O objeto imediato é uma obrigação de fazer, qual seja, a de permitir o uso do código-fonte de *software* já existente por terceiro; o objeto mediato é o *software*.

Cessão total – ocorre quando a parte contratada, ao desenvolver o *software*, cede à parte contratante o código-fonte e todos os direitos patrimoniais provenientes do mesmo – o que deve necessariamente dar-se por escrito, segundo a LDA²⁴⁹. Outros aspectos a serem expressos formalmente no contrato são o sigilo quanto às informações do *software* e a seu código-fonte, as limitações quanto à utilização do *software* por parte do cedente e segundo o entendimento das partes, a limitação quanto à comercialização etc. A partir do momento em que os direitos patrimoniais são cedidos de forma definitiva ao contratante, será ele o proprietário legal do *software*, não podendo o contratado utilizar o código-fonte ou parte dele em outros *softwares* sem a devida licença.

O objeto imediato é uma obrigação de fazer, qual seja, a de ceder a titularidade dos direitos provenientes do *software* a terceiro; o objeto mediato é o *software*.

Cessão parcial – neste caso, mantém-se a co-titularidade das partes ou a cessão em um território específico; a parte contratada pode, por exemplo, comercializar o *software*

²⁴⁴ Agência e distribuição – arts. de 710 a 791 do CC.

²⁴⁵ Representação comercial – Lei n.º 4.886, de 9 de dezembro de 1965.

²⁴⁶ Comissão – arts. 693 a 709 do CC.

²⁴⁷ Mandato – pode ser feito, embora não seja o mais recomendado, se observadas suas peculiaridades. Regulamentação nos arts. 653 a 692 do CC.

²⁴⁸ Termo utilizado com base nas conceituações de Santos e Amad, já tratados no item 1.2.3.1.

²⁴⁹ Art. 49 da LDA.

somente fora do Estado da parte contratante etc. Cabe às partes determinar as demais especificações dessa cessão parcial quanto à disponibilização do *software*.

O objeto imediato é uma obrigação de fazer, qual seja, a de ceder parte dos direitos provenientes do *software* a terceiro; o objeto mediato é o *software*.

c) Contrato de *software*-produto e de mercado de nicho – é o contrato que envolve um *software* já pronto e produzido em grande quantidade, destinado a usuários indistintos. Normalmente o *software* é licenciado, mas pode ocorrer transferência da tecnologia por meio de cessão parcial ou total. Como tratado no item 1.1.2.4, tanto o *software*-produto como o *software* de mercado de nicho se diferenciam do *software* sob encomenda por já existirem à época da contratação – logo, não são necessariamente personalizados conforme as necessidades do contratante.

O que diferencia, por sua vez, o *software*-produto do *software* de mercado de nicho é que este é produzido para um mercado específico, com caracteres definidos. É o caso do mercado do governo eletrônico. O importante, e que deve constar em tais contratos, são as especificidades próprias de cada atividade; pode acontecer que o *software*, apesar de pronto, exija adaptações ao ser integrado no sistema do usuário, por exemplo. Aspecto fundamental refere-se à tributação do *software* de mercado de nicho. Se, por um lado, ele não é produzido em grande escala e nem para usuários tão indistintos como os do *software*-produto, por outro não pode ser considerado *software* sob encomenda, em sua totalidade. Destarte, não é possível afirmar, de forma generalizada, que se trata de um produto ou de um serviço – para definir, por exemplo, a incidência de ICMS ou de ISS. Tal definição depende de análise caso a caso e do âmbito da adaptação sofrida pelo *software*²⁵⁰.

A partir dessas premissas, passa-se a relacionar as possibilidades de disponibilização do *software*-produto:

Licença de uso – ocorre quando o titular do *software* permite que o usuário o utilize. É a permissão de uso. No que couber, aplicam-se as mesmas disposições referentes à locação de coisas. Essa licença tem, via de regra, caráter de temporariedade, devendo ser renovada depois de findo o prazo contratual.

Embora as especificidades dos contratos de licença de uso não sejam objeto desta dissertação, pode-se mencionar a existência de contratos de licença de *software*-

²⁵⁰ Apesar de interessante, este tema é objeto de outro trabalho dissertativo, não sendo possível abordá-lo devido à delimitação do tema objeto desta dissertação.

proprietário (paga para a utilização do *software*), licença *shareware* (onde o *software* é disponibilizado gratuitamente, por um curto período de tempo, para que seja avaliado pelo contratante e, se for o caso, adquirido como *software*-proprietário), licença *freeware* (gratuito), *software* livre²⁵¹ etc., incluindo as diversas possibilidades de licença dentro do próprio *software* livre. As licenças de *software* aumentam consideravelmente a cada dia, tendo em vista a autonomia da vontade das partes no que tange às peculiaridades dos contratos e sua possibilidade jurídica.

O objeto imediato é uma obrigação de fazer, qual seja, a de permitir o uso do *software* por terceiro; o objeto mediato é o *software*.

Licença de comercialização – permite que uma empresa ou pessoa natural distribua, revenda ou comercialize o *software* já pronto. O licenciado poderá sublicenciar a terceiros, reproduzir o *software* e até conceder licenças de uso, dependendo do que consta em contrato. As mesmas ponderações acerca do contrato de desenvolvimento se aplicam aqui, ressalvadas as especificidades deste.

O objeto imediato é uma obrigação de fazer, qual seja, a de permitir a distribuição, revenda ou comercialização do *software* por terceiro; o objeto mediato é o *software*.

Licença de desenvolvimento de sistemas – é usada para que se proceda a derivações do *software* original ou ele seja integrado a um sistema preexistente. Para esta licença valem as mesmas disposições assinaladas para a licença nos contratos de desenvolvimento. O que se concede, aqui, é o acesso ao código-fonte do *software* original, adaptando-o às necessidades do contratante ou modificando-o para integrar um sistema preexistente. É importante o aspecto da tributação, pois o contrato, dependendo da qualidade da modificação, pode ser de desenvolvimento e o *software* ser considerado serviço e não produto.

O objeto imediato é uma obrigação de fazer, qual seja, a de permitir o uso do código-fonte de *software* já existente por terceiro; o objeto mediato é o *software*.

Cessão total – é a transferência de um *software* de prateleira, a partir da qual o adquirente será o novo titular e receberá os dividendos referentes aos direitos provenientes das licenças do mesmo.

²⁵¹ No que tange ao *software*-livre, apesar de ser assunto de importância, não será tratado nesta dissertação. Sobre o assunto: MARANDOLA, Marco. *¿Um nuevo derecho de autor? Introducción al copyleft, acceso abierto y creative commons*. Barcelona: Derecho de Autor, 2005.

O objeto imediato é uma obrigação de fazer, qual seja, a de ceder titularidade dos direitos provenientes do *software* a terceiro; o objeto mediato é o *software*.

Cessão parcial – há a cessão de parte dos direitos patrimoniais do titular do *software*, com base em comercialização territorial, parte de um pacote ou acessório de *software*, co-titularidade etc.

O objeto imediato é uma obrigação de fazer, qual seja, a de ceder parte dos direitos provenientes do *software* a terceiro; o objeto mediato é o *software*.

Cabe ressaltar, ainda, que as mesmas ponderações feitas nas espécies de disponibilização em contratos de desenvolvimento são válidas para contrato de *software*-produto e de mercado de nicho, respeitadas as diferenças concernentes à natureza de cada um.

d) Contrato de prestação de serviço – é o que não envolve desenvolvimento, cessão ou licença de um *software*, mas atividades a ele relacionadas.

Estes contratos, portanto, têm como objeto a obrigação de realizar atividades de manutenção, suporte, implantação ou treinamento envolvendo o *software*, seja ele *software* por encomenda, *software*-produto ou de mercado de nicho.

Os contratos podem ser celebrados separadamente ou anexados nas modalidades de contrato acima referidas, podendo tais obrigações ser objeto de cláusulas específicas daqueles contratos.

É importante estabelecer a diferença entre atividades convencionadas em contrato de prestação de serviços e a garantia legal do *software*. As primeiras, bem se vê, são geralmente cobradas como serviços à parte e podem ser realizadas pelo próprio criador ou titular do *software* ou por terceiro, enquanto a garantia legal do *software* advém de defeito que deve ser sanado pela criador ou titular dos direitos – sejam direitos de comercialização, sejam patrimoniais – independente de contrato de manutenção ou suporte técnico.

Assim, os contratos de prestação de serviço podem ser:

Contrato de suporte técnico – é o serviço disponibilizado por um técnico que auxilia o usuário em caso de dúvida ao manusear o *software*. Tal serviço pode ser oferecido pelo próprio titular do *software* ou por terceiro. O contrato não engloba correções de programação ou de funcionamento, tampouco atualização de novas versões – o que não impede que tais serviços sejam oferecidos, caracterizando um contrato híbrido.

O objeto imediato é uma obrigação de fazer, qual seja, a de oferecer serviço de suporte técnico ao usuário do *software*; o objeto mediato é o suporte técnico.

Contrato de manutenção – disponibiliza o serviço de manutenção no *software*. A manutenção pode ser corretiva, quando o problema já aconteceu, ou preventiva, envolvendo um acompanhamento periódico do *software* para evitar problemas provenientes do uso. A manutenção pode ser disponibilizada pelo próprio titular dos direitos do *software* ou por terceiro.

O objeto imediato é uma obrigação de fazer, qual seja, a de oferecer serviço de manutenção, corretiva ou preventiva, ao usuário do *software*; o objeto mediato é a manutenção.

Contrato de implantação de software – regulamenta a implantação, por pessoas ou empresas, de um *software* em *hardware* da parte contratante. Este serviço é importante principalmente no que se refere à transferência de dados para o *software* implantado, merecendo atenção igualmente a questão de sigilo. Pode ser executado em duas circunstâncias diferentes: a) em contratos de implantação de *software* próprio, implantado pelo desenvolvedor ou pelo titular do *software* (licenciante ou cedente) e constante em cláusula no próprio contrato de cessão, licença, desenvolvimento ou adaptação, ou em contrato a parte; e b) em contratos de implantação de *software* de terceiros, quando se contrata pessoa ou empresa para implantar *software* desenvolvido, cedido, licenciado ou adaptado por terceiro. Normalmente é feito em contrato à parte.

O objeto imediato é uma obrigação de fazer, qual seja, a de oferecer serviço de implantação do *software* no *hardware* do usuário; o objeto mediato é a implantação.

Contrato de treinamento – é usualmente celebrado no caso de *softwares* complexos e que exijam treinamento por parte do usuário. Da mesma forma que o contrato de implantação, o contrato de treinamento pode realizar-se com o próprio titular, cedente ou licenciante do *software*, ou com terceiro.

O objeto imediato é uma obrigação de fazer, qual seja, a de oferecer serviço de treinamento ao usuário do *software*; o objeto mediato é o treinamento.

Contrato de hospedagem de software – muito similar ao contrato de hospedagem de sites, com a diferença de que o objeto é um *software*. Assim, as partes podem pactuar que a contratada hospedará, em seu *hardware*, o *software* da contratante, mediante pagamento calculado com base no tempo de hospedagem.

Contratos de outsourcing – visam a contratação de mão-de-obra especializada para atuar no setor de informática da empresa contratante e ali desenvolver tarefas por um determinado período de tempo. Tais tarefas podem relacionar-se a *software*, mas também à prestação de serviços em *hardware*, consultoria em informática e fornecimento de bens informáticos, entre outras. Portanto, conforme afirmam Ana Marzo Portera, Icíar Marzo Portera e Gonzalo Martinez Flechoso, o contrato de *outsourcing* é considerado um “contrato-coringa”, no setor de informática²⁵².

A palavra *outsourcing* deriva do inglês *outsource*, que significa, no âmbito negocial, o arranjo para alguém externo à empresa trabalhar ou prover bens para a mesma²⁵³. Portanto, o contrato de *outsourcing* está relacionado a serviços e bens informáticos.

A relação provisória publicada pelo IBGE visando classificar os serviços informáticos conceitua este contrato como uma “contratação de mão-de-obra especializada em informática para alocação nas empresas clientes visando o desenvolvimento de uma tarefa por um determinado período de tempo”²⁵⁴.

Assim, o contrato de *outsourcing* pode englobar ou não serviços relacionados a *software*, cabendo às partes tal especificação. É permitido, inclusive, englobar em um único contrato o desenvolvimento de determinado *software* juntamente com a licença de um *software*-produto, prestando-lhes os respectivos serviços de implantação, treinamento, suporte e manutenção, por exemplo.

Esse conceito, todavia, varia de país para país. Nesse sentido se expressa Emilio Del Peso Navarro, ao afirmar que “um dos problemas que se apresenta ao tratar de definir o *outsourcing* é que este não significa o mesmo para todo mundo”. O autor conceitua *outsourcing* como “a externalização de determinadas áreas funcionais, não só as informáticas de uma empresa, cedendo sua gestão a sociedades de serviços externos”²⁵⁵. Navarro conceitua o contrato de *outsourcing* informático como “a subcontratação de todo ou de parte do trabalho informático mediante um contrato com uma empresa externa que se

²⁵² MARZO PORTERA et alli, 2004, p. 32-33.

²⁵³ OXFORD. 2005. ((business) to arrange for sb outside a company to do work or provide goods for that company: [vn] We outsource all our computing work.[...])

²⁵⁴ IBGE, 2002. Sobre a referida relação, ver nota 198.

²⁵⁵ PESO NAVARRO, 2003, p. 5. (Uno de los problemas que se presenta al tratar de definir el *outsourcing* es que éste no significa lo mismo para todo el mundo. [...] *Outsourcing* se puede definir como la externalización de determinadas áreas funcionales, no sólo las informáticas de una empresa, cediendo su gestión a sociedades de servicios externos).

integra na estratégia da empresa e busca desenhar uma solução aos problemas existentes”,²⁵⁶.

Apesar de não ter especificamente o *software* como objeto, este contrato pode envolver prestações de serviços que o considerem como tal – daí por que incluí-lo entre os contratos de *software*.

Não se incluirão na análise desta dissertação os serviços de hospedagem de sites, acesso a Internet ou serviços de *data center* (hospedagem de banco de dados), já que não são contratos específicos de *software*, ainda que cheguem a envolver um *software* para cumprir-se. Neste caso, porém, o *software* não é o foco do contrato.

No próximo capítulo tratar-se-á da autonomia da vontade nos contratos internacionais de *software*.

²⁵⁶ Id. Ibid., p. 6. ([...] se trata de la sucontratación de todo o de parte del trabajo informático mediante un contato con una empresa externa que se integra en la estrategia de la empresa y busca diseñar una solución a los problemas existentes).

2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS DE *SOFTWARE*

Neste capítulo será tratado do conceito da autonomia da vontade, seu tratamento pelo direito brasileiro, das principais convenções internacionais sobre a matéria (tanto as ratificadas pelo Brasil, como as que não o foram). Também serão analisadas as limitações à autonomia da vontade nos contratos internacionais. Numa terceira parte será tratada da efetividade desta autonomia nos contratos internacionais de *software*, tendo em vista a regulamentação especial sobre lei aplicável que o direito de autor traz.

2.1 Conceito de autonomia da vontade

Para responder à problemática proposta por esta dissertação – a do direito moral do autor como limitante da autonomia da vontade nos contratos internacionais de *software* – é fundamental entender o princípio contratual da autonomia da vontade. O que se pretende, neste capítulo, é traçar alguns conceitos fundamentais acerca da autonomia da vontade, principalmente no que tange à contratação internacional de *software*, e abordar o disposto na legislação brasileira quanto a este princípio.

Antes de tudo, é importante conceituar os termos dessa expressão.

Autonomia, segundo De Plácido e Silva, é uma

palavra derivada do grego *autonomia* (direito de se reger por suas próprias leis), que se aplica para indicar precisamente a faculdade que possui determinada pessoa ou instituição, em traçar as normas de sua conduta, sem que sinta imposições restritivas de ordem estranha. Neste sentido, seja em relação às pessoas, seja em relação às instituições, o vocábulo tem significado em todo idêntico ao que expressa *independência*²⁵⁷.

Já o conceito de vontade, para o autor, é derivado

do latim *voluntae* (consentimento, vontade, ato de querer), de *velle* (querer, consentir), genericamente exprime a *faculdade de querer, a manifestação exterior de um desejo, o propósito em fazer alguma coisa, a intenção de proceder* desta ou qualquer forma. Juridicamente, a *vontade* revela a própria *intenção* ou o *desejo* de se fazer alguma coisa. Correspondente, pois, à *deliberação*, ou à *resolução*, intencionalmente tomada pela pessoa, a fim de que se tenha como

²⁵⁷ DE PLÁCIDO E SILVA, 2003, p. 102.

consentido na prática, ou na execução de um ato jurídico, de que se geram direitos, ou nascem obrigações. [...].
Somente a *livre vontade*, isto é, a *livre manifestação dessa vontade* tem a eficácia legal, para que se produzam efeitos jurídicos. [...] ²⁵⁸.

Autonomia, portanto, representa a independência, a liberdade que cada um tem de ditar as normas que pautarão suas relações e atitudes. Quando se fala em autonomia, vislumbra-se a ausência de forças externas para impor ou restringir tais normas. Vontade, por sua vez, é a intenção, o desejo, a manifestação do que quer determinada pessoa, física ou jurídica. Ao utilizarem-se conjuntamente os dois termos, diz-se da liberdade de determinada pessoa fazer ou deixar de fazer o que ela quer.

No que tange à terminologia utilizada, cabe ressaltar que alguns autores distinguem entre autonomia privada, autonomia da vontade e liberdade de contratar. Um deles é o espanhol Eduardo Vázquez de Castro ²⁵⁹, para quem a autonomia privada é mais ampla do que a autonomia da vontade, haja vista que abrange “toda a atividade humana e suas manifestações no patrimônio, no direito subjetivo e no negócio jurídico” ²⁶⁰. Autonomia da vontade, por sua vez, se refere à formação do negócio jurídico, razão pela qual também pode ser chamada de autonomia negocial. Finalmente, liberdade contratual seria a manifestação da autonomia no caso de contratos ²⁶¹.

José Antonio Ballesteros Garrido diferencia autonomia da vontade, liberdade contratual e direito dispositivo. A primeira consistiria na possibilidade dos indivíduos de ditarem normas – que são expressões da liberdade – com o objetivo de auto-regular suas relações particulares. Tais normas são assumidas pelo Estado como próprias e este lhes confere eficácia idêntica à da lei. Liberdade contratual, por sua vez, seria a mais característica manifestação da autonomia da vontade no âmbito negocial, envolvendo a liberdade pressuposta pela autonomia da vontade. O direito dispositivo está ao lado conteúdo imperativo, coativo do direito que limita a liberdade contratual. Dispositivo é aquele direito que pressupõe a igualdade de posição entre as partes envolvidas no contrato,

²⁵⁸ DE PLÁCIDO E SILVA, 2003, p. 872.

²⁵⁹ Ressalte-se que o referido autor faz tais diferenciações com base na doutrina e legislação espanhola. Contudo, é interessante verificar as diferenciações terminológicas que estabelece.

²⁶⁰ VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo. *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 17. ([...] toda la actividad humana y sus manifestaciones en el patrimonio, el derecho subjetivo y el negocio jurídico).

²⁶¹ Id. Ibid., p. 17-18.

permitindo o Estado que as mesmas convencionem o que desejarem. Por isso estas leis são consideradas supletivas²⁶².

O chileno Avelino Leon Steffens também traduziu o termo liberdade contratual no fato de que “as partes de um contrato internacional podem escolher a lei aplicável e pela qual vão reger suas relações contratuais”²⁶³.

Strenger diferencia liberdade de contratar de autonomia da vontade, mas o faz referindo-se à diferenciação estabelecida por Pontes de Miranda na obra “Tratado de Direito Privado”. Strenger, assim, adota às vezes a expressão “autonomia privada” e às vezes, “autonomia da vontade”, mencionando a liberdade de contratar conforme a utilização que fazem do termo os diversos autores estudados por ele²⁶⁴.

Já Orlando Gomes assevera que o princípio da autonomia da vontade “particulariza-se no direito contratual na *liberdade de contratar*”, cujo princípio “abrange os poderes de autogerência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade”²⁶⁵.

Como se deduz das conceituações acima, não há unanimidade quanto às diferenças entre autonomia da vontade, autonomia privada e liberdade contratual. Embora tal diferenciação terminológica seja relevante, ela escapa ao foco desta dissertação, que adotará a expressão “autonomia da vontade” para significar a liberdade que as partes têm de estipular as normas reguladoras da relação contratual. Outras expressões aparecerão eventualmente, conforme os autores citados as utilizarem nos diversos contextos.

A independência e a liberdade que cada indivíduo tem de fazer ou deixar de fazer algo é uma garantia constitucional, sem distinção de raça, cor, religião, nacionalidade ou sexo. Sua única limitação é o parâmetro legal, conforme o art. 5º da CF:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

²⁶² BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1999. p 17-22.

²⁶³ LEON STEFFENS, Avelino. El principio de la autonomía de la voluntad en el derecho civil internacional. In: BARROS BOURIE, Enrique (coord.). *Contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1991. p. 97. ([...] Habíamos dicho que la libertad internacional de contratación se traduce en que las partes de un contrato internacional pueden escoger la ley aplicable e por la cual van regir sus relaciones).

²⁶⁴ STRENGER, 2000, p. 74.

²⁶⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 26.

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]

Destarte, a liberdade de cada qual, garantida constitucionalmente, engloba a liberdade de contratar. Ninguém pode ser obrigado ou impedido de contratar, senão em virtude de lei – e nessa liberdade se inclui a de dispor sobre como contratar.

O art. 421 do CC trata da liberdade de contratar, ressaltando que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Venosa corrobora tal posição, afirmando que essa autonomia da vontade pode ser encarada sob dois prismas: a) é a própria liberdade de contratar ou não; b) é a liberdade de escolha da modalidade do contrato²⁶⁶.

Essa liberdade também é conceituada por Fernando Noronha, para quem a autonomia da vontade ou autonomia privada “consiste na liberdade de as pessoas regularem os seus interesses, através de contratos (e também de negócios unilaterais, mas sendo estes de muitíssimo menor importância...), tanto no âmbito pessoal como especialmente no patrimonial”. Os princípios deste fundamento são a liberdade contratual, o consensualismo e o efeito relativo dos contratos²⁶⁷.

O mesmo autor ressalta que a atuação da lei sobre essa liberdade, nos negócios jurídicos, determina apenas a produção dos efeitos estabelecidos pelas partes. Daí dizer que os negócios jurídicos produzem efeitos *ex voluntate*, enquanto os atos jurídicos (em sentido estrito) e os atos ilícitos produzem efeitos *ex lege*²⁶⁸.

Para Gomes,

o *princípio da autonomia da vontade* particulariza-se no direito contratual na *liberdade de contratar*. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício deste poder, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se²⁶⁹. (grifos no original)

Em importante obra sobre o tema, Strenger estabelece pressupostos conceituais, inclusive sociológicos e psicológicos, sobre a vontade. Para ele, em quaisquer circunstâncias, a vontade é

²⁶⁶ VENOSA, 2005, p. 405.

²⁶⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 390.

²⁶⁸ Id. Ibid., p. 391.

²⁶⁹ GOMES, 1984, p. 25.

[...] uma forma de atividade que comporta, de maneira praticamente completa, a representação do ato a produzir, ou uma suspensão provisória da tendência a praticar esse ato, intervindo nesse processo o sentimento do valor das razões, que podem determinar ou não o seu cumprimento, ou seja, a decisão de agir ou abster-se dessa ação²⁷⁰.

O autor também observa que a função essencial da vontade é aumentar ou diminuir o processo de dar sentido à vida:

Todo homem é dotado de natural mobilidade no sentido de dar uma direção à sua vida, e a função essencial da vontade parece ser a de reduzir ou aumentar esse processo conforme a intensidade não dos impulsos ou exigências subjetivas, mas também de todas as inclinações resultantes da dinâmica existencial²⁷¹.

Portanto, é a vontade que impulsiona o homem a fazer ou deixar de fazer coisas, incluindo descobertas, tecnologias, modificações da natureza, relações sociais, contratos etc. Contudo, quando em sociedade, muitas vezes há impasse entre duas ou mais vontades – daí a importância dos valores jurídicos para limitar reciprocamente as vontades individuais que tangenciam as relações humanas. Nos termos de Strenger:

Assim, os valores jurídicos não têm sentido senão na medida em que atingem uma vontade, não somente enquanto esta está unida a outras vontades, mas enquanto todas essas vontades estão ligadas às pessoas, que no processo de intersubjetividade limitam reciprocamente a ação das vontades²⁷².

É justamente da idéia de limitação da vontade como condição para o convívio social que emana a doutrina sociológica da vontade, que se baseia, por sua vez, na noção de representação coletiva. Ainda segundo Strenger,

a doutrina sociológica é dominada, portanto, pela noção de representação coletiva, satisfazendo duas condições essenciais: 1ª) relação com a coletividade e os fins que lhe são próprios; 2ª) o objeto é a sociedade, que tem como fundamento as consciências individuais, enquanto elas participam de uma relação transcendente, isto é, a consciência social. O que nos interessa, sobre tudo, é que as representações coletivas se apóiam em preceitos e regras, que são imperativas e que não podem ser violadas sem se incorrer em sanção, residindo sempre, a força principal da vontade [...]²⁷³.

²⁷⁰ STRENGER, 2000. p. 24.

²⁷¹ STRENGER, 2000, p. 28.

²⁷² Id, Ibid., p. 29.

²⁷³ Baseada na conceituação de contrato social propagada por Rousseau (STRENGER, 2000, p. 35 et seq.). Veja-se também: ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social ou princípios do direito político. In: *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural. 1997. p. 28-243.

O fato de existirem limitações jurídicas à vontade, traduzidas em leis imperativas, não impede a aplicação do conceito de autonomia da vontade no âmbito do direito. Tal é a posição de Irineu Strenger ao defender a autonomia da vontade como princípio jurídico. A autonomia da vontade é elemento não só de liberdade geral, mas de liberdade jurídica, “que é esse poder insuprimível no homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que esse ato tenha objeto lícito”²⁷⁴. Ao partir dessa noção de princípio jurídico, o referido autor registra que “o princípio da autonomia da vontade sobrevive a despeito das tentativas demolidoras [...]”²⁷⁵.

Tratado do conceito da autonomia da vontade, mister analisar seu tratamento pelo direito brasileiro.

2.1.1 Autonomia da vontade no direito brasileiro

2.1.1.1. Lei de Introdução ao Código Civil de 1942

O princípio da autonomia da vontade se faz presente, no âmbito do direito brasileiro, principalmente nos contratos – haja vista que, como analisado no Capítulo 1, um dos princípios contratuais mais importantes é o da autonomia da vontade. Este sentido prevalece na análise do direito privado brasileiro, como é o caso do art. 421 do CC. Outro exemplo é o art. 425, que faculta às partes celebrarem “contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. Outros artigos do CC relacionados a disposições contratuais são o 427²⁷⁶, 448²⁷⁷, 450²⁷⁸, 472²⁷⁹, 473²⁸⁰, 474²⁸¹ e o 475²⁸², entre outros.

Neste sentido se expressa Strenger, ao afirmar que

²⁷⁴ STRENGER, 2000, p. 66.

²⁷⁵ Id. Ibid., p. 68.

²⁷⁶ Art. 427 do CC: “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

²⁷⁷ Art. 448 do CC: “Podem as partes, por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção”.

²⁷⁸ Art. 450 do CC: “Salvo estipulação em contrário, tem direito o evicto, além da restituição integral do preço ou das quantias que pagou [...]”.

²⁷⁹ Art. 472 do CC: “O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”.

²⁸⁰ Art. 473 do CC: “A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte”.

²⁸¹ Art. 474 do CC: “A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”.

²⁸² Art. 475 do CC: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

a força da autonomia da vontade, praticamente, concentra-se no contrato que, sendo uma relação entre sujeitos de direito, é, em consequência, o campo mais abrangido por essa categoria jurídica, notadamente porque a relação obrigacional se estabelece entre pessoas²⁸³.

Araújo define autonomia da vontade e a relaciona à ordem interna, o que “significa que as partes podem fixar livremente o conteúdo dos contratos dentro dos limites da lei, ou seja, em face das normas imperativas e da ordem pública”²⁸⁴.

Para Gomes, autonomia da vontade é “o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica”²⁸⁵.

No Brasil, as normas de direito internacional privado que regulamentam situações para as quais concorrem diferentes ordenamentos jurídicos constam da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC)²⁸⁶. Cabe destacar ainda que ao se falar em autonomia da vontade na ordem internacional, portanto, diz-se da liberdade das partes escolherem que lei deve regular sua relação contratual. Segundo Araújo,

na ordem internacional, a autonomia da vontade significa a liberdade das partes de escolherem outro sistema jurídico para regular o contrato. Isso quer dizer que a autonomia das partes, no DIPr, tem por objeto a designação de uma lei aplicável ao contrato²⁸⁷.

O direito internacional privado brasileiro está regulamentado nos arts. de 7 a 19 da LICC.

No art. 9º da LICC, o legislador estabeleceu a regra de conexão ou as normas indiretas²⁸⁸ que determinam qual a lei aplicável no caso de negócios jurídicos, dentre eles os contratos internacionais. Daí dizer que o método adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é conflitual – ou seja, se utilizam normas indiretas para estabelecer a lei aplicável à determinada relação jurídica²⁸⁹. Segundo este artigo da LICC, se aplica ao contrato a lei

²⁸³ STRENGER, 2000, p. 70.

²⁸⁴ ARAÚJO, 2000. p. 43.

²⁸⁵ GOMES, 1984, p. 25.

²⁸⁶ BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 jan. 2006.

²⁸⁷ ARAÚJO, 2000, p. 43.

²⁸⁸ Expressões tratadas por Nádia de Araújo, nos seguintes termos: “Assim, em todos os sistemas jurídicos há regras próprias criadas expressamente para determinadas categorias de situações conectadas a mais de um sistema jurídico, que são chamadas de *regras de conexão* ou *normas indiretas*”. Id. *Ibid.*, p. 21. “Regras de conexão, ou regras de conflito, ou ainda regras conflituais, são regras indiretas, pois indicam qual a lei aplicável a este método, seja esta a lei do foro ou uma lei estrangeira. Ao contrário, as regras substanciais, também conhecidas como Regas de DIPr Material, ou normas diretas, resolvem diretamente a questão, sem apontar a utilização de uma outra norma”. Id. *Ibid.*, p. 4.

²⁸⁹ Neste sentido a posição de Araújo: “O método conflitual é o utilizado pelo Direito Internacional Privado nos países da Europa e da América Latina. A particularidade funcional da regra de DIPr – a regra de conflito

do país onde as obrigações se constituírem, ressalvado o disposto no §1º, que estabelece a aplicação da lei do local onde a obrigação for executada. Eis a íntegra do dispositivo:

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Vige, destarte, a *lex contractus*, ou seja, será aplicada ao contrato a lei do país em que o mesmo for celebrado. A exceção é a *lex loci executionis* ou lei do local da execução, prevista no §1º. O entendimento é corroborado por João Grandino Rodas:

A introdução ao Código Civil de 1916 adotou no *caput* do art 13, a lei do lugar do contrato (*lex loci contractus*), enquanto que no parágrafo único, manteve a orientação tradicional da lei do lugar da execução (*lex loci executionis*) [...].

O *caput* do art. 9º da vigente Lei de introdução, aplicável aos contratos entre presentes, continua a prescrever a lei do lugar do contrato (*lex loci contractus*). Os contratos entre ausentes, entretanto, disciplinados pelo §2º do referido artigo, são submetidos à lei da residência do proponente²⁹⁰.

Assim se manifesta Strenger:

O sistema brasileiro vigente, relativamente à substância e aos efeitos das obrigações, rege-se pela lei do lugar em que foram constituídas, com exclusão constante do §1º do art. 9º da Lei de Introdução, em favor da *lex loci executionis*, quando esse lugar for o Brasil²⁹¹.

Com base nesta limitação legal, Rodas assevera que não há autonomia da vontade para determinação da lei aplicável no direito internacional privado brasileiro:

[...] perante o *caput* do art. 9º, da Lei de Introdução vigente, não se pode afirmar a existência da autonomia da vontade para a indicação da norma aplicável, no Direito Internacional Privado brasileiro. Fica às partes unicamente o exercício da liberdade contratual na esfera das disposições supletivas da lei aplicável, por determinação da *lex loci contractus*²⁹².

–, na solução de uma questão de direito contendo um conflito de leis, consiste na designação da lei aplicável através da utilização da norma indireta. [...]”.Id. Ibid., p. 21.

²⁹⁰ RODAS, João Grandino. Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: ____ . (coord.). *Contratos internacionais*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 1995. p. 36.

²⁹¹ STRENGER, 2000, p. 195.

²⁹² RODAS, 1995, P. 44.

Acerca dos tipos de normas de conflito, vale rememorar Pontes de Miranda quando analisa as “principais leis propostas como lei *única*”²⁹³:

a) *Lex loci contractus* – criticada por Pontes de Miranda, determina que seja aplicada a lei do local onde se conclui o contrato.

b) *Lex loci executionis* – impõe a aplicação da lei vigente no local de execução do contrato.

c) *Lex debitoris* – é a lei do domicílio do devedor e, segundo Pontes de Miranda, a melhor e a mais apropriada, já que dispensa um princípio de ajustação. Segundo o autor, poderia ser a Lei nacional.

d) *Lex fori* – determina a aplicação da lei do local do foro eleito para dirimir as divergências contratuais e também é criticada por Pontes de Miranda.

Rodas trata destas normas nos seguintes termos:

A doutrina, o direito positivo, e a jurisprudência comparados apontam várias soluções, relativamente à lei aplicável à substância dos contratos: lei do lugar da execução (*lex loci executionis*), lei do lugar do contrato (*lex loci contractus*), lei pessoal do devedor (*lex patriae* ou *domicilii* do devedor), lei pessoal das partes (*lex patriae* ou *domicilii* comum das partes), lei escolhida pelas partes (*lex voluntatis*)²⁹⁴.

O debate se acirra quando se cotejam a LICC de 1916 e a de 1942. No art. 13 da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916²⁹⁵ se determinava que “regulará, *salvo estipulação em contrário*, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar, onde forem contraídas. [...]” (o grifo é nosso). Revogado pelo art. 9º da LICC de 1942, o dispositivo legal de 1916 concedia maior autonomia à vontade das partes, que podiam estipular diferentemente do determinado pela legislação no que se referisse à substância e aos efeitos do contrato, desde que isso não implicasse em injúria à “soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”²⁹⁶. Já a capacidade²⁹⁷ e a execução²⁹⁸ seriam reguladas

²⁹³ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1935. p. 165.

²⁹⁴ RODAS, 1995, p. 30.

²⁹⁵ BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 22 jan. 2006.

²⁹⁶ Tais limitações estavam previstas no art. 7º da Lei de Introdução ao CC de 1916: “As leis, atos, sentenças de outro país, bem como as disposições e convenções particulares, não terão eficácia, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

²⁹⁷ Quanto à capacidade, aplicava-se o art. 8º da LICC de 1916: “A lei nacional da pessoa determina a capacidade civil, os direitos de família, as relações pessoais dos cônjuges e o regime dos bens no casamento, sendo lícito quanto a este a opção pela lei brasileira”.

pelas referidas leis, sendo aplicada a lei do lugar onde as obrigações foram contraídas apenas e tão-somente na hipótese do silêncio das partes. Contudo, como bem explanam Irineu Strenger e Nádia Araújo, até em relação à amplitude do art. 13 da LICC de 1916 há divergências doutrinárias²⁹⁹.

Sobre a LICC de 1916 e até em relação à autonomia da vontade em si, vale retornar a Pontes de Miranda, que assevera não existir autonomia da vontade no direito internacional privado – nem como princípio, nem como teoria. Veja-se:

A autonomia da vontade não existe, no Direito Internacional, nem como princípio, nem como teoria aceitável. Porque: a) na parte de cogência, há uma lei aplicável, que poderá conferir à vontade, por estranha demissão de si mesma, o poder de desfazer tal imperatividade, quer dizer – um imperativo que se nega a si-mesmo, que se faz *dispositivo*; b) fixados pela lei aplicável os limites da autonomia, *dentro deles* não há escolha da lei, há “lei” (ou outra coisa, lei revogada, página de livro, *memoranda*, cartas) que constitui conteúdo, citação, parte integrante de um querer³⁰⁰.

Guilherme Pederneira Jaeger, em dissertação sobre o tema, ressalta que:

de 1917 a 1942, a Introdução ao Código Civil, no já citado artigo 13, regulava a questão da lei aplicável às obrigações. [...] A expressão “salvo disposição em contrário” poderia gerar o entendimento de que às partes era livre a escolha da lei para reger sua relação contratual internacional. [...] ³⁰¹

Em 1942, com a nova LICC, a matéria foi contemplada no art. 9º e teve seu texto alterado, excluindo-se a expressão “salvo estipulação em contrário” – o que gerou várias conjecturas doutrinárias. Conforme Araújo, pode-se separá-las em três grupos distintos:

Visualizamos, assim, que há na doutrina brasileira três correntes distintas de pensamentos: a primeira, daqueles enfaticamente contrários à autonomia da vontade; a segunda, daqueles a favor, desde que limitada às regras supletivas, excluindo-se, portanto, a possibilidade de sua aplicação ao contrato como um todo; e finalmente a terceira, daqueles favoráveis à teoria de forma mais ampla. ³⁰²

²⁹⁸ A execução era excetuada pelo parágrafo único do art. 13 da LICC de 1916: “[...] Parágrafo único. Mas sempre se regerão pela lei brasileira: I. Os contratos ajustados em países estrangeiros, quando exequíveis no Brasil. [...]”.

²⁹⁹ Sobre o assunto: STRENGER, 2000. p. 188-203; ARAÚJO, 2000. p. 83-97.

³⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, 1935, p. 156-157.

³⁰¹ JAEGER, Guilherme Pederneiras. *O direito internacional privado brasileiro em matéria contratual e a convenção do México*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Coordenação de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005. p. 58.

³⁰² ARAÚJO, 2000. p. 98.

Amílcar de Castro afirma que a exclusão do trecho retirou a autonomia da vontade nos contratos internacionais, principalmente porque a impossibilidade de estipulação em contrário impediu a aplicação de lei que não a do local de constituição das obrigações³⁰³.

Haroldo Valladão³⁰⁴ se posiciona no sentido de que a exclusão de parte do artigo da LICC de 1916 não significou a proibição do exercício da autonomia da vontade, pois tal norma só teria validade se as partes silenciassem quanto à lei aplicável. Diz o autor:

O direito brasileiro sempre adotou o princípio da autonomia da vontade em matéria de obrigações contratuais.

[...]

A nova L. I. de 1942, art. 9º, não se referiu à autonomia da vontade. Era expressão proibida no regime ditatorial de que padecia o Brasil [...].

Mas um princípio básico, qual o da autonomia da vontade, não podia desaparecer, assim, por omissão.

[...]

Aliás, o legislador do DIP também o pode prever e foi o que fez, no Brasil, a Intr. estabelecendo, no art. 13, já citado (mantido no Anteprojeto, art. 50), que a substância e os efeitos das obrigações se regem, *salvo estipulação em contrário*, pela lei do lugar onde contraídas. Destarte, inexistindo estipulação sobre a lei aplicável, aplicar-se-á a lei do lugar do contrato.³⁰⁵

Strenger³⁰⁶, em obra data de 2000, afirma-se partidário de uma terceira abordagem, explicando que a referida exclusão não configurou uma permissão do exercício da autonomia e pode mesmo tê-la ampliado, devendo-se aplicar a lei do local de constituição como norma do conflito. Se a lei aplicável o permitir, isso configuraria o exercício da autonomia da vontade.

³⁰³ Este autor defende que não prevalece o princípio da autonomia da vontade no Brasil, já que as partes não podem escolher o direito a regular seu contrato. CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 5. ed. aum. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 446 et seq. Veja-se também: STRENGER, 2000, p. 197; ARAÚJO, 2000. p. 100.

³⁰⁴ Haroldo Valladão, segundo Araújo, afirma que o fato de não se mencionar a expressão “salvo estipulação em contrário” não significa que esta não ocorra. Destarte, o princípio da autonomia da vontade ainda está em vigência no direito internacional privado brasileiro, principalmente no que tange ao disposto no §2º do art 9º da LICC de 1942, onde se utiliza o termo “reputa-se” para referir-se ao local de constituição das obrigações. Valladão observa que o termo é sinônimo de “presume-se”, que traduziria a antiga ressalva do “salvo estipulação em contrário”. ARAÚJO, 2000. p. 98.

³⁰⁵ VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971. p. 370; 371 e 374.

³⁰⁶ Nos termos do próprio autor: “A conclusão derivante das considerações exegéticas até aqui analisadas leva à compreensão de que o princípio da liberdade convencional inexistente na redação da lei de certa forma deu maior amplitude à sua aplicação, porquanto tal possibilidade fica adstrita ao preceito alienígena que, assim, não pode ser desrespeitado, salvo por imposição de ordem pública, ou a algumas restrições contidas no art. 17 da Lei de Introdução”. STRENGER, 2000. p. 199.

Exemplo sobre que lei aplicar a determinado contrato envolveria uma lide com um contrato internacional apreciada no Brasil. O juiz verifica o local de constituição do contrato, comprova se a lei desse local permite o exercício da autonomia da vontade e, em caso positivo, aplica a lei escolhida pelas partes, ainda que tal lei não tenha legitimidade no lugar onde o instrumento foi celebrado.

Araújo ressalta que a posição da doutrina, seguindo a tendência atual, favorece, de forma mais abrangente, a autonomia da vontade. Destaca, no entanto, que a legislação e os tribunais brasileiros não acompanham esta tendência. Refere a autora que,

para nós, no estágio atual da legislação brasileira, a escolha da lei aplicável a um contrato internacional, nos moldes reconhecidos atualmente na comunidade internacional, não encontra amparo na legislação vigente [...] ³⁰⁷.

Assim, ao contrário do que afirma parte da doutrina, como está estabelecido na LICC, em seu art. 9º, não há como se dizer que o ordenamento jurídico brasileiro permite a autonomia da vontade das partes nos contratos internacionais, principalmente no que tange a lei aplicável aos mesmos.

Contudo, há que se analisar também a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 ³⁰⁸, que trata da arbitragem em território brasileiro. ³⁰⁹

2.1.1.2. Regulamentação pela Lei de Arbitragem

A arbitragem é um meio de solução de controvérsias onde as partes elegem um árbitro para que este, no caso de litígio entre elas, resolva o mesmo. Neste sentido está o art. 1º, da Lei de Arbitragem:

As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

³⁰⁷ ARAÚJO, 2000, p. 109.

³⁰⁸ BRASIL, Lei n° 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 jan. 2006. Referenciado no decorrer como Lei de Arbitragem.

³⁰⁹ Não se vislumbra, aqui, esgotar o tema da arbitragem. Limita-se a análise somente à autonomia da vontade na Lei de Arbitragem e sua limitação frente às normas de ordem pública. Sobre a questão da arbitragem em si, remete-se a algumas obras sobre o assunto, tais como: BARRAL, Welber. *A arbitragem e seus mitos*. Florianópolis: OAB/SC, 2000. 154 p.; LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002. 447 p.

Assim, qualquer pessoa capaz de contratar, ou seja, que tenha capacidade para exercer atos da vida civil, poderá valer-se deste meio de solução de controvérsias, desde que a matéria do litígio envolva direitos patrimoniais disponíveis.

Cabe destacar aqui o primeiro elemento, qual seja, a matéria a ser solucionada pela arbitragem deve abarcar direitos patrimoniais disponíveis. Sobre o tema, Welber Barral define o que seria um direito patrimonial disponível nos seguintes termos: “direito patrimonial disponível, por sua vez, é aquele direito sobre o qual a transação ou a cessão é permitida”.³¹⁰

Lee sobre a disponibilidade do direito acrescenta que muitas legislações como a Argentina, Uruguai e, em pequeno trecho, a Paraguai, vinculam esse conceito à noção de transação. Assim, tudo aquilo que não pode ser submetido à transação é considerado um direito indisponível. Contudo, este autor critica essa vinculação, afirmando que “a referência à transação aparece como um simples contorno que poderia ser evitado”.³¹¹

A seguir LEE relaciona o conceito de disponibilidade com a liberdade de renunciar a um direito, mas acrescentando que essa relação também é insuficiente e “inapta [...] para definir a livre disponibilidade de direitos, em relação aos litígios arbitráveis”, tendo em vista que “existem matérias que são insusceptíveis de renúncia mas que são arbitráveis”. Assim, com base nos conceitos trabalhados, LEE chega à conclusão de que não há como determinar uma definição verdadeira para o que são direitos disponíveis, passando a enumerar, então, os elementos necessários para delimitar esses direitos.³¹²

O primeiro elemento tratado por LEE que delimita os direitos disponíveis é o caráter patrimonial destes. Assim, conforme o art. 1º, da Lei de Arbitragem, só poderão ser considerados disponíveis e passíveis de arbitragem os direitos patrimoniais. Nos termos do próprio autor: “O caráter patrimonial da relação litigiosa delimita a disponibilidade do direito, assim como a arbitrabilidade do litígio”. Contudo, este elemento continua não sendo suficiente, já que, segundo o referido autor, “existem direitos patrimoniais que são indisponíveis”.³¹³

³¹⁰ BARRAL, Welber. *A arbitragem e seus mitos*. Florianópolis: OAB/SC, 2000. p. 16.

³¹¹ LEE, 2002, p. 61.

³¹² LEE, 2002, p. 62.

³¹³ LEE, 2002, p. 62, 63.

A primeira limitação trazida pela Lei de Arbitragem é a do art. 1º, que determina que só poderão ser objeto de arbitragem os direitos patrimoniais disponíveis. João Bosco Lee destaca essa necessidade para garantir a arbitrabilidade objetiva, nos seguintes termos: “a livre disponibilidade de direitos parece ser a passagem obrigatória para apreciar a arbitrabilidade objetiva de um litígio”.³¹⁴ Assim, não é todo e qualquer assunto que poderá ser solucionado por meio de arbitragem.

Outra limitação à utilização da arbitragem é, segundo Lee, a referente à arbitrabilidade subjetiva. Assim, não é qualquer pessoa que poderá indicar uma cláusula compromissória no contrato para submeter eventuais controvérsias a um árbitro. Um exemplo desse impedimento é o caso do Estado. Por envolver direito público, o Estado não pode submeter suas controvérsias contratuais à decisão arbitral. Nestes termos, Lee assevera: “logo, a regra é a inaptidão do Estado em e submeter à arbitragem em relação às matérias de direito público”.³¹⁵ Essa proibição, por sua vez, não afeta quando o Estado agir como pessoa jurídica de direito privado.³¹⁶

Na arbitragem as partes podem escolher se a decisão dos árbitros será baseada nas regras de direito positivo ou no critério da equidade. É o que determina o art. 2º, da Lei de Arbitragem:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

No que tange o critério de equidade, cabe ressaltar o caráter subjetivo do mesmo, o que pode muitas vezes dificultar o entendimento dos árbitros. Assim, conforme assevera Barral, “mais fácil do que definir equidade (e suas hipóteses de aplicação) é contrapô-la ao julgamento de *ius strictum*”. Assim, cada árbitro irá definir o caso conforme seu conhecimento da matéria e da situação fática. Barral acrescenta que esse critério para a decisão arbitral é reflexo das disposições contidas na maior parte das legislações estrangeiras, tratados e leis modelos (como a Lei Modelo da UNCITRAL)³¹⁷. Nos termos do próprio autor:

Não é, tampouco, inovação, visto já estar previsto na legislação anterior. Na verdade, como a *pierre de clef* da arbitragem é a autonomia da

³¹⁴ LEE, 2002, p. 61.

³¹⁵ LEE, 2002, p. 52.

³¹⁶ LEE, 2002, p. 53-54.

³¹⁷ BARRAL, 2000, p. 17.

vontade das partes, nada mais do que razoável terem as partes liberdade de escolher a forma como esta será processada.³¹⁸

Nos §§1º e 2º, do referido artigo, está o ponto principal da presente análise, qual seja, a predominância do princípio da autonomia da vontade quando se tratar de litígios que são apreciados por meio da arbitragem. Segue o teor do §§1º e 2º, do art. 2º:

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Assim, a Lei de Arbitragem determina que as partes possam escolher a lei aplicável, bem como se a arbitragem será decidida com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes ou até mesmo nas regras internacionais de comércio.

Comparada com a LICC, a Lei de Arbitragem traz regulamento diverso, o que permite a seguinte afirmação: se as partes escolherem resolver as controvérsias provenientes de um determinado contrato internacional por meio de arbitragem, elas poderão escolher a lei aplicável, exercendo o princípio da autonomia da vontade. Contudo, se não se utilizarem da cláusula arbitral, ficando a cargo do judiciário a referida solução, a autonomia da vontade não poderá ser exercida, sendo aplicável a lei do local onde o contrato foi celebrado, conforme preceitua o art. 9º, da LICC, já analisado no item anterior.

Neste sentido, Lee assevera que:

apesar de a autonomia da vontade não ser reconhecido como elemento de conexão para determinar a lei aplicável às obrigações contratuais internacionais no Direito Internacional brasileiro, o §1º do art. 2º da Lei 9.307/96, estabelece que: *poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem [...]*.

[...]

A legislação brasileira sobre a arbitragem confere às partes uma grande liberdade de escolha no que se refere à lei aplicável.³¹⁹

³¹⁸ BARRAL, 2000, p. 18.

³¹⁹ LEE, 2002, p. 177.

Não obstante a Lei de Arbitragem permitir o exercício da autonomia da vontade pelas partes ao escolherem uma lei aplicável, isso não vai significar que essa autonomia não terá limites. Essa limitação está expressa na segunda parte do §1º, do art. 2º, da Lei de Arbitragem, onde determina que a aplicação das regras de direito escolhidas pelas partes para fundamentar a decisão arbitral não poderá violar os bons costumes e a ordem pública. Assim, mesmo sendo possível a escolha de lei estrangeira como basilar de uma arbitragem internacional, não poderá o árbitro brasileiro violar normas de ordem pública ou bons costumes vigentes no país.³²⁰

2.1.2 Convenções internacionais ratificadas pelo Brasil

No que diz respeito à autonomia da vontade e em especial à questão da lei aplicável, cabe destacar os tratados internacionais ratificados pelo Brasil:

a) Convenção de Direito Internacional Privado, adotada em Havana, em 13 de fevereiro de 1928. Promulgada no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929³²¹.

Também conhecido como Código Bustamante, tenta conciliar duas correntes doutrinárias: a que defende o princípio da nacionalidade e a partidária do princípio do domicílio. Nádia Araújo critica tal convenção por não apontar claramente a lei a ser seguida, bem como pelas reservas mantidas em relação a ela. Segundo a convenção, existem leis de ordem privada e leis de ordem pública internacional³²², sendo estas definidas no art. 175: “São regras de ordem pública internacional as que vedam o estabelecimento de pactos, cláusulas e condições contrárias às leis, à moral e à ordem pública e as que proíbem o juramento e o consideram sem valor”³²³.

Já no art. 3º, as leis e regras vigentes em cada país são incluídas em três categorias: leis pessoais ou de ordem pública interna (aplicáveis às pessoas em razão de seu domicílio e nacionalidade); leis territoriais, locais ou de ordem pública internacional (que obrigam a todos os residentes no território, sejam ou não nacionais); e leis voluntárias ou de ordem privada (que se aplicam pela expressão, interpretação ou presunção da vontade das partes).

³²⁰ O tema de ordem pública será melhor tratado no item 2.2.

³²¹ BRASIL, Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929. Promulga a Convenção de Direito Internacional Privado, de Havana. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

³²² ARAÚJO, 2000, p. 159.

³²³ Texto traduzido reproduzido de SEINTENFUS, Ricardo (org.). *Legislação Internacional*. Barueri-SP: Manole, 2004. p. 1852.

Garante ainda, em seu art. 4º, que os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional.

A convenção trata de vários assuntos relacionados ao direito privado: adoção, sucessão, pessoas, personalidade civil etc. Contudo, na medida em que o foco da presente dissertação são os contratos, ficar-se-á adstrito a este tema.

Obrigações e contratos em geral são regulados, no âmbito da Convenção de Direito Internacional Privado de Havana, nos arts. de 164 a 186, e alguns merecem destaque. O art. 166, ao tratar das obrigações originadas dos contratos, registra que as mesmas têm força de lei e devem ser cumpridas conforme estipulação contratual, ressalvadas as limitações constantes na convenção (auto-intitulada de Código). O art. 176 expressa que a capacidade ou incapacidade para prestar consentimento será regida pela lei de ordem pública interna de cada contratante. Já o art. 177 determina que as hipóteses de dolo, erro, violência e intimidação acerca do consentimento serão reguladas pela lei territorial. A convenção, em síntese, atribui a competência da regulamentação ora à lei pessoal, ora à lei territorial.

Nesse sentido, a observação de Araújo:

O código tratou do tema das obrigações e contratos no seu título quarto, capítulo I e II, dos artigos 164 a 186. Em matéria de contratos adotou as seguintes regras: aplicação da lei territorial com relação à ordem pública internacional e vícios de consentimento; capacidade regida pela lei pessoal dos contratantes; aplicação simultânea da lei do lugar do contrato e da sua execução, para a necessidade de outorgar-se escritura para documentos públicos e o requisito da forma escrita; sujeição das nulidades à lei da qual dependesse a sua causa; e interpretação do contrato de acordo com a lei que o está regendo³²⁴.

O art. 184 determina que “a interpretação dos contratos deve efetuar-se, como regra geral, de acordo com a lei que os rege”. A segunda parte do mesmo artigo, todavia, prevê a possibilidade de se questionar a aplicabilidade da lei escolhida:

Contudo, quando essa lei for discutida e deva resultar da vontade tácita das partes, aplicar-se-á, por presunção, a legislação que para esse caso se determina nos arts. 185 e 186, ainda que isso leve a aplicar ao contrato uma lei distinta, como resultado da interpretação da vontade.³²⁵

O art. 186, por sua vez, determina que, para os demais contratos, aplicar-se-á primeiramente a lei pessoal comum aos contratantes e, na falta desta, a vigente no lugar da celebração do instrumento.

³²⁴ ARAÚJO, 2000. p. 160.

³²⁵ Art. 184, Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929

Bustamante não referiu expressamente em seu código o princípio da autonomia da vontade, mas pode-se dizer que o art. 166 o prevê, ainda que de modo superficial³²⁶.

b) Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, concluída em Montevideu, Uruguai, em 8 de maio de 1979. Promulgada no ordenamento brasileiro pelo Decreto n° 1.979, de 9 de agosto de 1996³²⁷.

Tal convenção foi firmada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), que desde 1975 patrocina a Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado, conhecida por CIDIP³²⁸. Até hoje foram realizadas seis dessas conferências, tendo o Brasil participado de todas e firmado a maioria das convenções. No entanto, só a partir de 1992 as deliberações passaram a ser encaminhadas para ratificação pelo Congresso Nacional – implicando que nem todas tenham sido enviadas³²⁹.

A Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, ratificada pelo Brasil e parte integrante da CIDIP II, foi um dos mais importantes temas dessa conferência, regulando a base do sistema conflitual interamericano e sendo a única no seu gênero, conforme observa Nádia de Araújo³³⁰.

O art. 1° da convenção já deixa claro seu objetivo: submeter a suas determinações a norma jurídica aplicável para reger as situações que envolvam direito estrangeiro. Ressalta ainda que, no caso de falta de norma internacional, serão aplicadas as regras de conflito do direito interno. Quando o ordenamento jurídico aplicável for de Estado estrangeiro, os juízes e autoridades nacionais o aplicarão como o juiz ou a autoridade desse Estado (art. 2°). Se um Estado-parte não tem os mesmos institutos previstos no ordenamento de outro Estado, e nem análogos, não poderá recusar-se a aplicar a si mesmo os institutos estrangeiros (art. 3°). O art. 5° ainda prevê a possibilidade de não aplicar lei de Estado estrangeiro se manifestamente ferir norma de ordem pública, enquanto o art. 7° defende a preservação da ordem pública em situações jurídicas que, embora válidas, a contrariem. O

³²⁶ Neste sentido a opinião de ARAÚJO, 2000, p. 164.

³²⁷ BRASIL. Decreto n° 1.979, de 9 de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, concluída em Montevideu, Uruguai, em 8 de maio de 1979. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 24 jan. 2006.

³²⁸ A CIDIP I foi realizada no Panamá, em 1975; a CIDIP II no Uruguai, em 1979; a CIDIP III na Bolívia, em 1984; a CIDIP IV novamente no Uruguai, em 1989; a CIDIP V no México, em 1994, e a CIDIP VI nos EUA, em 2002.

³²⁹ À época em que Nádia de Araújo publicou o livro haviam sido realizadas cinco CIDIPs. A sexta aconteceu em Washington (EUA), em 2002. ARAÚJO, 2000, p. 165-166.

³³⁰ ARAÚJO, 2000, p. 167.

art. 6º, finalmente, impede que seja aplicada lei de Estado estrangeiro se, artificialmente, foram burlados princípios fundamentais de outro Estado-parte.

Vários outros aspectos foram tema das CIDIPs já realizadas, sendo a autonomia da vontade abordada pela primeira vez na CIDIP I, quando foi regulamentada a arbitragem internacional (art. 3º). Contratos internacionais passaram a ser discutidos na CIDIP II e foram colocados em pauta a partir da CIDIP IV. Na CIDIP III, recomendou-se a ratificação da Convenção de Viena da UNCITRAL, principalmente para itens relacionados a menores e a compra e venda internacional. Na CIDIP V, os contratos internacionais passaram a ser objeto da Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, que ainda não foi ratificada pelo Brasil e será analisada posteriormente nesta dissertação³³¹. Da última CIDIP, ocorrida em 2002, em Washington, resultaram três convenções: a primeira sobre garantias mobiliárias, a segunda sobre transporte de mercadorias por caminhão e a terceira acerca da responsabilidade civil extracontratual (lei aplicável e jurisdição internacional)³³².

c) Estatuto da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, adotada na VII Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, de 9 a 31 de outubro de 1951. Ratificada no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 3.832, de 1º de junho de 2001³³³.

A Conferência de Haia de Direito Internacional Privado realizou-se pela primeira vez em 1893, convertendo-se em 1955 em uma organização inter-estatal global, a partir da vigência do estatuto ora analisado, e visa desenvolver e revisar instrumentos multilaterais que respondam às necessidades globais. Entre 1893 e 1905, a conferência patrocinou sete convenções internacionais, cujas deliberações já foram substituídas por instrumentos mais recentes. De 1951 e 2005 foram celebradas 36 convenções que, mesmo não ratificadas, serviram de inspiração para convenções regionais celebradas por organizações como a OEA e a União Européia. O Estatuto que converteu a Conferência de Haia em organização inter-estatal foi ratificado pelo Brasil e promulgado pelo decreto supra-referido³³⁴.

³³¹ ARAÚJO, 2000, p. 167-169.

³³² Informação disponível em: <http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=P&sLink=http://www.oas.org/DIL/treaties_and_agreements.htm>. Acesso em: 15 fev. 1006.

³³³ BRASIL. Decreto nº 3.832, de 1º de junho de 2001. Promulga o Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, adotado na VII Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, de 9 a 31 de outubro de 1951. Disponível em <<http://www2.mre.gov.br/dai/diphaia.htm>>. Acesso em: 24 jan. 2006.

³³⁴ CONFERÊNCIA DE HAYA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. *Overview*. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=26>. Acesso em: 25 jan. 2006.

Conforme o art. 1º deste Estatuto, o objetivo da Conferência de Haia é “trabalhar para a unificação progressiva das regras de direito internacional privado”.

Estas foram as convenções ratificadas pelo Brasil. Entretanto, a matéria sobre a autonomia da vontade e os contratos internacionais forma tratados por outros instrumentos internacionais, mas que não foram ratificados. Apesar de não estarem incorporados no ordenamento jurídico brasileiro, é importante uma visão dos principais instrumentos sobre o assunto.

2.1.3 Convenções internacionais não ratificadas pelo Brasil

Existem convenções de direito internacional privado que, apesar de não ratificadas pelo Brasil – ou porque rejeitadas ou porque ainda não remetidas para ratificação pelo Congresso Nacional –, são importantes para o estudo da matéria, tanto em nível regional dos blocos econômicos, como internacional. Fazem referência a contratos internacionais e autonomia da vontade:

a) Convenção de 25 de junho de 1955 sobre a lei aplicável à venda de bens, celebrada no âmbito da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado.

Segundo Araújo, foi esta a primeira convenção internacional que estabeleceu o critério da autonomia da vontade como fator de conexão principal na designação da lei aplicável ao contrato. A convenção foi dedicada ao conflito de leis e, no caso de falta de definição contratual sobre o ordenamento, adotou o critério do local da residência habitual do vendedor³³⁵.

Alguns pontos da convenção podem ser destacados. O art. 1º restringe as disposições da convenção somente à venda internacional, de objetos móveis corporais, destacando que só a vontade das partes faz com que o negócio assumo caráter internacional³³⁶. O art. 2º determina a vontade das partes como critério de seleção de lei

³³⁵ ARAÚJO, 2000, p. 125-126.

³³⁶ Art. 1º: “La présente Convention est applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels. Elle ne s'applique pas aux ventes de titres, aux ventes de navires et de bateaux ou d'aéronefs enregistrés, aux ventes par autorité de justice ou sur saisie. Elle s'applique aux ventes sur documents. Pour son application sont assimilés aux ventes les contrats de livraison d'objets mobiliers corporels à fabriquer ou à produire, lorsque la partie qui s'oblige à livrer doit fournir les matières premières nécessaires à la fabrication ou à la production. La seule déclaration des parties, relative à l'application d'une loi ou à la compétence d'un juge ou d'un arbitre, ne suffit pas à donner à la vente le caractère international au sens de l'alinéa premier du présent article”. CONFERÊNCIA DE HAYA DE DIREITO INTERNACIONAL

aplicável³³⁷. Apesar da disposição sobre a autonomia da vontade, o art. 6º da convenção a limita à ordem pública³³⁸.

Esta convenção sobre a lei aplicável para contrato de venda internacional de bens foi substituída pela de 22 de dezembro de 1986, que ainda não entrou em vigor porque sua elaboração ocorreu concomitantemente à Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional, no âmbito da UNCITRAL, em 1980³³⁹.

b) Convenção de 22 de dezembro de 1986 sobre a lei aplicável para contrato de venda internacional de bens, celebrada no âmbito da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado.

Embora pretendesse substituir a anterior, esta convenção não entrou em vigor por realizar-se na mesma época da Convenção de Viena da UNCITRAL sobre Compra e Venda Internacional. Assim, “decidiu-se que essa nova convenção de Haia deveria caminhar de forma consistente com as regras uniformes da UNCITRAL, razão por que utilizou linguagem similar à de Viena em diversos aspectos”³⁴⁰.

No art. 1º ficou determinado o objeto da convenção: a determinação da lei aplicável aos contratos de venda de bens entre partes com locais de negócios em diferentes países ou em casos que envolvessem conflito entre leis de diferentes Estados, a menos que tal conflito não resultasse unicamente de uma estipulação pelas partes da lei aplicável, ainda que associada à designação de um juiz ou árbitro³⁴¹. Com relação à autonomia da vontade, o art. 7º manteve o disposto na convenção de 1955, determinando que seria aplicada a lei

PRIVADO. Convenção de 25 de junho de 1955 sobre lei aplicável à venda de bens. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=31>. Acesso em: 25 jan. 2006.

³³⁷ Art. 2º: “La vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes. Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse, ou résulter indubitablement des dispositions du contrat. Les conditions, relatives au consentement des parties quant à la loi déclarée applicable, sont déterminées par cette loi.” CONFERÊNCIA DE HAYA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção de 25 de junho de 1955 sobre lei aplicável à venda de bens. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=31>. Acesso em: 25 jan. 2006.

³³⁸ Art. 6º: “Dans chacun des Etats contractants, l'application de la loi déterminée par la présente Convention peut être écartée pour un motif d'ordre public”. CONFERÊNCIA DE HAYA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção de 25 de junho de 1955 sobre lei aplicável à venda de bens. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=31>. Acesso em: 25 jan. 2006.

³³⁹ ARAÚJO, 2000, p. 126.

³⁴⁰ Id. Ibid., p. 126.

³⁴¹ Art. 1º: “La présente Convention détermine la loi applicable aux contrats de vente de marchandises: a) lorsque les parties ont leur établissement dans des Etats différents; b) dans tous les autres cas où la situation donne lieu à un conflit entre les lois de différents Etats, à moins qu'un tel conflit ne résulte du seul choix par les parties de la loi applicable, même associé à la désignation d'un juge ou d'un arbitre”. CONFERÊNCIA DE HAYA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção de 22 de dezembro de 1986 sobre a lei aplicável para contrato de venda internacional de bens. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=61>. Acesso em: 25 jan. 2006.

que as partes escolhessem. Tal escolha pode ser referente a todo o contrato ou a parte dele³⁴². Da mesma forma que a convenção de 1955, a de 1986 condicionou essa autonomia da vontade à ordem pública em seu art. 18³⁴³.

c) Convenção sobre contratos para a venda internacional de bens³⁴⁴, de 1980 – UNCITRAL.

Esta convenção foi realizada pela UNCITRAL, comissão da Organização das Nações Unidas (ONU) criada pela Assembleia Geral de 1966 – Resolução 2205 (XXI) de 17 de dezembro de 1966 – e cujo objetivo é promover a harmonização e unificação progressiva do direito do comércio internacional³⁴⁵.

De acordo com Araújo, “desde o início o tema da compra e venda internacional figurou na agenda de trabalho da comissão, e, em 1980, foi realizada em Viena a Conferência Internacional que resultou na assinatura da Convenção para Compra e Venda Internacional de Mercadorias”. Uma das pretensões da convenção foi a de não substituir ou eliminar regras internacionais que regulamentem as transações ou protejam o consumidor. Isto deu certa liberdade às partes, permitindo que se utilizassem ou não do disposto na convenção³⁴⁶.

A mesma autora refere um caso em que essa liberdade fica caracterizada:

Na falta de escolha da lei aplicável ou exclusão expressa da convenção, há algumas hipóteses a serem consideradas. Suponhamos que em uma determinada situação haja dois contratantes, estabelecidos o primeiro no país A e o segundo no país B. Se ambos os países ratificaram a convenção, esta será aplicável, pois se tornou a lei uniforme na área.

³⁴² Art. 7º: “1. La vente est régie par la loi choisie par les parties. L'accord des parties sur ce choix doit être exprès ou résulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties, envisagés dans leur ensemble. Ce choix peut porter sur une partie seulement du contrat. 2. Que les parties aient ou non choisi une loi, elles peuvent convenir à tout moment de faire régir le contrat, en tout ou en partie, par une loi autre que celle qui le régissait auparavant. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable intervenue postérieurement à la conclusion du contrat ne porte pas atteinte à la validité en la forme du contrat, ni aux droits des tiers.” CONFERÊNCIA DE HAYA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção de 22 de dezembro de 1986 sobre a lei aplicável para contrato de venda internacional de bens. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=61>. Acesso em: 25 jan. 2006.

³⁴³ Art. 18: “L'application d'une des lois désignées par la Convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public”. CONFERÊNCIA DE HAYA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção de 22 de dezembro de 1986 sobre a lei aplicável para contrato de venda internacional de bens. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=61>. Acesso em: 25 jan. 2006.

³⁴⁴ Segundo tradução de Araújo, “Convenção para Compra e Venda Internacional de Mercadorias”. ARAÚJO, 2000, p. 127 et seq.

³⁴⁵ Informações tiradas do site oficial da UNCITRAL. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional – UNCITRAL. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin.html>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

³⁴⁶ ARAÚJO, 2000, p. 129-131.

Continuando, se o país A ratificou-a mas não o país B, esta só será aplicável ao contrato se as regras de DIPr indicarem como lei aplicável a do País A, no qual ela está em vigor. *Contrario sensu*, se as regras de DIPr indicarem a lei do País B, no qual ela não está em vigor, não poderá ser aplicada, a menos que a legislação daquele país permita às partes escolherem a lei aplicável. Por fim, se não é parte do ordenamento jurídico do país A ou do país B, parece-nos que está excluída sua aplicação, a menos que as partes façam uma opção expressa por ela no contrato. Neste último caso, dependeria da amplitude do conceito da autonomia da vontade do país no qual a questão está sendo apreciada³⁴⁷.

No art. 1º, a convenção deixa claro que seu âmbito de aplicação se atém a transações internacionais, sendo aplicada apenas quando as partes contratantes estiverem estabelecidas em Estados diferentes ou as regras de DIPr de cada país assim determinarem³⁴⁸.

Portanto, o que a convenção visa é uniformizar o direito sobre contratos de comércio internacional, prestigiando os usos e costumes dos contratantes, conforme preceitua o art. 9º³⁴⁹.

d) Convenção de Roma sobre a Lei aplicável às Obrigações Contratuais – União Européia.

Realizada no âmbito das Comunidades Européias, foi aberta em Roma, no dia 19 de junho de 1980, pelos nove Estados-Membros que integravam o organismo à época. Entrou em vigor no dia 1º de abril de 1991, sendo incorporada posteriormente pelos Estados que aderiam à Comunidade.

Em que pese sua abrangência restrita, a convenção representou importante passo para a modificação das regras conflituais dos países signatários, além de se aplicar a casos em que uma das partes é não-signatária e a lei aplicável é de país signatário. Esta

³⁴⁷ ARAÚJO, 2000, p. 132.

³⁴⁸ Art. 1º: “(1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States: (a) when the States are Contracting States; or (b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State. [...]”. COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL (UNCITRAL). Convenção sobre contratos para a venda internacional de bens. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2006. Sobre o assunto: ARAÚJO, 2000, p. 132 et seq.

³⁴⁹ Art. 9º: “(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves. (2) The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned”. COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL (UNCITRAL). Convenção sobre contratos para a venda internacional de bens. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

convenção, nas palavras de Araújo, “substituiu as regras internas que regulavam a lei aplicável aos contratos internacionais em cada um dos Estados contratantes”. Nesta convenção, a vontade não se expressa no sentido de localizar o contrato, mas no de escolher a lei aplicável, sendo a escolha uma norma de DIPr e não uma lei não-estatal – como no caso dos princípios da UNIDROIT³⁵⁰ ou regras da *lex mercatoria*³⁵¹.

Quanto à lei aplicável, ressalta-se da convenção o prevalecimento da autonomia da vontade, haja vista que “as partes signatárias de um contrato podem escolher o direito aplicável à totalidade ou a uma parte do contrato em questão, bem como o tribunal competente, em caso de litígio”. É possível, ainda, alterar a lei aplicável, se as partes assim acordarem. Se a definição sobre o direito aplicável não for expressa, o contrato será regulado “pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita, segundo o princípio da proximidade”, como a do local da residência habitual ou da administração central do prestador, a de seu estabelecimento principal ou a do estabelecimento que assegura a prestação etc.³⁵²

Neste sentido se expressa Araújo, acrescentando que a escolha da lei não precisa ser expressa, podendo inferir-se tal desejo da intenção manifestada pelas partes³⁵³. Também aduz que há limitação a esta autonomia da vontade, ligada à ordem pública e às normas imperativas, conforme preceitua o art. 10 da Convenção de Roma. Assim:

Como limitação a esta liberdade, tão-somente os casos em que a escolha ferir a ordem pública ou quando as regras do foro de caráter imperativo impedirem a aplicação da norma encontrada através da escolha feita pelas partes. Além disso, permite que o tribunal leve em consideração regras imperativas de um terceiro país com o qual a transação possua uma conexão próxima, bem como protege a parte mais fraca em contratos especiais como os dos consumidores e os de trabalho³⁵⁴.

Esta convenção, apesar de sua abrangência européia, inspira o processo de harmonização do Direito Internacional Privado.

e) Tratado de Lima, de 1878.

³⁵⁰ Tais princípios serão analisados no próximo item.

³⁵¹ ARAÚJO, 2000. p. 134-135.

³⁵² Informações extraídas do site da União Européia sobre a Convenção de Roma, dentro da Cooperação Judiciária em Matéria Civil. UNIÃO EUROPEIA. Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Convenção de Roma) – Síntese. Disponível em: <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/l33109.htm>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

³⁵³ ARAÚJO, 2000. p. 135.

³⁵⁴ Id. Ibid., p. 137.

Conforme observa Araújo, o importante a destacar neste tratado é o fato de representar uma das primeiras tentativas de unificação do Direito Internacional Privado na América Latina. A iniciativa partiu do governo peruano, que em 1875, através de circular-convite, conclamou os demais países americanos a participarem de um congresso visando harmonizar as diferentes legislações nacionais. O Brasil declinou do convite por julgar que propostas desse teor seriam válidas em escala mundial e não apenas regional. Baseado na teoria de Mancini, o tratado privilegiou o critério da nacionalidade para reger o Estado e a capacidade das pessoas. Contratos internacionais foram regulados nos arts. 4º e 5º, consagrando o princípio do local da celebração como regra de conexão³⁵⁵. Segundo Araújo, garantia-se o princípio da autonomia da vontade, mas com limitações:

[...] para tornar compatíveis as regras relativas à substância com aquelas da execução dizia-se estarem estas de acordo com o princípio de que, no cumprimento de um contrato, devia-se respeitar a vontade expressa ou tácita dos contratantes, no que não fosse contrário às leis proibitivas do lugar da execução³⁵⁶.

f) Tratados de Montevideu – 1889/1890 e 1939/1940.

Estes tratados decorrerem de um congresso ocorrido em Montevideu com o objetivo de uniformizar normas da Argentina e do Uruguai, especialmente no que respeita ao direito civil internacional. As normas relativas a contratos internacionais foram estabelecidas nos arts. de 32 a 40 do tratado, definindo-se como aplicável a regra do local da execução – *lex executionis*. O princípio da autonomia da vontade não foi previsto no tratado: o que as partes escolheriam seria o local da execução do contrato, o que, conseqüentemente, determinava a lei aplicável ao mesmo. O Brasil, apesar de ter comparecido ao congresso, não concordou com suas conclusões e não firmou o tratado³⁵⁷.

Em 1939 e 1940, os tratados resultantes do congresso foram revisados no *Segundo Congreso Sul-Americano de Derecho Internacional Privado de Montevideo*, resultando no Tratado de Direito Civil de 1940, ainda em vigor na Argentina, Uruguai e Paraguai. Apesar da autonomia da vontade integrar a pauta das discussões, ela não foi contemplada no tratado, que manteve a regra do local da execução e foi aprovado de forma unânime. Também foi redigido um Protocolo Adicional proibindo expressamente a autonomia da vontade (art. 5º). Outro ponto a ser destacado refere-se ao disposto no art. 40 do tratado, que estabeleceu a regra do local da celebração do contrato se não fosse possível determinar

³⁵⁵ ARAÚJO, 2000, p. 147-149.

³⁵⁶ ARAÚJO, 2000, p. 150.

³⁵⁷ Id. Ibid., p. 150-152.

o local de execução do mesmo. Presente, o Brasil mais uma vez não firmou o tratado. As razões, segundo Nádía de Araújo, foram três:

[...] a primeira, em face da adoção do critério do domicílio para reger o estatuto pessoal enquanto o Brasil adotava o critério da nacionalidade; a segunda, por casa da adoção da lei do local da execução para reger as obrigações, enquanto éramos partidários do sistema do local da celebração; e a terceira, pela divergência em matéria de sucessões, tendo o tratado adotado o critério da pluralidade sucessória enquanto o Brasil filiava-se à corrente universalista³⁵⁸.

Por meio do conteúdo desses tratados se pode ter uma idéia do teor das discussões sobre contratos internacionais e autonomia da vontade, naquela época.

g) Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais – CIDIP V.

Conforme abordado no item 2.1.1, foram criadas, no âmbito da OEA, as Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado – as CIDIPs –, em que se firmaram convenções relacionadas ao Direito Internacional Privado. Na penúltima conferência, a CIDIP V, foi aprovado importante tratado sobre o direito aplicável aos contratos internacionais, ainda não ratificado pelo Brasil.

A convenção foi subscrita no México, em 17 de março de 1994, na V Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado, e já no art. 1º deixa claro seu âmbito de aplicação: a determinação do direito aplicável aos contratos internacionais. Também ficou determinado que a aplicabilidade da convenção é facultativa, podendo as partes adotá-la ou não conforme disposição contratual³⁵⁹. A autonomia da vontade foi regulada no art. 7º da convenção, determinando-se que a lei aplicável ao contrato é a escolhida pelas partes. A escolha deve ser expressa ou, caso não conste em contrato, a lei aplicável deve restar depreendida da conduta das partes e das cláusulas contratuais. A lei aplicável pode se referir ao contrato como um todo ou a parte dele, e a

³⁵⁸ Id. Ibid., p. 153-155.

³⁵⁹ Ar. 1º: “Esta Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales. Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte. Esta Convención se aplicará a contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato la excluyan expresamente. Sin embargo, cualquier Estado Parte podrá declarar en el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención que ella no se aplicará a todos o a alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte. Cualquier Estado Parte podrá, al momento de firmar, ratificar o adherir a la presente Convención, declarar a qué clase de contratos no se aplicará la misma”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais. México: CIDIP V, 1994. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

escolha de um determinado foro para equacionar eventuais lides não implica a escolha da lei aplicada ao contrato³⁶⁰. O art. 8º, por sua vez, acrescenta que as partes podem, no decorrer do contrato, submetê-lo a ordenamento jurídico diverso do que regia originalmente o contrato – o que não afetará a validade formal do contrato e nem o direito de terceiros³⁶¹. O art. 9º, por fim, prevê a situação em que a lei aplicável não foi estipulada do contrato, não pode ser depreendida ou é considerada inválida, determinando-se a aplicação do regime legal do Estado em relação ao qual o contrato tenha os vínculos mais estreitos. Para tanto, o tribunal levará em contas os elementos subjetivos e objetivos do contrato, bem como os princípios de direito comercial internacional aceitos pelos organismos internacionais³⁶². Apesar de prever o princípio da autonomia da vontade, a convenção o limita em seu art. 11, determinando a aplicação de normas imperativas do foro ou de outro Estado que tenha estreitos vínculos com o contrato³⁶³.

No que tange ao princípio da autonomia da vontade, nas negociações da CIDIP V, Araújo afirma que “não foi objeto de muitas críticas. Muito pelo contrário, a maioria das delegações manifestou-se por sua adoção, ressaltando que a mudança era imperativa na maioria das legislações que não a possuíam”. A referida autora ainda destaca a importância

³⁶⁰ Art. 7º: “El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais. México: CIDIP V, 1994. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

³⁶¹ Art. 8º: “En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais. México: CIDIP V, 1994. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

³⁶² Art. 9º: “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais. México: CIDIP V, 1994. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

³⁶³ Art. 11: “No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais. México: CIDIP V, 1994. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

da convenção, que reuniu “17 países latino-americanos e com os Estados Unidos e o Canadá, tornando-a, assim, representativa do pensamento de países cujo sistema jurídico é baseado no direito civil e no direito consuetudinário”. Por essa razão, “a convenção representa efetivamente o atual consenso existente na matéria no hemisfério americano”³⁶⁴.

Araújo observa também que, além de envolver o âmbito de sua própria aplicação, a convenção “inova ao estabelecer uma definição para o seu campo de aplicação espacial, o que modificará as legislações internas dos países americanos nesse sentido, quando entrar em vigor, possuindo um caráter uniformizador muito importante”³⁶⁵. Além disso, a autora destaca que o art. 1º da convenção define contrato internacional, complementando as legislações a que ainda falta tal definição, como é o caso da brasileira³⁶⁶. No que tange ao princípio da autonomia da vontade, adotado como regra da lei aplicável, Nádia de Araújo destaca que a convenção admitiu, inclusive, o *dépeçage*³⁶⁷ voluntário, a escolha de lei sem vínculo com o contrato, a possibilidade de sua modificação posterior e a admissão da escolha tácita, quando evidente³⁶⁸. Segundo a autora, na medida em que a convenção trata do universo jurídico e o conceitua, no art. 17, como direito vigente em um Estado, resta impossibilitada a aplicação exclusiva de princípios como os da UNIDROIT para reger os contratos – para tanto só são válidas leis estatais. O art. 10 possibilita a utilização de princípios, mas não exclusivamente³⁶⁹.

³⁶⁴ ARAÚJO, 2000, p. 179-180.

³⁶⁵ Id. Ibid., p. 180.

³⁶⁶ Quanto à definição de contrato internacional, no Brasil parte-se da análise da definição negativa trazida pelo Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1979: Art 2º “Não se aplicam as disposições do artigo anterior: I – aos contratos e títulos referentes à importação ou exportação de mercadorias; II – aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens de produção nacional, vendidos a crédito para o exterior; III – aos contratos de compra e venda de câmbio em geral; IV – aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional; V – aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações referidas no item anterior, ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país. Parágrafo único. Os contratos de locação de bens móveis que estipulem pagamento em moeda estrangeira ficam sujeitos, para sua validade, a registro prévio no Banco Central do Brasil”. BRASIL, Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969. Consolida e altera a legislação sobre moeda de pagamento de obrigações exequíveis no Brasil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 jan. 2006.

³⁶⁷ *Dépeçage* é palavra francesa que significa despedaçamento ou fracionamento. No caso, é o ato de se escolher leis diferentes para cada parte do contrato. Segundo Nádia Araújo, “é um mecanismo pelo qual um contrato ou uma instituição é dividida em diferentes partes, que serão, cada uma delas, submetidas a leis diferentes. Pode ocorrer em dois níveis. No primeiro, pelo próprio sistema de DIPr, pois a substância pode ser regida por uma lei, enquanto a capacidade das partes será regida por outra. No segundo, as partes têm a faculdade de determinar que o contrato será regido por mais de uma lei. ARAÚJO, 2000, p. 85.

³⁶⁸ ARAÚJO, 2000, p. 181.

³⁶⁹ Id. Ibid., p. 183.

Para Araújo, a adoção da regra do art. 9º traduz uma das grandes inovações da convenção, estabelecendo que, se não for possível identificar a lei aplicável pela vontade das partes, se adotará a que tiver vínculos mais estreitos com o contrato³⁷⁰.

Apesar de ainda não ratificada, essa convenção teve importantes repercussões no Brasil, principalmente no Projeto de Lei nº 4.905/1995³⁷¹. Segundo Araújo, o projeto – que foi retirado do Congresso Nacional pelo Poder Executivo³⁷² – adotava o princípio da autonomia da vontade e elege, como norma subsidiária, o da lei de vínculos mais estreitos com o contrato.

Cabe ressaltar que, uma vez ratificada esta convenção pelo Brasil, o art. 9º da LICC deverá ser alterado, haja vista que não admite, de forma direta, a autonomia da vontade como regra de determinação da lei aplicável – o que é propugnado pela Convenção do México. Tal mudança não impedirá, como já exposto, a aplicação das normas imperativas e regras de ordem pública.

2.1.4. Princípios Internacionais

a) Princípios sobre Contratos Comerciais Internacionais –UNIDROIT³⁷³.

O UNIDROIT foi criado em 1926, pela Liga das Nações, como órgão auxiliar. Com a dissolução da Liga, o UNIDROIT passou à categoria de instituto internacional para a unificação do direito privado, por meio de um acordo multilateral, em 1940³⁷⁴. É uma organização não-governamental independente, com sede em Roma, que busca meios para harmonizar e coordenar o direito privado de Estados ou dos grupos de Estados, além de

³⁷⁰ Id. Ibid., p. 185.

³⁷¹ Projeto de Lei nº 4.905/1995, que dispõe sobre a aplicação das normas jurídicas. Informação disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=1995&Numero=4905&sigla=PL>. Acesso em: 27 jan. 2006.

³⁷² ARAÚJO, 2000. p. 188.

³⁷³ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO (UNIDROIT). Princípios relativos aos contratos do comércio internacional. Roma: UNIDROIT, 2004. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

³⁷⁴ Esse acordo é o Estatuto da UNIDROIT, celebrado em 15 de março de 1940. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/presentation/statute.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

conduzir gradualmente as diversas nações à adoção de regras uniformes de direito privado³⁷⁵.

O UNIDROIT iniciou, na década de 1970, estudos para o desenvolvimento de um projeto sobre princípios para os contratos comerciais internacionais. O projeto foi finalizado em 1994, resultando em um documento de 120 artigos divididos em sete capítulos. Entre 19 e 21 de abril de 2004, foi adotada pelo conselho de direção do UNIDROIT uma nova edição do documento de 1994, ao qual foram acrescentados cinco novos capítulos, incluindo dispositivos sobre o comércio eletrônico, para atender as necessidades do comércio internacional³⁷⁶.

Esses princípios podem ser aplicados não só quando as partes os elegerem, mas quando se escolhe a lei aplicável ou se faz menção a princípios gerais do direito ou *lex mercatoria*. Também podem ser utilizados como modelo para a regulamentação dos diversos Estados, dentre outras indicações (Preâmbulo). No art. 1º, item 1, o documento trata da liberdade de contratação, cabendo às partes a disposição sobre contratar e sobre o conteúdo desse contrato³⁷⁷. Já o item 2 do art. 1º garante a liberdade de forma, não obrigando as partes a adotarem uma forma particular de contrato³⁷⁸. No art. 1º, item 3, aborda-se o caráter vinculante dos contratos, que só pode ser modificado por vontade das partes ou outra hipótese prevista nos princípios³⁷⁹. Finalmente, o item 4 do art. 1º trata das normas imperativas, dispondo que as mesmas, quando resultem aplicáveis por força do direito internacional privado, não serão restringidas por estes princípios, quer sejam de origem nacional, internacional ou supranacional³⁸⁰.

A adoção dos princípios não implica sua aplicação obrigatória, o que vai depender de como a autonomia da vontade é encarada no ordenamento estatal do país onde será

³⁷⁵ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO (UNIDROIT). Apresentação. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/french/presentation/main.htm>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

³⁷⁶ Informações retiradas do site do UNIDROIT, disponível em: <<http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm>>. Acesso em 25 jan 2006.

³⁷⁷ Art. 1.1. “(*Libertad de contratación*) Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido”.

³⁷⁸ Art. 1.2. “(*Libertad de forma*) Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos”.

³⁷⁹ Art. 1.3. “(*Carácter vinculante de los contratos*) Todo contrato validamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios”.

³⁸⁰ Art. 1.4. “(*Normas de carácter imperativo*) Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado”.

julgada a demanda do contrato. No Brasil, por exemplo, tais princípios serão utilizados para a solução de conflitos advindos do contrato se a lei aplicável ao mesmo – ou seja, a lei do local de constituição do contrato – permitir a autonomia da vontade.

No entanto, Araújo observa que, com o advento da Lei nº 9.307/1996³⁸¹ (Lei de Arbitragem) e por força do seu art. 2º³⁸², “permitindo expressamente a desnacionalização da lei aplicável, inclusive para os contratos internos, poderiam os *Princípios* popularizar-se entre nós, e constituir uma alternativa válida [...]”.

2.2 Limitações à autonomia da vontade nos contratos internacionais

Como se depreende do art. 5º, II, da CF, e do art. 421 e seguintes do CC, a liberdade de contratar, como manifestação da autonomia da vontade e apesar de ser uma garantia, não é absoluta, devendo respeitar os limites legais. Desta forma, a autonomia da vontade também não é ilimitada. O art. 421 do CC é muito claro ao expressar que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social.

Venosa destaca que a autonomia da vontade “nunca foi ilimitada, pois sempre esbarrou nos princípios da ordem pública”³⁸³.

Gomes, por sua vez, afirma que a liberdade de contratar subordina-se a duas limitações: a ordem pública e os bons costumes. Ressalta, no entanto, que é difícil conceituar rigorosamente tais limitações, podendo afirmar-se, no máximo, que elas inspiram-se em razão de utilidade social. Destarte, ao se observar a função social do contrato, observam-se a ordem pública e os bons costumes³⁸⁴.

Waldírio Bulgarelli acrescenta que, além dos limites impostos pela ordem jurídica à autonomia da vontade (bons costumes e ordem pública), restam as limitações antepostas “tanto pelo Poder Público, como por um dos contratantes” – o chamado “*dirigismo contratual*”. São exemplos, entre outros, os contratos de adesão. Há também os casos em

³⁸¹ BRASIL, Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 jan. 2006. Referida no decorrer desta tese como Lei de Arbitragem.

³⁸² Art. 2º da Lei de Arbitragem: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”.

³⁸³ VENOSA, 2005, p. 405 et seq.

³⁸⁴ GOMES, 1984, p. 27.

que o próprio Estado impõe a obrigação de contratar – como nos serviços públicos – e os casos em que essa obrigação deriva dos monopólios de fato e de direito, além dos limites impostos à autonomia de escolher o conteúdo do contrato, como ocorre com a vedação legal de certas cláusulas, entre outros³⁸⁵.

Quando se trata de DIPr, a autonomia da vontade também é limitada, chegando-se a questionar mesmo se ela existe de fato, conforme o item anterior.

A principal limitação legal ao princípio da autonomia da vontade, na regulamentação brasileira do DIPr – o que inclui convencionar um contrato internacional –, se encontra no art. 17 da LICC: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

Um exemplo: suponha-se que determinado contrato internacional foi constituído sob a égide de uma lei que permite a escolha de qualquer ordenamento para regê-lo. Esse mesmo contrato foi ajuizado no Brasil. Assim sendo, por força do art. 9º da LICC, se aplicará ao contrato a lei do país em que foi constituído, isto é, a lei que permite a autonomia da vontade da escolha da lei aplicável. As partes, ao convencionarem o contrato internacional, decidiram-se pela lei de um terceiro ordenamento jurídico – a qual, neste exemplo, infringiria disposição de ordem pública brasileira. Assim sendo, por força do art. 17 da LICC, mesmo que a lei do país onde o contrato foi constituído permita a autonomia da vontade e possibilite a aplicação de lei estrangeira, esta não poderá ser aplicada pelo juiz brasileiro, pelo menos no que se refere à parte que atenta contra a ordem pública nacional. Este seria, de forma resumida, um dos efeitos da limitação à autonomia da vontade.

Mesmo sendo admitida a autonomia da vontade no que tange a escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, não se pode afirmar que essa autonomia da vontade. Como já visto acima, a arbitragem também deve estar adstrita à ordem pública e os bons costumes.

Araújo destaca a “unanimidade quanto à limitação à vontade das partes em utilizar sua autonomia *contra legem*”. O que se questiona é sobre se a medida de aplicação das

³⁸⁵ BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p 63.

normas materiais do foro pode sofrer influência do caráter internacional do contrato, bem como sua submissão ao direito estrangeiro³⁸⁶.

Vázquez de Castro explica que, para existir liberdade contratual³⁸⁷, é preciso, antes de tudo, que se reconheça o direito pré-existente da propriedade e o direito à liberdade individual como de ordem pública. Com base nestas duas premissas, o autor acrescenta três pressupostos para a garantia da liberdade contratual: a capacidade, o consentimento e a igualdade dos contratantes.

Para este autor, a liberdade contratual expressa num contrato só pode ser considerada se as partes contratantes possuíram capacidade legal para firmá-lo. O consentimento precisa ser sincero, sem vícios ou defeitos. Tanto a capacidade quanto o consentimento não limitam a autonomia da vontade, mas garantem que seja efetiva e funcional. A esses dois pressupostos somar-se-ia o da igualdade entre as partes, ou a garantia de que ambos os contratantes se obrigarão, por força do contrato, na mesma intensidade³⁸⁸.

Após discorrer sobre tais pressupostos da liberdade contratual, Vázquez de Castro explica que as leis garantidoras de sua efetividade são normas imperativas e que se tornam limitações à autonomia da vontade:

Em definitivo, esse são os limites legais que sujeitam o exercício contratual da autonomia da vontade de um contratante em respeito a outra parte. Estes limites se traduzem em normas imperativas que asseguram a livre formação da vontade das partes (normas sobre capacidade e vícios da vontade) e normas que procuram um equilíbrio tanto nas prestações como na posição das partes para evitar os pactos lesivos ou leoninos (normas sobre a causa)³⁸⁹.

Strenger também condiciona a autonomia da vontade às leis imperativas e à ordem pública:

O caráter expansivo do princípio da autonomia da vontade, em que pese sua alta receptividade geral, por parte dos contratualistas do comércio

³⁸⁶ ARAÚJO, 2000, p. 30-31. BRASIL. Decreto n° 1.979, de 9 de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, concluída em Montevideu, Uruguai, em 8 de maio de 1979. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 24 jan. 2006.

³⁸⁷ Traduzida como autonomia da vontade específica para os contratos, conforme já explanado.

³⁸⁸ VÁZQUEZ DE CASTRO, 2002, p. 75-78.

³⁸⁹ Id. Ibid., p. 78-79 (En definitivo, estos son los límites legales clásicos que sujetan el ejercicio contractual de la autonomía de la voluntad de un contratante respecto de la otra parte. Estos límites se traducen en normas imperativas que aseguran la libre formación de la voluntad de las partes (normas sobre capacidad y vicios de la voluntad) y normas que procuran un equilibrio tanto en las prestaciones como en la posición de las partes para evitar los pactos lesivos o leoninos (normas sobre la causa)).

internacional, não é, contudo, ilimitado. Trata-se de possibilidade que sofre resistências, no momento, insuplantáveis, do *jus cogens*. [...] Entre os elementos limitadores da vontade, colocam-se as leis imperativas internas do território no qual o contrato deve ser executado, e as regras de ordem pública³⁹⁰.

Assim, é preciso diferenciar ordem pública e norma imperativa, bem como normas imperativas e supletivas.

2.2.1 Ordem pública e normas imperativas

Como observado, apesar de não ser considerada a autonomia da vontade na LICC, no que tange a lei de arbitragem, este princípio é respeitado, apesar de restrita pela soberania nacional, ordem pública e bons costumes. Há, contudo, outras limitantes, dentre elas a das leis imperativas – e é importante diferenciá-las do conceito de ordem pública.

Para De Plácido e Silva, por ordem pública

entende-se a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípua atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto. Não se confunde com a ordem jurídica, embora seja uma consequência desta e tenha sua existência formal justamente dela derivada³⁹¹.

Lei imperativa, por sua vez,

é a *coativa*. É a norma obrigatória, a cujo mando ninguém se pode furtar. As normas imperativas representam o *jus cogens*. E se dizem *normas preceptivas*, opondo-se às permissivas e facultativas. Na *norma imperativa*, há sempre uma ordem ou um preceito, de forma rígida³⁹².

Para comparação, os conceitos de norma dispositiva e facultativa, segundo De Plácido e Silva:

NORMA DISPOSITIVA. É a que simplesmente enuncia ou fixa regra jurídica, sem coagir a vontade das pessoas, mas simplesmente cooperando com elas.

NORMA PERMISSIVA OU FACULTATIVA. É que atribui à pessoa a faculdade de fazer ou não fazer, ou de proceder deste ou daquele modo, ficando, pois, a forma ou a prática do ato a seu encargo³⁹³.

³⁹⁰ STRENGER, 1998. p. 117-118.

³⁹¹ DE PLÁCIDO E SILVA. 2003, p. 652.

³⁹² Id. Ibid., p. 558.

³⁹³ Id. Ibid., p. 558.

Desse modo, quando se fala em obrigatoriedade de aplicação, diz-se de normas de ordem pública e de normas imperativas. Somente estas podem limitar a vontade das partes, sendo aplicadas pelo tribunal que aprecia causa relacionada a determinado contrato, mesmo que a lei aplicável não o determine. As normas facultativas ou dispositivas, por sua vez, não implicam tal obrigatoriedade, podendo ser ou não aplicadas ao caso, conforme vontade das partes.

Castro também assinala as diferenças entre disposições imperativas, facultativas e supletivas, como conceituações importantes para a autonomia da vontade:

Imperativas, continentes de critérios que necessariamente serão utilizados na apreciação jurídica do ato, [...]. Facultativas as que, até certo momento, permitem aos particulares escolher entre dois, ou mais critérios de apreciação de seus atos, [...]. Supletivas, as que impõem determinado critério para o caso de ser deficiente, nula, ou inexistente, a manifestação de vontade das partes, permitida pela disposição facultativa [...]³⁹⁴.

Vázquez de Castro destaca a importância das leis imperativas no âmbito contratual, no sentido de “assegurar a liberdade e a sinceridade da vontade dos contratantes”. Para ele, tais leis são “conformes à tese da autonomia da vontade, já que estão destinadas a proteger os mesmos pressupostos da vontade”³⁹⁵. Em seguida, o autor aborda a autonomia da vontade no direito espanhol, afirmando que o princípio ainda vige no ordenamento jurídico daquele país, embora a concepção individualista originária de liberdade contratual se tenha alterado consideravelmente. “Agora se quer ver, além da função privada, um valor público e social”³⁹⁶.

José Antonio Ballesteros Garrido, também espanhol, analisa os limites da liberdade contratual, conforme o art. 1.255 do Código Civil da Espanha. São três: a lei, a moral e a ordem pública. A primeira é a lei imperativa, que se refere à configuração de cada contrato ou relação obrigatória, bem como à exigência do sistema. Moral é aquilo que é imposto “pela concepção religiosa dominante, sobretudo a relativa à matéria sexual”. E ordem

³⁹⁴ CASTRO, 1999. p. 434-435.

³⁹⁵ “[...] De hecho, el papel que juegan las leyes imperativas en la materia contractual es el de asegurar la libertad y la sinceridad de la voluntad de los contratantes. [...]. Estas leyes son conformes con la tesis de la autonomía de la voluntad, ya que están destinadas a proteger los mismos presupuestos de la voluntad”. VÁZQUEZ DE CASTRO, 2002, p. 44.

³⁹⁶ “[...] y ahora se quiere ver además de la función privada un valor público o social”. VÁZQUEZ DE CASTRO, 2002, p. 53.

pública, por sua vez, traduziria as questões relativas à paz-cidadã e ao respeito para com as instituições do Estado³⁹⁷.

No mesmo sentido se expressa a chilena Maria Victoria Bambach Salvatore, afirmando serem também três os grandes limites à autonomia da vontade, segundo o ordenamento jurídico de seu país: a lei, a ordem pública e a moral ou bons costumes. Para ela, “estes limites atuam regulando às vezes a configuração interna do contrato e outras vezes limitando a liberdade de conclusão”³⁹⁸. A mesma autora ressalta, ainda, a dificuldade de se conceituar a ordem pública e os bons costumes, haja vista serem ambos condicionados a circunstâncias históricas ou geográficas, cabendo ao juiz aplicá-los concretamente.

Ao abordar este aspecto com base na lei brasileira, Strenger alinha dois princípios – o da ordem pública e o da fraude à lei – “como obstáculos ao prevalecimento das estipulações convencionais livres, tendo como causa normas supletivas ou imperativas”. As partes fraudam a lei quando decidem pela aplicação de um direito diverso daquele que deveria regular o contrato, via de regra para aproveitarem-se de uma lei mais favorável e escapar da norma imperativa que deve ser aplicada. Nos termos do autor:

Analiticamente considerada, a fraude à lei na esfera internacional consiste na conversão pelas partes das características de um tipo legal, contrariando sua teleologia, de modo a tornar atos jurídicos em negócios jurídicos, aplicando um direito civil que difere do direito coativo, que seria o aplicável com anterioridade legítima³⁹⁹.

Partindo de tal princípio, Strenger esclarece que o país fraudado não pode tolerar que sua lei imperativa seja desobedecida por meio de uma manobra para a aplicação de lei estrangeira⁴⁰⁰, referindo a posição de dois internacionalistas – Niboyet e Caleb – que tratam da diferenciação entre fraude à lei e ordem pública. Niboyet identifica um parentesco entre a teoria da fraude à lei e a ordem pública, tendo em vista que a primeira intervém como uma sanção das leis imperativas, no intuito de preservar a autoridade internacional das leis nacionais. Caleb, por sua vez, afirma que a teoria da fraude à lei integra a teoria geral das leis imperativas, enquanto ordem pública tem caráter excepcional, “tomando parte no jogo normal das regras de solução dos conflitos de leis”. Contudo, o

³⁹⁷ “[...] la moral sería la impuesta por la concepción religiosa dominante, sobre todo en lo relativo a materia sexual”. BALLESTEROS GARRIDO, 1999, p. 27-28.

³⁹⁸ BAMBACH SALVATORE, Maria Victoria. Las clausulas abusivas. In: BARROS BOURIE, Enrique (coord.). *Contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1991. p. 49. ([...] Estos límites actúan regulando a veces la configuración interna del contrato y otras veces limitando la libertad de conclusión).

³⁹⁹ STRENGER, 2000, p. 167.

⁴⁰⁰ Id. *Ibid.*, p. 170.

autor afirma ser possível conciliar os dois conceitos, já que a ação para escapar das leis imperativas constitui uma perturbação social e deve ser reprimida, por respeito à ordem pública⁴⁰¹.

Alguns autores, além disso, defendem a existência de duas esferas de ordem pública – a nacional e a internacional⁴⁰², sendo ordem pública nacional a que deve ser honrada por todos os “indivíduos residentes ou domiciliados no Estado, que sejam nacionais em outro Estado, e aos estrangeiros domiciliados no Estado onde subsiste a lei de ordem pública”. Outra corrente doutrinária, ao contrário, afirma existir apenas uma ordem pública⁴⁰³ e que ela jamais pode ceder ao direito estrangeiro⁴⁰⁴.

Strenger, ao destacar a complexidade na identificação e conhecimento do exato conteúdo da “ordem pública interna e internacional, de cada Estado, concernente ao contrato”, ressalta a necessidade de se estabelecer, “com precisão, a hoje reconhecida distinção entre ordem pública internacional e ordem pública interna”. Adere, assim, à corrente que defende a existência de duas ordens públicas⁴⁰⁵.

Sobre a complexidade da ordem pública, afirma:

A ordem pública não é determinável por meio de elencos, e nem é possível adotar métodos analógicos e critérios aproximativos. A verdade é que cada Estado estabelece sua ordem pública, e os tratados internacionais porventura existentes não têm força, a não ser em virtude da adesão dos Estados⁴⁰⁶.

Assim, a ordem pública internacional à qual um Estado adere tem efeito completo, “mais quando se trata de impedir um direito de nascer do que quando se trata de reconhecer efeito a direito adquirido no estrangeiro”. Na opinião de Strenger, “a ordem internacional prevalece em função de declaração expressa de Direito Interno, ou seja, é preciso reconhecer a validade da ordem pública internacional para que esta seja eficaz”. A ordem pública interna, por sua vez, deve interferir quando se trata do direito escolhido pelas partes⁴⁰⁷.

⁴⁰¹ STRENGER, 2000, p. 171.

⁴⁰² Dentre eles, pode-se citar Clóvis Bevilacqua, Pontes de Miranda, Amílcar de Castro e Vicente Ráo. Id. Ibid., p. 173.

⁴⁰³ Dentre os que defendem a unidade da ordem pública está Gama e Silva. Id. Ibid., p. 173.

⁴⁰⁴ Id. Ibid., p. 173.

⁴⁰⁵ STRENGER, 1998, p. 119.

⁴⁰⁶ Id. Ibid., p. 119.

⁴⁰⁷ Id. Ibid., p. 119-120.

Além da ordem pública, este autor ressalta a importância das leis imperativas, que existem ao lado daquela e limitam a autonomia da vontade:

Ao lado das chamadas regras de ordem pública, existem as denominadas leis imperativas, que atual à medida que um dos elementos da relação jurídica contratual se localiza dentro do território, não obstante a submissão do contrato a uma lei estrangeira, por acordo de vontades. É o que normalmente ocorre com as cláusulas ligadas a disposições do Direito do Trabalho⁴⁰⁸.

Strenger conceitua ordem pública como sendo “o conjunto de normas e princípios que, em um momento histórico determinado, refletem o esquema de valores essenciais, cuja tutela atende de maneira especial cada ordenamento jurídico concreto”. Com base nesta conceituação, é possível destacar alguns elementos caracterizadores dos conceitos da própria ordem pública e de normas imperativas. Ao falar-se em ordem pública, diz-se de um conjunto de normas e princípios em que as primeiras dizem respeito às normas imperativas em si. Nas palavras do próprio Strenger:

Quando a ordem pública se plasma em *normas*, estamos perante a dimensão positiva do mecanismo, cuja operatividade se traduz na aplicação direta aos pressupostos internacionais daqueles preceitos da *lex fori* que incorporam em sua a definição desses valores essenciais. Estamos ante as chamadas normas de ordem pública de aplicação imediata ou necessária, ou normas imperativas⁴⁰⁹.

Já quando o autor fala de princípios, enfoca algo distinto, que envolve tanto a regulamentação determinada por uma instituição jurídica quanto as bases axiológicas de um dado sistema. Portanto,

no caso dos *princípios*, a operatividade da ordem pública é distinta. Com efeito, nele se encarna o esquema de valores que impregna, de um lado, a regulamentação dada a determinada instituição jurídica, e, de outro, o conjunto de bases axiológicas que aparecem resguardadas em um dado sistema. [...] ⁴¹⁰.

Em terceiro lugar, ao se tratar de ordem pública, fala-se acerca de valores importantes para uma sociedade. Strenger situa estes valores numa tripla dimensão:

- a) a que se refere ao caráter absolutamente essencial que reveste a manifestação axiológica de tais princípios ou normas, para que possa atuar esse mecanismo de defesa da *lex fori*;
- b) a que atende à vertente de sua operatividade, reduzindo-se esta aos pressupostos nos quais se produza choque frontal entre os valores definidos pela *lex fori* e a lei estrangeira;

⁴⁰⁸ STRENGER, 1998, p. 120.

⁴⁰⁹ Id. Ibid., p. 125.

⁴¹⁰ Id. Ibid., p. 125.

c) a que aponta a concreção de seus efeitos nos aspectos efetivamente afetados por tal oposição.⁴¹¹

Por fim, Strenger situa o conteúdo dessa ordem pública como resultante de um determinado momento histórico, que influencia valores importantes de um ordenamento jurídico. Daí a dificuldade para se identificar os preceitos de ordem pública, ressaltando-se a importância da interpretação do juiz que julgará o caso. Portanto,

com independência dos dados temporais que manifeste o pressuposto fático considerado, os valores que podem excepcionar o jogo normal do Sistema de Direito Internacional Privado do foro são aqueles que têm plena vigência no momento em que o intérprete jurídico atende à regulamentação ou valoração do pressuposto internacional em análise⁴¹².

Assim, tanto os princípios como as normas imperativas são considerados elementos de ordem pública, exprimindo os valores importantes de um ordenamento jurídico em um determinado momento histórico, que são aplicados por meio da interpretação dos juízes do foro.

De outra parte, muito se discutiu, nos organismos competentes, sobre a instituição de uma ordem pública internacional aceita e reconhecida por todos os países do mundo. Um exemplo é a Convenção de Viena sobre Tratados que, em seu art. 53, refere-se à norma imperativa internacional, também chamada de *jus cogens*, nos seguintes termos:

Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*Jus Cogens*)

É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por nova norma de direito internacional geral da mesma natureza⁴¹³.

Embora o dispositivo conceitue norma imperativa internacional, sua aplicabilidade e o consenso acerca do que é considerado “norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional” e que só poderá “ser modificada por nova norma de direito internacional geral da mesma natureza”, revelam-se bastante complexos. Esta complexidade reside não apenas na relatividade em torno do que pode ser considerado valor imperativo protegido pela ordem pública, mas no fato de que sua efetivação depende tanto de sua inclusão na

⁴¹¹ STRENGER, 1998, p. 125.

⁴¹² Id. Ibid., p. 126.

⁴¹³ O Brasil não ratificou a convenção. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969. In: SEINTENFUS, Ricardo (org.). Legislação Internacional. Barueri-SP: Manole, 2004. p. 823-879.

ordem pública interna quanto de sua aplicabilidade pelo juiz do foro. Neste sentido, afirma Strenger:

Naturalmente a concreção do sentido e alcance dessa *ordem pública internacional* corresponde a cada sistema jurídico, já que são os juízes estatais os que determinam a medida em que aceitam sua existência e quais são os princípios que integram seu conteúdo. Por conseguinte, é necessário manter uma visão restrita da operatividade e grau de desenvolvimento dessa acepção internacional da ordem pública⁴¹⁴.

Portanto, de acordo com Strenger, não obstante o art. 17 da LICC referir apenas ordem pública, bons costumes e soberania e não considerar expressamente as leis imperativas como limitantes, estas são formadas pela ordem pública – na medida em que impedem, também, a fraude à lei – e devem ser respeitadas da mesma forma que as normas de ordem pública.

Corroborando tal posição, Prado assevera que

no âmbito interno, o Estado interfere principalmente mediante: a) normas cogentes, que regulam o conteúdo do contrato e são informadas pela ordem pública; b) controle na formação e execução dos contratos; c) controle na remessa de remuneração para o exterior⁴¹⁵;

Vale destacar que o Brasil é signatário da CIDIP II (analisada no item 2.1.1), que estabelece, nos arts. 5º e 6º⁴¹⁶, limitações à aplicabilidade de lei estrangeira se a mesma ferir a ordem pública ou burlar princípios fundamentais da lei. Assim, as leis imperativas devem ser consideradas limitantes da autonomia da vontade das partes em contratos internacionais.

Da mesma forma, mesmo sendo a autonomia da vontade aceita pela Lei de Arbitragem, esta também a limita pela ordem pública.

Portanto, mesmo que se escolha lei estrangeira para regulamentar algum litígio, mesmo que seja por meio de arbitragem, esta deverá respeitar a ordem pública e as normas imperativas.

⁴¹⁴ STRENGER, 1998. p. 130.

⁴¹⁵ PRADO, Maurício Curvelo de Almeida. *Contrato internacional de transferência de tecnologia: patente e know how*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 64.

⁴¹⁶ Art. 5º do Decreto nº 1.979, de 9 de agosto de 1996: “A lei declarada aplicável por uma convenção de Direito Internacional Privado poderá não ser aplicada no território do Estado-Parte que a considerar manifestamente contrária aos princípios da sua ordem pública.”

Art. 6º do Decreto nº 1.979, de 9 de agosto de 1996: “Não se aplica como direito estrangeiro o direito de um Estado-Parte quando artificialmente se tenham burlado os princípios fundamentais da lei do outro Estado-Parte. Ficará a juízo das autoridades competentes do Estado receptor determinar a intenção fraudulenta das partes interessadas”.

2.3 Autonomia da vontade nos contratos internacionais de *software*

Analisada a autonomia da vontade e sua aplicabilidade na legislação pátria, se abordará a questão da autonomia da vontade nos contratos internacionais de *software*, haja vista que, além das disposições do direito internacional privado brasileiro sobre o tema, a legislação e as convenções internacionais sobre direito autoral também tratam da lei aplicável à obra. Também se relacionarão alguns dispositivos legais de nosso ordenamento jurídico que podem ser considerados normas imperativas e atuar como limitantes da autonomia da vontade, não obstante a lei aplicável ao contrato.

Destaque-se a posição de Manso, que acentua o caráter autônomo dos direitos intelectuais, dentre eles o direito autoral:

Os princípios informadores dos contratos, que são fundamentais para sua existência, validade e eficácia, que se situam no âmago do Direito Privado comum, não são, porém, integralmente aplicáveis aos contratos que versam sobre direitos autorais. [...]

Assim é que, quanto à autonomia da vontade, com relação aos contratos sobre direitos autorais, ela é respeitada até onde não possa criar embaraços para a própria circulação da obra intelectual, porquanto essa obra é muito mais um bem da cultura nacional e universal, do que individual ou particular⁴¹⁷.

Com base nesta premissa, o autor cita alguns casos em que a autonomia da vontade é desconsiderada em virtude de norma que impõe algo às partes, dentre eles o das licenças legais ou obrigatórias (previstas na CUB), o do direito de seqüência⁴¹⁸ etc.⁴¹⁹

Embora o objetivo da presente dissertação não seja esgotar a análise acerca da autonomia – até porque o foco precípua deste trabalho é o direito moral do autor como limitante –, mister é que se tenha uma noção de seus principais fundamentos para uma melhor compreensão da problemática proposta.

2.3.1 Lei aplicável aos contratos internacionais de *software*

Como visto no Capítulo 1, o *software* rege-se pelo regime jurídico dos direitos autorais e aplicam-se a ele, no que tange à proteção e questões contratuais, os dispositivos referentes a tais direitos, desde que não contrários à sua natureza. Portanto, importa ter em

⁴¹⁷ MANSO, 1989, p. 11-12.

⁴¹⁸ Segundo Manso, seria o direito à mais-valia no direito autoral, que é irrenunciável e inalienável.

⁴¹⁹ MANSO, 1989, p. 12.

vista o que realmente é objeto de proteção pelo direito autoral, principalmente ao tratar-se de obras com elementos estrangeiros – em específico, contratos internacionais de *software*.

Portanto, além das ponderações genéricas sobre a autonomia da vontade e sua limitação, necessário se faz analisar os dispositivos particulares relacionados ao direito de autor.

Lipszyc relaciona as possibilidades de regras de conexão sobre a lei aplicável a direitos autorais, afirmando que, a princípio, o que é protegido pelas normas internas são as obras nacionais. Excepcionalmente, alguma legislação, utilizando-se do princípio de assimilação, equipara a obra estrangeira à nacional, como fazem, por exemplo, Bélgica e França⁴²⁰. Daí que outra atribuição das leis internas seja determinar que obras são consideradas nacionais e quais são estrangeiras. Sob tal viés, os pontos de vinculação podem ser classificados como pessoais ou reais.

As leis *pessoais* são as que adotam um ou mais pontos de vinculação também pessoais: a) que o autor (ou um dos co-autores) seja nacional; b) que seja domiciliado ou resida no país de forma habitual ou transitória. O critério se baseia, enfim, numa característica pessoal do autor⁴²¹.

As leis *reais* são as que se referem às obras e, tratando-se “de obras publicadas, independentemente da nacionalidade, do domicílio ou residência do autor, também se adotam um ou mais pontos de vinculação reais”⁴²². Dentre esses pontos, pode-se determinar: a) que a obra literária tenha sido publicada pela primeira vez no país; b) que as obras cinematográficas (ou as obtidas por procedimento análogo) e as fotografias tenham sido realizadas no território nacional; c) que as obras de arte estejam permanentemente vinculadas a um bem imóvel situado no território; e d) que as obras de arquitetura se encontrem edificadas no território⁴²³.

Existem ainda as leis internas que se utilizam de um sistema *misto*, onde as leis adotam critérios de proteção alternativos: pessoais ou reais⁴²⁴.

⁴²⁰ LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris: UNESCO; Bogotá: CERLALC; Buenos Aires: Zavalia, 2005. p. 592.

⁴²¹ LIPSZYC, 2005, p. 593.

⁴²² Id. *Ibid.*, p. 593. ([...] tratándose de obras publicadas, independentemente de la nacionalidad o del domicilio o residencia del autor, se adoptan uno o más puntos de vinculación reales).

⁴²³ Id. *Ibid.*, p. 593-594.

⁴²⁴ Id. *Ibid.*, p. 594.

Assim sendo, se a obra ou o autor possui algum ponto de vinculação adotado pelo país, ela é considerada nacional; em caso contrário, é considerada obra estrangeira, sendo protegida por convenções, tratados ou acordos.

Lipszyc ainda cita a condição da reciprocidade, muito utilizada até por sua origem histórica. Segunda a autora,

a reciprocidade se sustenta em razões de índole prática. Consiste em devolver bem por bem e mal por mal com a dupla finalidade de compensar a desigualdade do trato nos países estrangeiros e de fomentar que estes elevem o nível de proteção dos direitos dos autores, em particular, de obras estrangeiras⁴²⁵.

Sobre a lei aplicável, o art. 2º da LDA determina, no que tange a autores estrangeiros domiciliados no exterior, a observância dos acordos, tratados e convenções internacionais – que serão analisados em seguida. A LDA também adota, no §1º do mesmo artigo, como pontos de vinculação, a nacionalidade do autor e a condição da reciprocidade:

Art. 2º Os estrangeiros domiciliados no exterior gozarão da proteção assegurada nos acordos, convenções e tratados em vigor no Brasil.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade na proteção aos direitos autorais ou equivalentes.

Assim, a princípio, as normas autorais brasileiras são aplicadas aos nacionais, o que também vale para pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou a pessoas domiciliadas no Brasil a mesma reciprocidade.

Contudo, por força do *caput* do art. 2º da LDA, é preciso considerar-se ainda os tratados internacionais, pelo que se passa a analisar as disposições das principais convenções internacionais sobre o tema ratificadas pelo Brasil.

O problema da estraneidade em contratos relacionados a direitos autorais, bem como o da lei aplicável, envolve não apenas o direito internacional privado, mas regulamentação à parte.

Neste sentido, o posicionamento de Ascensão:

II – Qual a lei aplicável a um litígio sobre matéria de *direito de autor* ou *direitos conexos* que contenha elementos de estraneidade?

⁴²⁵ LIPSZYC, 2005, p. 596. (La reciprocidad se sustenta en razones de índole práctica. Consiste en devolver bien por bien y mal por mal con la doble finalidad de compensar la desigualdad de trato en los países extranjeros y de fomentar que estos eleven los niveles de protección de los derechos de los autores, en particular, de obras extranjeras).

Este seria um problema de Direito Internacional Privado. Mas aqui o direito afasta-se dos esquemas normais na sua solução.

Não surge com caráter primário uma regra de conflitos a repartir, seguindo o mesmo critério objetivo, o que pertence à lei nacional e o que pertence às leis estrangeiras. Tudo se limita à demarcação do âmbito de competência da lei nacional, que é a lei exclusivamente competente, sendo irrelevante que leis estrangeiras a si mesmas se considerem também competentes⁴²⁶.

O autor acrescenta que a este sistema se dá o nome de princípio da exclusividade, onde cada ordem jurídica tem competência exclusiva para proteger uma obra. Também é chamado de princípio da territorialidade (apesar das controvérsias sobre a conveniência terminológica), pelo qual cabe à lei do país onde é exigida a proteção da obra a regulamentação sobre a

constituição do direito de autor ou direito conexo, incluindo a questão do círculo das obras e prestações protegidas e dos outros pressupostos da tutela, a titularidade originária e a transmissibilidade dos direitos, conteúdo e âmbito da tutela, bem como a duração da proteção e as outras causas de extinção do direito⁴²⁷.

De acordo com Ascensão, a proteção aos direitos autorais só seria possível – com base na LDA de 1973⁴²⁸ – aos brasileiros e estrangeiros domiciliados no Brasil. Estrangeiros não-domiciliados no país gozariam de proteção apenas na hipótese de tratado ou convenção com o Estado brasileiro a que se vinculassem⁴²⁹.

Outro ponto a destacar é o referente à cessão de direitos autorais, cuja validade é territorialmente limitada pelo art. 49, IV, da LDA. Por tal dispositivo legal, a cessão de direitos autorais só se revela eficaz no âmbito do país em que se firmou o contrato e se o contrário não for estipulado.

Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: [...]

⁴²⁶ ASCENSÃO, 1997, p. 636.

⁴²⁷ ASCENSÃO, 1997, p. 636.

⁴²⁸ Cujas regulamentação foi mantida pela LDA de 1998. Eis o disposto sobre proteção legal:

Art. 1º, Lei nº 5.988/1973 “Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e direitos que lhe são conexos. § 1º Os estrangeiros domiciliados no exterior gozarão da proteção dos acordos, convenções e tratados ratificados pelo Brasil. § 2º Os apátridas equiparam-se, para os efeitos desta Lei, aos nacionais do país em que tenham domicílio”.

Art. 2º, da Lei nº 9.610/1998: “Os estrangeiros domiciliados no exterior gozarão da proteção assegurada nos acordos, convenções e tratados em vigor no Brasil. Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade na proteção aos direitos autorais ou equivalentes”.

⁴²⁹ ASCENSÃO, 1997, p. 637.

IV – a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário.

No que tange a estrangeiros não-residentes no território nacional, cabe analisar as convenções internacionais sobre direito autoral ratificadas pelo Brasil.

a) CUB/OMPI⁴³⁰.

O art. 3 define o âmbito da proteção da CUB nos seguintes termos:

1) São protegidos por força da presente Convenção:

a) os autores nacionais de um dos países unionistas, quanto às suas obras, publicadas⁴³¹ ou não;

b) os autores não nacionais de um dos países unionistas, quanto às obras que publicarem pela primeira vez num desses países ou simultaneamente⁴³² em um país estranho à União e num país da União.

2) Os autores não nacionais de um dos países da União mas que têm sua residência habitual num deles são, para a aplicação da presente Convenção, assimilados aos autores nacionais do referido país.

Assim, com base na classificação anteriormente citada sobre os pontos de vinculação, observa-se que a CUB adota o sistema misto, incluindo tanto a vinculação pessoal da nacionalidade e da residência habitual quanto a vinculação real da primeira publicação. Assim, combinando com este dispositivo da CUB o disposto no art. 2º, *caput*, da LDA, conclui-se que os estrangeiros oriundos de país unionista⁴³³ terão suas obras (quer publicadas, quer não) protegidas pela CUB, exatamente como os autores que, não originários de país unionista, publicarem sua obra pela primeira vez em um país signatário desta convenção. Os autores estrangeiros que residem habitualmente em um país unionista, por sua vez, são equiparados aos nacionais – em outras palavras, por força da CUB, aplica-se também o sistema da assimilação.

⁴³⁰ BRASIL, Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em <<http://www.Senado.gov.br>>. Acesso em 16 jan. 2006.

⁴³¹ Segundo o art. 3º da CUB, entende-se por obra publicada: “3. [...] as obras editadas com o consentimento de seus autores, seja qual for o modo de fabricação dos exemplares, contanto que sejam postos à disposição do público em quantidade suficiente para satisfazer-lhe as necessidades, levando em conta a natureza da obra. Não constituem publicação a representação de obras dramáticas, dramático-musicais ou cinematográficas, a execução de obras musicais, a recitação pública de obras literárias, a transmissão ou a radiodifusão de obras literárias ou artísticas, a exposição de obras de arte e a construção de obras de arquitetura”.

⁴³² Obras publicadas simultaneamente são assim definidas pelo art. 3º da CUB: “4) Considera-se publicada simultaneamente em vários países toda e qualquer obra publicada em dois ou mais países dentro de trinta dias a contar da sua primeira publicação”.

⁴³³ É o termo utilizado pela CUB para designar um país signatário da presente convenção. Segundo o art. 1º da CUB: “Os países a que se aplica a presente convenção constituem-se em União para a proteção dos direitos dos autores sobre as suas obras literárias e artísticas”.

Portanto, definidas quais obras são protegidas pela CUB, cabe determinar a lei aplicável a elas, o que é feito pelo art. 5:

- 1) Os autores gozam, no que concerne às obras quanto às quais são protegidos por força da presente Convenção, nos países da União, exceto o de origem da obra, dos direitos que as respectivas leis concedem atualmente ou venham a conceder no futuro aos nacionais, assim como dos direitos especialmente concedidos pela presente Convenção.
- 2) O gozo e o exercício desses direitos não estão subordinados a qualquer formalidade; esse gozo e esse exercício independem da existência da proteção no país de origem das obras. Por conseguinte, afora as estipulações da presente Convenção, a extensão da proteção e os meios processuais garantidos ao autor para salvaguardar os seus direitos regulam-se exclusivamente pela legislação do País onde a proteção é reclamada.
- 3) A proteção no país de origem é regulada pela legislação nacional. Entretanto, quando o autor não pertence ao país de origem da obra quanto à qual é protegido pela presente Convenção, ele terá nesse país, os mesmos direitos que os autores nacionais.

Assim, por força do art. 5.1, os autores estrangeiros não gozarão somente da proteção da CUB, mas da proteção oferecida aos nacionais nos países unionistas – o que é válido no caso brasileiro não só pela ratificação da CUB, mas pelo determinado no art. 2º da LDA.

O art. 5.2 da CUB, por sua vez, assegura o exercício e o gozo dos direitos garantidos pela convenção ainda que os mesmos não sejam objeto de proteção no país de origem da obra⁴³⁴. Quanto à extensão da proteção e aos meios processuais cabíveis para requerê-la, será aplicada exclusivamente a legislação do país onde for requerida. Em virtude de tal determinação, essa proteção deve ser concedida independentemente da reciprocidade no que tange às condições expostas no art. 3º⁴³⁵.¹ O art. 2º, parágrafo único

⁴³⁴ O próprio art. 5º da CUB define o que se entende por país de origem, nos seguintes termos: “4) Considera-se país de origem: a) quanto às obras publicadas pela primeira vez num dos países da União, este último país; entretanto, se se tratar de obras publicadas simultaneamente em vários países da União que concedam prazos de proteção diferentes, aquele dentre eles cuja lei conceda prazo de proteção menos extenso; b) quanto às obras publicadas simultaneamente num país estrangeiro à União e num país da União, este último país; c) quanto às obras não publicadas ou quanto às obras publicadas pela primeira vez num país estrangeiro à União, sem publicação simultânea num país da União, aquele a que pertence o autor; entretanto: i) se se tratar de obras cinematográficas cujo produtor tenha sua sede ou sua residência habitual num país da União, o país de origem será este último; e ii) se se tratar de obras de arquitetura edificadas num país da União ou de obras de artes gráficas e plásticas incorporadas num imóvel situado em um país da União, o país de origem será este último país”.

⁴³⁵ Neste sentido se posiciona José de Oliveira Ascensão: “Mas já não será possível elevar a princípio geral a reciprocidade material, à luz da Convenção de Berna, porque o princípio da assimilação ou do tratamento nacional é incompatível com a reciprocidade material. Isso resulta: [...] 2) Do art. 5/2, que estabelece que o gozo e o exercício de direito são independentes da proteção no país de origem da obra”. ASCENSÃO, 1997, p. 649-650. Assim, apesar da CUB prever o critério da reciprocidade em alguns de seus artigos, o mesmo não pode ser considerado uma regra ou um princípio geral, mas exceção.

da LDA por sua vez, dispõe que deve haver a reciprocidade para a proteção de nacionais ou domiciliados de outros países por meio da LDA: “Aplica-se o disposto nesta Lei aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade na proteção aos direitos autorais ou equivalentes”. Combinando-se ambos os artigos, conclui-se que a proteção é concedida independentemente de reciprocidade quando o país é unionista, mas que pode ocorrer exceção à regra de proteção se o país é não-unionista, por ausência de reciprocidade. Numa hipótese: se um programador norte-americano cujo *software* está sendo comercializado no Brasil ingressar com uma ação em território brasileiro reivindicando a paternidade desse mesmo *software* (o que é um dos direitos morais do autor de *software*), terá grande probabilidade de obtê-la judicialmente, com base na lei nacional combinada com a CUB. Ressalte-se que a lei norte-americana não prevê a proteção dos direitos morais do autor em legislação federal (não havendo, portanto, reciprocidade) e que os EUA são signatários da CUB, fazendo reserva ao art. 6 *bis*⁴³⁶.

O art. 5.3. da CUB assevera que a obra terá proteção garantida pela legislação de seu país de origem – observando-se o que a CUB considera como país de origem de uma obra em seu art. 5.4 –, mesmo que seu autor não seja nacional deste país.

O art. 6 da CUB também regula a questão da proteção garantida a autores estrangeiros, afirmando o princípio da reciprocidade:

1) Quando um país estrangeiro à União não proteger de maneira suficiente as obras dos autores pertencentes a qualquer dos países da União, este último país poderá restringir a proteção das obras cujos autores pertencem, à data da primeira publicação dessas obras, ao outro país, e não têm residência habitual em qualquer país unionista. Se o país da primeira publicação exercer esta faculdade, os outros países da União não serão obrigados a conceder às obras submetidas a este regime especial uma proteção mais ampla do que aquela que lhes é concedida no país da primeira publicação.

2) Nenhuma restrição, determinada por força do parágrafo precedente, deverá prejudicar os direitos que o autor tenha adquirido sobre qualquer obra sua publicada em país unionista antes de entrar em vigor essa restrição.

⁴³⁶ Ascensão refere que a relação entre a lei brasileira e a lei do país de origem da obra é bastante conturbada. Primeiramente, ele afirma que “quem não é tutelado por direito de autor no país de origem da obra não pode aspirar a essa tutela nos outros países da União de Berna, fundado no princípio do tratamento nacional”. Contudo, por força do princípio da competência exclusiva da lei de onde se está requerendo a proteção (art. 5.2 da CUB), “o princípio da competência exclusiva da lei brasileira passa a ser determinante. Desta resultará todo o regime de proteção. É também aqui que entra a ressalva da reciprocidade material, sempre que esta obra não for excluída por convenção internacional”. ASCENSÃO, 1997, p. 655.

3) Os países unionistas que, em virtude do presente artigo, restringirem a proteção dos direitos dos autores, notificá-lo-ão ao Diretor-Geral da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (abaixo designado «Diretor-Geral»), mediante declaração escrita em que se indiquem os países em relação aos quais a proteção se restringe, bem como as restrições a que os direitos dos autores pertencentes a esses países ficam sujeitos. O Diretor-Geral comunicará imediatamente o fato a todos os países da União.

O próprio art. 6 faz exceção aos casos em que a obra publicada pela primeira vez em um país unionista é de autor pertencente a país não-unionista e que não concede a autores unionistas a proteção suficiente de suas obras. Nessa hipótese, a CUB, baseada na condição da reciprocidade, faculta ao país unionista que publicou pela primeira vez a obra do autor de país não-unionista, o direito de não conceder a tal obra a proteção concedida em caso de reciprocidade. Do mesmo modo, os demais países também não se obrigam a conceder proteção mais ampla que a concedida pelo país unionista da primeira publicação. Contudo, protegem-se os direitos adquiridos e essa faculdade deve ser noticiada ao diretor-geral da OMPI.

Ascensão analisa os princípios oriundos da CUB: a) tratamento nacional; b) garantia dos mínimos convencionais; c) determinação do país de origem da obra; e d) princípio da conformidade da legislação interna⁴³⁷.

Paesani afirma que, na CUB, “vigora também o princípio do *tratamento nacional* (art. III.1.2), pelo qual são impostos limites, pois embora os programas possam obter proteção, esta só se dará no seio do país onde for buscada”⁴³⁸. No que respeita à aplicabilidade da CUB ao *software*, a autora ressalva:

Dada a época de sua redação, a Convenção de Berna não faz qualquer referência ao *software*. A conclusão é que, por si só, a convenção não protege os programas, mas fornece o quadro da proteção pelo direito local. A falta de soluções concretas motivou a criação de grupos de estudos para desvendar novas formas aplicáveis à matéria⁴³⁹.

Cabe mencionar que, no Brasil, a CUB é aplicável aos *softwares*. Primeiramente, a Lei n° 9.609/1998, em seu art. 2°, *caput*, determina que “o regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei”. A LDA, por sua vez, dispõe, em seu art. 2°, que “os estrangeiros domiciliados no exterior

⁴³⁷ Sobre o assunto, veja-se o item 3.1.3.2, e ASCENSÃO, 1997, p. 639 et seq.

⁴³⁸ PAESANI, 2001, p. 57.

⁴³⁹ Id. Ibid., p. 57.

gozarão da proteção assegurada nos acordos, convenções e tratados em vigor no Brasil”. Portanto, na medida em que se aplicam ao *software* as mesmas disposições do direito autoral – respeitando o disposto na Lei n° 9.609/1998, que não faz qualquer ressalva a tratados internacionais, e tendo em vista que a LDA determina a aplicação dos tratados para estrangeiros –, a CUB pode regular as relações internacionais referentes a *software*. Essa posição é corroborada pelo fato de o Brasil ser signatário do ADPIC/OMC, o qual determina, em seu art. 10.1, que serão aplicadas ao *software* as disposições da CUB, com exceção do constante no art. 6 *bis*, sobre direito moral⁴⁴⁰.

b) Convenção Universal sobre Direito de Autor⁴⁴¹.

Administrada pela UNESCO e promulgada pelo Brasil em 1975, a Convenção Universal sobre Direito de Autor é, segundo Ascensão, “sensivelmente menos exigente que a Convenção de Berna”⁴⁴², abarcando esses direitos em âmbito universal.

Lipszyc destaca o Convênio de Berna e Convenção Universal sobre Direito de Autor como as mais importantes no que se refere a tratados multilaterais envolvendo direito autoral, e afirma que “na atualidade são relativamente poucos os países que não tenham aderido a alguma das duas – ou ambas – as convenções mencionadas [...]”⁴⁴³.

Ascensão destaca quatro fatores essenciais na criação da Convenção Universal sobre Direitos de Autor:

- 1) a pretensão de representar uma convenção verdadeiramente universal, por oposição a uma Convenção de Berna ainda então demasiadamente européia;
- 2) a intenção de superar os obstáculos derivados da existência de sistemas tecnicamente diferentes, sobretudo os europeus e os americanos, mediante o estabelecimento de uma base mínima de proteção, facilmente aceitável por todos;
- 3) a consagração duma fórmula para os Estados Unidos se colocarem no centro do movimento protecionista do direito de autor sem aceitarem as exigências da Convenção de Berna;

⁴⁴⁰ No que tange à aplicabilidade do direito moral ao programador estrangeiro, tendo em vista a ressalva da OMC, vale relembrar que, pelo princípio do tratamento nacional da CUB (que não foi ressaltado pelo ADPIC), aplica-se aos estrangeiros cujo país é signatário da CUB, ou aos estrangeiros que têm como país de origem o Brasil ou país signatário da CUB, a mesma proteção conferida pela legislação interna brasileira. Mais detalhes sobre o assunto no Capítulo 3.

⁴⁴¹ BRASIL, Decreto n° 76.905, de 24 de dezembro de 1975. Promulga a Convenção Universal sobre Direito de Autor, revisão de Paris, 1971. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 16 jan. 2006.

⁴⁴² ASCENSÃO, 1997, p. 641.

⁴⁴³ LIPSZYC, 2005, p. 591 (En la actualidad son relativamente pocos los países que no han adherido a alguna de las dos – o a ambas – convenciones mencionadas).

4) o aproveitamento da UNESCO como entidade administradora, dada a posição existente entre a UNESCO e a atual OMPI, que ao tempo não era ainda agência especializadas das Nações Unidas⁴⁴⁴.

O art. II da convenção assegura a extensão da proteção, nos seguintes termos:

1. As obras publicadas dos nacionais de qualquer dos estados contratantes, assim como as obras publicadas pela primeira vez no território do referido estado, gozam, em qualquer dos outros estados contratantes, da proteção que este último estado concede às obras de seus nacionais, publicadas pela primeira vez no seu próprio território, assim como da proteção especialmente concedida pela presente convenção.
2. As obras não publicadas dos nacionais de qualquer dos estados contratantes gozam, em qualquer dos outros estados contratantes, da proteção que este último estado concede às obras não publicadas de seus nacionais assim como da proteção especialmente concedida pela presente convenção.
3. Com o fim de aplicar a presente convenção, qualquer dos estados contratantes pode, por meio de disposições de sua legislação interna, assimilar a seus nacionais qualquer pessoa domiciliada em seu território.

Assim, no âmbito desta convenção, restam protegidas as obras dos autores nacionais dos Estados contratantes e dos não-nacionais que tenham publicado pela primeira vez sua obra em um Estado contratante, da mesma forma que este protege seus nacionais. No caso de obras não publicadas de autores de Estados contratantes, estas serão protegidas da mesma forma que os nacionais cujas obras não foram publicadas no Estado contratante em questão. No que tange ao sistema de assimilação, a Convenção Universal sobre Direito de Autor faculta aplicar a legislação nacional no caso de autores estrangeiros domiciliados no território nacional. Portanto, a proteção concedida pela convenção é, ressalvadas pequenas diferenças, similar à da CUB, valendo para aquela as mesmas observações pertinentes a esta. A faculdade prevista no inciso 3, do art. II, é concedida, pela presente convenção, ao Estado contratante e é válida no território brasileiro, embora condicionada à reciprocidade (art. 2º, parágrafo único, da LDA).

Segundo Ascensão, tal norma se baseia no princípio da equiparação. “As obras abrangidas, nos termos do art. II, beneficiam da tutela atribuída por cada Estado aos seus nacionais”⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ ASCENSÃO, 1997, p. 641.

⁴⁴⁵ ASCENSÃO, 1997, p. 641.

Paesani lembra que, pelos dispositivos desta convenção, a proteção autoral só é dada às obras que obedecerem às formalidades de “registro, depósito e publicação”⁴⁴⁶, ao contrário do que ocorre com a Convenção de Berna.

c) Acordo ADPIC – OMC⁴⁴⁷.

Pelo ADPIC/OMC⁴⁴⁸, a proteção dos direitos autorais é remetida às disposições da CUB, excetuando-se a aplicação do art. 6 *bis* da CUB, que trata dos direitos morais do autor⁴⁴⁹. Eis o teor do art. 9.1 do ADPIC:

1. Os Membros cumprirão o disposto nos Artigos 1 a 21 e no Apêndice da Convenção de Berna (1971). Não obstante, os Membros não terão direitos nem obrigações, neste Acordo, com relação aos direitos conferidos pelo Artigo 6 *bis* da citada Convenção, ou com relação aos direitos dela derivados.

Com relação especificamente a programas de computador, o ADPIC determina, em seu art. 10.1, que sejam regulamentados da mesma forma que as obras literárias e segundo a CUB: “1. Programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna (1971)”.

Alberto Bercovitz estabelece uma crítica a este artigo, afirmando que o mesmo respeita tão-somente à proteção do direito de autor, desprezando o fato de que “os programas de computador devem ser protegidos ainda que estejam incorporados a instrumentos eletrônicos”, além de não disciplinar “todas as questões que preocuparam e seguem preocupando nesta matéria”, tal como a engenharia reversa⁴⁵⁰.

Outro ponto a ser destacado refere-se aos princípios básicos do ADPIC, que determinam a forma como cada país deve acatar a referida convenção. Segundo Pimentel, esses princípios podem constar expressamente ou decorrer da interpretação das cláusulas e incluiriam

⁴⁴⁶ PAESANI, 2001, p. 58.

⁴⁴⁷ BRASIL, Decreto nº 1.355, de dezembro de 1994. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2004. Referida no decorrer desta dissertação como ADPIC.

⁴⁴⁸ Convém salientar, nas palavras de Pimentel, a contextualização política do surgimento do ADPIC: “Devemos recordar que o ADPIC é o resultado da mudança de âmbito na produção das normas internacionais sobre a harmonização desse ordenamento jurídico, e que o enfrentamento Norte-Sul, que marcou o debate sobre as reformas da Convenção de Paris, versão Estocolmo de 1967, até chegar ao fracasso, se trasladou depois para o Acordo Geral sobre Tarifas Alfandegárias e Comércio (GATT)”. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. O acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). *Propriedade intelectual & internet*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 296.

⁴⁴⁹ Este assunto será tratado com maior profundidade no Capítulo 3 desta dissertação.

⁴⁵⁰ BERCOVITZ, Alberto. Consideración específica de las normas sobre el derecho de autor en el acuerdo sobre los ADPIC. In: PRADA, Juan Luis Iglesias (org.). *Los derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio*. Tomo I, Madrid: CEFI, 1997, p. 139.

[...] proteção mínima, de tratamento nacional, nação mais favorecida, de *não limitação* do comércio e da transferência de tecnologia, tratamento favorável aos países subdesenvolvidos, não abuso de direito, da compatibilidade das normas com outros tratados, da cooperação, de transparência, da tutela jurídica, da publicidade das normas, do interesse público e do esgotamento⁴⁵¹.

São estes os princípios mais importantes no que tange à lei aplicável ao *software*. O princípio da proteção mínima⁴⁵² determina que, ao aderir à convenção, o país-membro deve incorporar em seu ordenamento jurídico interno a proteção mínima garantida no ADPIC, incluindo a do programa de computador, pelas determinações da CUB.

Segundo o tratamento determinado pela legislação nacional⁴⁵³, o Brasil deverá conceder aos nacionais dos países-membros o mesmo tratamento outorgado a seus próprios nacionais com relação à propriedade intelectual⁴⁵⁴. Assim, as normas internas referentes à regulamentação do *software* deverão proteger também os signatários do ADPIC.

O princípio da nação mais favorecida⁴⁵⁵, por sua vez, garante que as vantagens ou benefícios dispensados aos nacionais de qualquer outro país devem ser igualmente concedidos aos nacionais dos países-membros da OMC.

⁴⁵¹ PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito industrial: as funções do direito de patentes*. Porto Alegre: 1999. p. 193.

⁴⁵² Princípio garantido pelo art. 1º do ADPIC – Natureza e Abrangência das Obrigações. 1. “Os Membros colocarão em vigor o disposto neste Acordo. Os Membros poderão, mas não estarão obrigados a prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida neste Acordo, desde que tal proteção não contrarie as disposições deste Acordo. Os Membros determinarão livremente a forma apropriada de implementar as disposições deste Acordo no âmbito de seus respectivos sistema e prática jurídicos”.

⁴⁵³ Disposto no art. 3º do ADPIC: Tratamento Nacional. “1. Cada Membro concederá aos nacionais dos demais Membros tratamento não menos favorável que o outorgado a seus próprios nacionais com relação à proteção da propriedade intelectual, salvo as exceções já previstas, respectivamente, na Convenção de Paris (1967), na Convenção de Berna (1971), na Convenção de Roma e no Tratado sobre Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados. No que concerne a artistas-intérpretes, produtores de fonogramas e organizações de radiodifusão, essa obrigação se aplica apenas aos direitos previstos neste Acordo. Todo Membro que faça uso das possibilidades previstas no Artigo 6 da Convenção de Berna e no parágrafo 1 (b) do Artigo 16 da Convenção de Roma fará uma notificação, de acordo com aquelas disposições, ao Conselho para TRIPS. 2. Os Membros poderão fazer uso das exceções permitidas no parágrafo 1 em relação a procedimentos judiciais e administrativos, inclusive a designação de um endereço de serviço ou a nomeação de um agente em sua área de jurisdição, somente quando tais exceções sejam necessárias para assegurar o cumprimento de leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições deste Acordo e quando tais práticas não sejam aplicadas de maneira que poderiam constituir restrição disfarçada ao comércio”.

⁴⁵⁴ PIMENTEL, 1999, p. 194.

⁴⁵⁵ Previsto no art. 4º do ADPIC: Tratamento de Nação Mais Favorecida. “Com relação à proteção da propriedade intelectual, toda vantagem, favorecimento, privilégio ou imunidade que um Membro conceda aos nacionais de qualquer outro país será outorgada imediata e incondicionalmente aos nacionais de todos os demais Membros. Está isenta desta obrigação toda vantagem, favorecimento, privilégio ou imunidade concedida por um Membro que: a) resulte de acordos internacionais sobre assistência judicial ou sobre aplicação em geral da lei e não limitados em particular à proteção da propriedade intelectual; b) tenha sido outorgada em conformidade com as disposições da Convenção de Berna (1971) ou da Convenção de Roma que autorizam a concessão tratamento em função do tratamento concedido em outro país e não do tratamento nacional; c) seja relativa aos direitos de artistas-intérpretes, produtores de fonogramas e organizações de

Outro princípio importante é o da compatibilidade com outros tratados. Ele decorre não apenas do fato do ADPIC ter incorporado a Convenção de Paris (CUP) e a Convenção de Berna (CUB), administradas pela OMPI, mas também porque se trata de um acordo geral, que não pode derrogar determinações de tratados sobre pontos concretos. Assim se expressa Pimentel:

O que resulta lógico pela aplicação do Direito dos Tratados, o ADPIC como acordo geral não pode derrogar acordos sobre pontos concretos, também porque para haver derrogação pela lei posterior é necessário que ocorram determinados requisitos de identidade de partes e objeto, que não se produzem entre o ADPIC e as convenções anteriores⁴⁵⁶.

Portanto, depreende-se que o Brasil, como signatário do ADPIC, deverá conceder ao *software* a mesma proteção legal dispensada aos direitos autorais, respeitando os padrões mínimos instituídos pela CUB incorporada pelo ADPIC, e oferecendo aos nacionais dos países-membros do ADPIC o tratamento e o benefício da nação mais favorecida.

d) Convenção Interamericana sobre os Direitos do Autor em Obras Literárias, Científicas e Artísticas⁴⁵⁷.

Esta convenção foi a segunda tentativa de unificação das legislações sobre direito de autor no continente americano – a primeira ocorreu em 1889, em Montevideu, não sendo firmada pelo Brasil, embora o país tenha participado do encontro. Segundo Ascensão,

o grande momento para as convenções interamericanas pareceu surgir com o fim da guerra. Os Estados Unidos da América querendo consolidar por tratado as vantagens que lhe advieram da posição de grande exportador de obras intelectuais em que se viram constituídos promoveram a aprovação de uma Convenção Interamericana que substituísse as anteriores e unificasse as técnicas diferentes em vigor no continente americano. Queriam assim também fazer um bloco perante a Convenção de Berna, que lhes não parecia utilizável⁴⁵⁸.

radiodifusão não previstos neste Acordo; d) resultem de Acordos internacionais relativos à proteção da propriedade intelectual que tenham entrado em vigor antes da entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, desde que esses acordos sejam notificados ao Conselho para TRIPS e não constituam discriminação arbitrária ou injustificável contra os nacionais dos demais Membros”.

⁴⁵⁶ PIMENTEL, 1999, p. 197.

⁴⁵⁷ BRASIL, Decreto nº 26.675, de 18 de maio de 1949. Promulga a Convenção Interamericana sobre os Direitos de Autor em Obras Literárias, Científicas e Artísticas, firmada em Washington, a 22 de junho de 1946. Disponível em: <http://www.dannemann.com.br/site.cfm?app=show&dsp=d_26675_49&pos=6.52&lng=pt>. Acesso em: 30 jan. 2006.

⁴⁵⁸ ASCENSÃO, 1997, p. 643.

Assim, segundo Ascensão, a convenção interamericana se baseia no princípio da reciprocidade formal, onde é assegurada à obra do nacional de um país contratante ou à de um estrangeiro nele domiciliado, a mesma proteção dispensada aos próprios nacionais. É o princípio da proteção pessoal⁴⁵⁹.

Portanto, é possível deduzir, no que tange à proteção do direito autoral e à lei aplicável, depois do exposto, que:

a) A legislação brasileira de direito de autor, bem como as disposições da CUB e da Convenção Universal sobre Direito de Autor, serão aplicáveis a todos os autores brasileiros, aos dos países signatários das convenções acima analisadas e aos estrangeiros residentes habitualmente no Brasil, além de estrangeiros que tenham publicado a obra pela primeira vez no Brasil (art. 2º, parágrafo único, da LDA; art. 3º da CUB; arts. 5.1 e 5.3 da CUB; art. II, 1, 2 e 3 da Convenção Universal sobre Direito de Autor);

b) A extensão da proteção e os meios processuais garantidos ao autor para salvaguardar os seus direitos regulam-se exclusivamente pela legislação brasileira, se esta proteção for reclamada no Brasil (art. 5.2, da CUB);

c) A proteção de direitos de autor é garantida independentemente da reciprocidade para os países signatários das convenções, com exceção dos casos em que a obra publicada pela primeira vez em um país unionista é de autor pertencente a país não-unionista que não concede aos autores de países unionistas a proteção suficiente de suas obras (art. 5.2 da CUB; art. 6.1, 6.2 e 6.3 da CUB; art. 2º, parágrafo único, da LDA; art. II, 3, da Convenção Universal sobre Direito de Autor).

Destas deduções, somadas às que envolvem a questão da autonomia da vontade no direito internacional privado brasileiro, é possível afirmar, no que tange a contratos internacionais de *software*:

I – Que, por força do art. 2º da Lei 9.609/98 e do art. 10.1 do ADPIC, aplicar-se-ão aos contratos internacionais de *software* as mesmas disposições relacionadas aos contratos de direitos autorais;

II – Que a lei brasileira será aplicável aos contratos internacionais de *software* quando este tiver:

a) autor brasileiro, domiciliado ou não no Brasil;

⁴⁵⁹ ASCENSÃO, 1997, p. 644.

- b) autor estrangeiro domiciliado no Brasil;
- c) autor estrangeiro nacional de um dos países signatários de qualquer das convenções ratificadas pelo Brasil e analisadas acima;
- d) autor estrangeiro não-nacional de qualquer país signatário, mas que tenha publicado⁴⁶⁰ pela primeira vez o *software* no Brasil;
- e) autor estrangeiro que tenha publicado o *software* pela primeira vez em um dos países signatários da Convenção de Berna;
- f) autor estrangeiro não-nacional de qualquer país signatário, mas cujo país mantenha condição de reciprocidade⁴⁶¹ com o Brasil.

III – Que é possível eleger outra lei para reger as obrigações provenientes deste contrato, se o mesmo for submetido à arbitragem no Brasil⁴⁶²;

IV – Que, mesmo sendo possível a aplicação de outra lei ao contrato, se o foro competente é no Brasil, as cláusulas que contrariarem a ordem pública, as normas imperativas, a soberania ou os bons costumes serão regidas pela lei brasileira e abarcadas nos limites de proteção legal pelo direito de autor.

Assim, as convenções alargaram o âmbito de proteção da lei brasileira, abarcando nesta os estrangeiros com os requisitos acima mencionados. Enquanto no Brasil se vislumbra uma proteção baseada na nacionalidade e no domicílio, por meio das convenções – e principalmente da CUB – esse critério também passa a ter o respaldo do tratamento nacional e da assimilação.

⁴⁶⁰ A base, aqui, é a conceituação legal de publicação, conforme art. 5º, I, da LDA: “Para os efeitos desta Lei, considera-se: I – publicação – o oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento do público, com o consentimento do autor, ou de qualquer outro titular de direito de autor, por qualquer forma ou processo; [...]”. Destaca-se, ainda, que na falta da publicação, considera-se a data da criação, conforme disposto no art. 2º, §2º, da Lei n.º 9.609/1998: “[...]Fica assegurada a tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo prazo de cinqüenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subseqüente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação”.

⁴⁶¹ No que tange à reciprocidade, Ascensão diferencia a formal (que é o fato do país estrangeiro ter lei que proteja o direito de autor) da material (onde a lei existente no país estrangeiro proteja o brasileiro com os mesmos direitos que ele teria aqui). Nas palavras do autor: “Mas a reciprocidade deve ser entendida como *reciprocidade material*. Não basta que o país de origem da obra também conheça legislação sobre o direito de autor. É necessário que contemple o instituto que se reclama – o direito de seqüência, por exemplo”. ASCENSÃO, 1997, p. 648.

⁴⁶² No que tange à aplicabilidade das normas de conflito do DIPr brasileiro, cabe citar a posição de Ascensão: “A determinação da lei estrangeira competente só poderá assim surgir a título incidental. Não vemos razão para que nesse âmbito se não apliquem as regras de conflitos gerais da lei nacional, não havendo regras próprias do direito autoral”. ASCENSÃO, 1997, p. 648.

Passa-se, a seguir, à análise do direito moral do autor – e, mais especificamente, do direito moral do criador do *software* –, que se reveste de fundamental importância pelas divergências que incita não só na doutrina, mas nas legislações de diversos países e nos tratados internacionais.

3 DIREITO MORAL DO AUTOR COMO LIMITANTE DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE *SOFTWARE*

No presente capítulo tratar-se-á, numa primeira parte, do direito moral do autor em geral, para em seguida analisar sua aplicabilidade como um direito do criador do *software*.

3.1 Direito moral do autor

Nesta primeira parte, tratar-se-á da origem histórica no direito moral do autor, seu conceito como um direito da personalidade, sua regulamentação nacional e internacional, bem como as faculdades garantidas por esse direito.

3.1.1 Origem histórica

Para identificar a origem histórica do direito moral do autor deve-se, primeiramente, buscar-se a origem do direito autoral.

Bittar argumenta que até existiria um vestígio de direito moral entre os antigos romanos, haja vista o instituto da *actio injuriarum*, que permitia a defesa de interesses da personalidade. Entretanto, “esse direito situava-se, ainda, em plano abstrato, sem estruturação própria”⁴⁶³.

Conforme ensina Ascensão, o direito autoral “surge com a invenção da imprensa, mas com o fito de outorgar tutela à empresa”. Dava-se esse “privilégio” ou “monopólio” ao impressor⁴⁶⁴, embora o alvo da proteção não fosse a criação, e sim os investimentos que a envolviam.

Javier Plaza Penades afirma que desde então a proteção dos interesses pessoais já era invocada pelos autores – o que remeteria ao reconhecimento de uma proteção dos direitos pessoais do autor. Exemplificando, o autor relata o caso de Martinho Lutero, que reclamou ao Conselho de Nuremberg por suas obras serem publicadas de forma diversa da que ele concebera. Como resultado, o Conselho ordenou aos impressores que estampassem nos livros o nome de Lutero e o local da impressão. A partir daí, Plaza Penades conclui que “junto ao privilégio de impressão se reconhecia uma proteção dos interesses pessoais, se

⁴⁶³ BITTAR, 2004, p. 12.

⁴⁶⁴ ASCENSÃO, 1997, p. 4.

bem mais difusa ou menos homogênea (germe do que hoje se conhece como direito moral)”,⁴⁶⁵.

A proteção do autor em forma de legislação, todavia, surgiu na Grã-Bretanha, em 1710, com o Estatuto da Rainha Ana (*Copyright Act*), que concedeu ao autor os direitos da indústria⁴⁶⁶.

Plaza Penades observa, no entanto, que os movimentos codificadores liberais não foram suficientes para incluir o interesse dos autores na construção jurídica relativa à propriedade intelectual. Nas palavras de Penades: “É dizer, assim como se regulou, com certo detalhe, os direitos sobre a exploração econômica da obra, nada se legislou sobre os interesses morais”,⁴⁶⁷.

Mais tarde, em 1783, a matéria foi inserida na Constituição dos Estados Unidos da América (EUA). Em 1790 foi editada a primeira lei federal referente ao assunto, a *Federal Copyright Act*, de 31 de maio de 1790.⁴⁶⁸ Na França, as decisões que garantiam ao autor remuneração por seu trabalho passaram a ser prolatadas a partir de 1777. Em 13 de julho de 1793 e em 19 de julho do mesmo ano surgem as primeiras leis “reconhecendo os direitos exclusivos de permitir a execução de obras dramáticas e de propriedade dos escritos, de composições e músicas, de pinturas e de desenhos”,⁴⁶⁹.

Plaza Penades acrescenta que, embora não regulados, os interesses pessoais do autor restaram subentendidos nas legislações de viés patrimonialista. Um exemplo são as leis francesas de 1791 e 1793:

Isto nós podemos observar nos textos dos redatores das Leis francesas de 1791 e 1793, onde se afirma que o fundamento da propriedade que o autor tem sobre sua obra se baseia no vínculo que de modo permanente une aquele com esta. Por isso, a propriedade intelectual é ‘a mais pessoal

⁴⁶⁵ PLAZA PENADES, Javier. *El derecho de autor y su proteccion en el articulo 20,1,b) de la constitucion*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p 87. ([...] junto al privilegio de impresión se reconocía una protección de los intereses personales, si bien más difusa o menos homogênea (gérmen de lo que hoy se conoce como derecho moral)).

⁴⁶⁶ No que tange a este ponto, Ascensão questiona: “Hoje, teremos de perguntar se no final a indústria se não apoderou da tutela do autor”. ASCENSÃO, 1997, p. 4.

⁴⁶⁷ PLAZA PENADES, 1997, p 89. (Es decir, así como se reguló, con cierto detalle, los derechos sobre la explotación económica de la obra, nada se legisló sobre los intereses morales [...]).

⁴⁶⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal copyright act*, de 31 de maio de 1790. Disponível em: <<http://www.copyright.gov/history/1790act.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2006. Informações disponíveis em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Copyright_Act_of_1790>. Acesso em: 28 fev. 2006.

⁴⁶⁹ BITTAR, 2004, p. 13.

de todas as propriedades’, sendo esse vínculo entre autor e obra o título de atribuição do direito de propriedade⁴⁷⁰.

Frédéric Pollaud-Dulian afirma que não havia, à época das leis revolucionárias de 1791 e 1793, qualquer consagração legal ou jurisprudencial sobre os direitos da personalidade:

Não havia, de resto, à época, qualquer consagração legal ou jurisprudencial de uma forma qualquer de direitos da personalidade. O controle artístico ou intelectual da obra por seu autor já implicava, provavelmente, a idéia de exclusividade muito forte adjunto à propriedade, cujo direito moral vai se emancipar progressivamente⁴⁷¹.

De acordo com Plaza Penades, não obstante o caráter pessoal traçado pelas legislações sobre propriedade intelectual, foi tão-somente no século XIX que surgiram as primeiras elaborações doutrinárias e jurisprudenciais sobre direito moral do autor. Essas iniciativas pioneiras tiveram continuidade na doutrina alemã, na segunda metade do século XIX, com as teorias personalistas de Otto Von Gierke⁴⁷², “caracterizadas por conceber a criação intelectual como uma manifestação exclusiva da pessoa de seu autor”. Tal teoria encontrou forte oposição na teoria dos bens imateriais, de Kohler^{473, 474}.

Bittar reafirma o papel fundamental desempenhado pela doutrina alemã quanto ao tema e acrescenta ter ficado a cargo da jurisprudência sedimentar essa concepção – o que aconteceu principalmente na França⁴⁷⁵. Plaza Penades atribui o fato à grande importância da França, e principalmente de Paris, na produção e atividade cultural da época, referindo algumas decisões que sedimentaram a noção de direito moral do autor:

Já na sentença de 17 de agosto de 1814, o Tribunal civil do Sena afirma que a cessão de um direito de exploração não outorga nenhum direito a

⁴⁷⁰ PLAZA PENADES, 1997, p. 89-90. (Esto lo podemos observar em los textos de los redactores de las Leyes francesas de 1791 y 1793, en donde se afirma que el fundamento de la propiedad que el autor tiene sobre su obra estriba en el vínculo que de modo permanente une a aquel con ésta. Por eso, la propiedad intelectual es “la más *personal* de todas las propiedades”, siendo ese vínculo entre autor y obra el título de atribución del derecho de propiedad).

⁴⁷¹ POLLAUD-DULIAN, Frédéric. *Lê droit d’auteur*. Paris: Economica, 2005. p. 372. (Il n’y avait, du reste, à l’époque, aucune consécration légale ou jurisprudentielle d’une forme quelconque de droits de la personnalité. Le contrôle artistique ou intellectuel de l’oeuvre par son auteur est probablement déjà impliqué dans l’idée d’exclusivité très forte attachée à la propriété, dont le droit moral va s’émanciper progressivement).

⁴⁷² Conforme Pontes de Miranda, O. Von Gierke, doutrinador alemão, merece ser lembrado na história do direito de autor da personalidade (direito moral do autor), por importante obra: *Deutsches Privatecht*, I, 748, s. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo : RT, 1983. t. XVI. p. 38.

⁴⁷³ Para Pontes de Miranda, J. Kohler foi o grande marco da história do direito autoral, com seu artigo *Das Autorrecht, Jahrbücher für die Dogmatik*, 18, 129 s.) MIRANDA, 1983, p. 38.

⁴⁷⁴ PLAZA PENADES, 1997, p. 90. ([...] caracterizadas por concebir la creación intelectual como una manifestación exclusiva de la persona de su autor).

⁴⁷⁵ BITTAR, 2004, p. 13.

modificação da obra, devido à tutela da personalidade e em atenção à reputação literária do autor.

Posteriormente se sucederam uma série de decisões provenientes do tribunal de Paris, com data de 11 de janeiro de 1928 [sic] e 13 de julho de 1830, onde se consagra o princípio de manter em segredo as obras antes de sua publicação por parte do autor⁴⁷⁶.

Para Plaza Penades, a noção inicial de direito moral do autor surge em 1845, no “caso Lacordaire”. Em decisão de primeira instância, confirmada depois pelo Tribunal de Lyon, concluiu-se que, do ponto de vista da personalidade moral, o autor tinha o direito de revisar e corrigir sua obra, controlando a fidelidade de sua reprodução e deliberando sobre o momento e o modo de publicação⁴⁷⁷.

Pollaud-Dulian acrescenta que a expressão “direito moral” surgiu em 1840, sendo utilizada em 1841 no Parlamento francês, e em 1845 no despacho do “caso Lacordaire”⁴⁷⁸. As sentenças dos tribunais franceses, destarte, contribuíram para a conceituação do direito moral do autor e de suas faculdades básicas, tais como

o direito de autor a comunicar a obra ao público, o direito ao respeito da integridade da obra e o direito a que seja reconhecida sua paternidade. Faculdades que encontram seu fundamento na proteção da honra e da reputação profissional do autor⁴⁷⁹.

Foram envidados muitos esforços para incluir a proteção ao direito moral do autor na Convenção de Berna, incluindo a referência a um pronunciamento do escritor francês Paul Hervieu na Convenção de Berlim, em 1908⁴⁸⁰. Bittar enumera algumas leis que se referem atualmente a esses direitos: “A francesa (art. 1º), a italiana (arts. 10 e segs.), a tcheca (art. 15), a sueca (art. 3º), a austríaca (art. 19), a mexicana (art. 2º) e a brasileira (arts. 25, 28 e 52, parágrafo único)”⁴⁸¹.

A inclusão dos direitos morais na CUB, porém, só aconteceu em 2 de junho de 1928, na Convenção de Roma, onde finalmente, segundo Bittar, “a unidade e a

⁴⁷⁶ PLAZA PENADES, 1997, p. 92. (Ya en la Sentencia de 17 de agosto de 1814, el Tribunal civil del Sena afirma que la cesión de un derecho de explotación no otorga ningún derecho a la modificación de la obra, debido a la tutela de la personalidad y en atención a la reputación literaria del autor. Posteriormente se sucedieron una serie de decisiones provenientes del Tribunal de París, con fecha de 11 de enero de 1928 (sic) y 13 de julio de 1830, donde se consagra el principio a mantener en secreto las obras antes de su publicación por parte del autor).

⁴⁷⁷ PLAZA PENADES, 1997, p. 93.

⁴⁷⁸ POLLAUD-DULIAN, 2005, p. 372.

⁴⁷⁹ PLAZA PENADES, 1997, p. 93. ([...] el derecho del autor a comunicar la obra al público, el derecho al respeto de la integridad de la obra y el derecho a que sea reconocida su paternidad. Facultades que encontraban su fundamento en la protección del honor y la reputación del autor).

⁴⁸⁰ Id. Ibid., p. 94; BITTAR, 2004, p. 13.

⁴⁸¹ BITTAR, 2004, p. 13.

incindibilidade dos direitos autorais foram assentadas⁴⁸². A iniciativa de incluir o direito moral do autor na conferência foi da delegação italiana e representou uma surpresa, já que o tema não constava da pauta de discussões. Penades esclarece que

o reconhecimento do direito moral do autor constitui, sem lugar a dúvidas, a contribuição mais importante da União de Berna, pois se bem que é certo que alguns países já tinham alguma disposição referida ao direito moral, também o é que a União de Berna, neste âmbito do direito moral, se adiantou à legislação da maioria dos Estados, incitando-os, portanto, a que incluíssem este direito dentro de suas leis nacionais⁴⁸³.

Assim, acrescentou-se na CUB o artigo 6 *bis*, que incitou vários países, conforme observação de Plaza Penades, a incluírem a proteção ao direito moral do autor em seus ordenamentos reguladores de direitos autorais, incluindo o Brasil.

3.1.2 Conceito

Antes de analisar o conceito de direito moral de autor em si, é fundamental enquadrá-lo no âmbito do direito autoral. Para tanto, passa-se a relacionar brevemente algumas teorias que buscam configurar o direito de autor e sua natureza jurídica.

3.1.2.1 Teorias de direito autoral

Vários autores tentam classificar a natureza jurídica do direito de autor. Ascensão⁴⁸⁴ assevera que o direito autoral faz parte dos direitos privados, em especial do Direito Civil, formando um novo ramo ao lado do direito de família, direito de sucessões, direito de personalidade etc. O direito autoral, segundo o autor, guardaria parentesco com o direito industrial e a propriedade industrial, apesar de ambos se referirem a bens incorpóreos e serem freqüentemente unificados sob a denominação de “propriedade intelectual”. Acrescenta ainda que a estrutura legal dos direitos de autor baseia-se na teoria dualista – ou seja, prevê a existência de dois direitos: o patrimonial e o pessoal (moral). Os direitos conexos seriam, por sua vez, parte da teoria monista, pois não há direito pessoal de

⁴⁸² BITTAR, 2004, p. 13.

⁴⁸³ PLAZA PENADES, 1997, p. 94.

⁴⁸⁴ Ascensão é um autor português com importante obra sobre o direito autoral brasileiro. Contudo, a última edição de sua obra no Brasil data de 1997, um ano antes da promulgação da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Assim, todos os ensinamentos de Ascensão baseiam-se na Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, o que não compromete, no entanto, a utilização da referida obra como referência, haja vista que a atual Lei de Direitos Autorais mantém boa parte da regulamentação da lei anterior.

intérprete, executante ou artista, por exemplo. Ascensão ainda situa o direito de autor e os direitos conexos, no que tange à sua natureza jurídica, como direito de exclusividade⁴⁸⁵.

Bruno Jorge Hammes, por sua vez, destacava ser o direito autoral reconhecido internacionalmente como parte de um novo ramo jurídico, o Direito da Propriedade Intelectual, que engloba também o direito da propriedade industrial, por terem ambos como objeto obras intelectuais⁴⁸⁶.

Bittar afirma que esses direitos são *sui generis*, ou seja, não se enquadram nem na categoria dos direitos de propriedade (como previa o Código Civil de 1916), nem na dos direitos de personalidade (como defendem a jurisprudência e alguns doutrinadores, tendo em vista os direitos morais do autor), configurando categoria nova, ligada aos “direitos de cunho intelectual”⁴⁸⁷.

Após analisar várias correntes doutrinárias que abordam a natureza jurídica do direito autoral, Eduardo Pimenta defende ser este um direito intelectual, ou seja, um direito *sui generis*⁴⁸⁸. Dentre as teorias que buscam enquadrar o direito autoral – e que são responsáveis pela considerável divergência acerca do tema –, Pimenta relaciona a

teoria do privilégio ou do monopólio legal do autor (Randa e Renouard); teoria do contrato tácito entre autor e a sociedade (Marion); teoria da obrigação delitual do contrafator (Gerber e Laban); teoria da propriedade intelectual, com as suas evoluções, como teoria dos bens jurídicos imateriais (Kohler e Stobbe); teoria da propriedade (Del Giudice); teoria do usuário autoral (Miraglia e Ottolengui); teoria da propriedade *sui generis* (Vidari e Astuni); teoria da propriedade da forma (Lasson); teoria do direito patrimonial (Chironi); teoria do direito da personalidade (Kant e Gierke); teoria da personalidade pensante (Piola Caslli); teoria dos direitos sobre bens intelectuais (Picard); teoria do duplo caráter ‘real e pessoal’ (Riezler), com evoluções predominantes para o pessoal, ora para o real; outros atribuem a cada um desses elementos uma fase dos direitos do autor (Bianchi e Brini)⁴⁸⁹.

Em seu livro sobre o direito moral do autor na lei espanhola de propriedade intelectual⁴⁹⁰, Gonzalez Lopez discorre sobre a natureza jurídica do direito de autor

⁴⁸⁵ ASCENSÃO, 1997, p. 16; 579; 616.

⁴⁸⁶ HAMMES, Bruno Jorge. “*Software*” e sua proteção jurídica. São Leopoldo-RS: Unisinos, 1992. p. 47 et seq.

⁴⁸⁷ BITTAR, 2004, p. 10 e 11.

⁴⁸⁸ PIMENTA, Eduardo. *Princípios de direitos autorais: um século de proteção autoral no Brasil – 1898-1998*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. Livro I, p. 45.

⁴⁸⁹ Id. *Ibid.*, p. 27.

⁴⁹⁰ A autora questiona a própria terminologia “propriedade intelectual” para se referir ao direito de autor, tendo em vista que o mesmo não envolve tão somente o viés patrimonial da criação intelectual, mas o extrapatrimonial. Entretanto, Marisela Lopez acrescenta que já é pacífica na doutrina, na jurisprudência e na legislação a utilização do termo “propriedade intelectual” para se referir ao gênero da espécie “direito de

baseada em duas teorias: a monista e a dualista⁴⁹¹. Plaza Penades também classifica em dualistas e monistas⁴⁹² as teorias existentes, do mesmo modo que Lipszyc⁴⁹³ e Ascensão – que ainda registra a existência de uma teoria pluralista⁴⁹⁴ sobre a “estrutura” (natureza) do direito de autor. Já Pimenta acrescenta uma terceira corrente: a “doutrina conciliadora”⁴⁹⁵, na qual situa a “teoria monista dos direitos intelectuais”, a “teoria do direito *sui generis*, específico” e a “neodualista de um direito dúplice e complexo”^{496, 497}.

Segundo Gonzalez Lopez, a teoria dualista sustenta que, “no direito de autor, os direitos se originam a partir de uma realidade única: a criação intelectual da arte e do engenho, da qual derivam direitos distintos tanto em seu conteúdo como em seus caracteres”⁴⁹⁸. O foco das construções dualistas é o direito patrimonial do autor, que se enquadra no contexto mais amplo dos direitos de propriedade. Já acerca do direito moral há divergências, embora ele seja encarado, quase unanimemente, como um direito de personalidade. Esta teoria é criticada por tratar separadamente o direito patrimonial e o direito moral do autor; sendo subjetivos, além de independentes, estes direitos não se poderiam subdividir em outros⁴⁹⁹.

Para Plaza Penades, as teorias dualistas se caracterizam “por defender que o direito de autor é composto por dois direitos distintos: o direito moral e o direito patrimonial”⁵⁰⁰.

Já Lipszyc esclarece que a teoria dualista divide o conjunto das faculdades provenientes do direito de autor em duas classes de direitos: uma de conteúdo espiritual e

autor”. Sobre o assunto: GONZALEZ LOPEZ, Marisela. *El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual*. Madri: Marcial Pons, 1993. p. 23-38; PLAZA PENADES, 1997, p. 100 et seq.

⁴⁹¹ GONZALEZ LOPEZ, 1993, p. 23-38.

⁴⁹² PLAZA PENADES, 1997. p. 140 et seq.

⁴⁹³ LIPSZYC, 2005, p. 152 et seq.

⁴⁹⁴ ASCENSÃO, 1997, p. 580 et seq.

⁴⁹⁵ A terceira classificação trazida por Pimenta não será tratada no âmbito desta tese, de vez que o objetivo, aqui, é traçar apenas um panorama superficial das várias teorias e que se optou por adotar a classificação mais corrente, que as divide em dois sistemas: dualista e monista.

⁴⁹⁶ PIMENTA, 2004, p. 28-29.

⁴⁹⁷ Gonzalez Lopez e Plaza Penades são espanhóis, razão por que suas análises baseiam-se no ordenamento jurídico da Espanha. O mesmo ocorre com Lipszyc, que, embora internacionalista, baseia-se na legislação argentina ao tratar do assunto.

⁴⁹⁸ GONZALEZ LOPEZ, 1993, p. 40-41. ([...] en el derecho de autor los derechos se originan a partir de una realidad única: la creación intelectual del arte y del ingenio, de la que se derivan derechos distintos, tanto en su contenido como en sus caracteres).

⁴⁹⁹ Id. Ibid., p. 40-41.

⁵⁰⁰ PLAZA PENADES, 1997, p. 140. ([...] caracterizadas por defender que el derecho de autor está compuesto por dos derechos distintos: el derecho moral y el derecho patrimonial).

outra de conteúdo patrimonial. Apesar de inter-relacionados, tais direitos não devem ser confundidos⁵⁰¹.

Antes de abordar especificamente a teoria dualista, Ascensão comenta acerca da tese pluralista do direito, que considera o direito de autor “constituído por um feixe de direitos. As várias formas de utilização da obra seriam como que parcelas autônomas, que o titular poderia seccionar do conjunto que lhe fora atribuído”. Ascensão critica a teoria, principalmente na medida em que ela admite mais de um direito de autor, inviabilizando a hipótese de sua cessão total ou parcial. Considera ainda que a teoria dualista revela a falta de firmeza técnica do legislador, o que deve ser cautelosamente observado pelos intérpretes⁵⁰².

A seguir, o referido autor explica que as teorias dualistas podem assumir várias formas. As teorias dualistas, além disso, “defendem que o direito de autor em si é duplo, por ser a soma de dois direitos, pessoal e patrimonial”⁵⁰³.

A teoria monista, por sua vez, considera que o direito de autor garante ao mesmo tempo os interesses econômicos e morais, até porque um depende do outro. Dessa forma, “as teorias unitárias sustentam que não existem dois direitos distintos, e sim um só *sui generis*, que é resultado da mescla inseparável das faculdades pessoais e patrimoniais, tendo uns e outros por objeto a obra do engenho”⁵⁰⁴.

Nas palavras de Plaza Penades, a teoria monista, também chamada de monismo integral, considera que

o direito de autor não é a reunião de dois direitos distintos, e sim se trata de um único direito formado por um único grupo de faculdades, nas quais já não é possível distinguir sua natureza pessoal ou patrimonial, posto que em cada faculdade ambos os elementos estariam presentes⁵⁰⁵.

Lipszyc, ao explicar brevemente sobre a teoria monista, ressalta o fato de seus partidários rechaçarem “um nítido deslinde das duas ordens de faculdades que integram o direito de autor”. Dessa forma, segundo Lipszyc, tanto as faculdades morais como as

⁵⁰¹ LIPSZYC, 2005, p. 153 et seq.

⁵⁰² ASCENSÃO, 1997, p. 581-582.

⁵⁰³ Id. Ibid., p. 584.

⁵⁰⁴ GONZALEZ LOPEZ, 1993, p. 42. (Las teorías unitarias sostienen que no existen dos derechos subjetivos distintos, sino uno sólo *sui generis*, que es resultado de la mezcla inescindible de las facultades personales y patrimoniales, teniendo los unos y los otros por objeto la obra del ingenio)

⁵⁰⁵ PLAZA PENADES, 1997, p. 140. ([...] el derecho de autor no es la reunión de dos derechos distintos, sino que se trata de un único derecho formado por un único grupo de facultades, en las que ya no es posible distinguir su naturaleza personal o patrimonial, puesto que en cada facultad ambos elementos estarían presentes).

patrimoniais constituiriam manifestações de um único direito a garantir, em seu conjunto, os interesses intelectuais e econômicos do autor⁵⁰⁶.

A principal diferença entre as teorias monistas e dualistas, conforme Gonzalez Lopez, é que estas consideram os direitos morais e patrimoniais independentes entre si e com destinos jurídicos distintos, enquanto aquelas ressaltam a unidade básica de ambos, garantidos em seu conjunto pelo direito de autor. Em síntese, a questão é determinar se existe um único direito com várias faculdades de caráter moral ou patrimonial, ou se existem dois direitos distintos. A referida autora ainda alerta para o fato de que, embora vários ordenamentos jurídicos nacionais considerem os direitos morais e patrimoniais como pertencentes ao âmbito do direito de autor, isto não quer dizer que a legislação tenha optado pela teoria dualista⁵⁰⁷.

Afirma que, ao contrário, ao configurar o direito de autor, a maioria dos doutrinadores opta pela teoria monista – mais especificamente, pelo sistema monista germânico. Assim, o que existe de fato “é um único direito de natureza mista, integrado por faculdades personalíssimas e patrimoniais que se relacionam entre si”. Gonzalez Lopez não destoa de tal viés e também assume posição monista no que tange ao direito de autor⁵⁰⁸.

Ascensão observa que as teorias monistas “são forças que se expandem em várias direções e dão ao direito um lugar à parte, nem pessoal nem patrimonial”. Porém, estabelece uma crítica por sua não-adequação à lei brasileira, “dada a assimetria entre as vicissitudes do direito pessoal e do direito patrimonial”. Para ele, a análise do regime legal comprova o caráter-não unitário do direito de autor entre nós⁵⁰⁹.

Apesar de tudo, seja na teoria dualista, seja na monista, o direito moral do autor está presente de forma clara, integrando o direito autoral e gerando importantes efeitos nas relações sociais que envolvem a matéria.

⁵⁰⁶ LIPSZYC, 2005, p. 152. ([...] un neto deslinde de los dos órdenes de facultades que integran el derecho de autor).

⁵⁰⁷ GONZALEZ LOPEZ, 1993, p. 43.

⁵⁰⁸ Id. Ibid., 1993, p. 44. ([...] es un derecho de naturaleza mixta, integrado por facultades personalíssimas y patrimoniales que se relacionan entre sí).

⁵⁰⁹ Ascensão baseia a crítica feita à teoria monista em momentos fundamentais do regime legal: a) falta de elasticidade (p. ex.: se o titular ceder totalmente os direitos patrimoniais e o beneficiário renunciar a eles, a obra cai em domínio público e não volta ao cedente); b) prorrogação do prazo de proteção (que beneficia o cessionário ao invés dos herdeiros, no caso de cessão total dos direitos patrimoniais); c) no caso de novos modos de utilização (se forem descobertos novos modos de utilização da obra, o cessionário é que poderá utilizar-se deles, não o autor). ASCENSÃO, 1997, p.586-590.

É importante registrar, ainda, que a própria classificação monista/dualista não é pacífica, sendo difícil enquadrar determinadas teorias no contexto dessa divisão. Tanto que alguns autores sugerem uma classe mista de teorias, que envolveria tanto as monistas quanto as dualistas, como é o caso de Pimenta e de Plaza Penades⁵¹⁰.

Não obstante a divergência doutrinária quanto à classificação, é importante destacar algumas teorias que se enquadram em uma ou outra classe, menos para defini-las a todas do que para contextualizar a discussão acerca dos direitos autorais.

Uma das teorias mais importantes, principalmente do ponto de vista histórico, na medida em que se originou na Revolução Francesa, é a que considera o direito de autor similar ao direito de propriedade ordinária. Segundo Plaza Penades, “a consagração desta fórmula de proteção se deve, em essência, ao ambiente ideológico da época e ao desejo de combater a odiosa figura dos privilégios”⁵¹¹. Surgiu, a partir daí, uma disputa doutrinária entre os que defendiam o direito de propriedade do autor e os que apregoavam não ter o mesmo qualquer direito. Baseada nos preceitos do direito natural, esta teoria da propriedade conferiu ao autor de uma obra um direito similar ao que os proprietários têm sobre seus bens, o que significaria – já desde aquela época – proteger a expressão da idéia e não a idéia em si.

Dentre as críticas endereçadas à teoria da propriedade ordinária, Plaza Penades destaca três: a) o direito do autor sobre sua obra tem prazo determinado, enquanto a propriedade ordinária tem duração infinita; b) o direito de autor tem caráter de bem imaterial e configura uma entidade separada do corpo físico em que a criação se expressa; e c) no direito de autor existe uma vinculação entre o objeto de propriedade intelectual e o sujeito, dessa realidade emanando os direitos morais do autor⁵¹².

Outra teoria de grande transcendência no âmbito jurídico foi a do bem imaterial. Ela surgiu como reação à teoria que iguala a propriedade intelectual à propriedade ordinária. “Se trata de distinguir, diferenciar e regular o objeto em que a obra se encarna (*corpus mechanicum*) da criação intelectual em si (*corpus mysticum*)”⁵¹³. A propriedade ordinária expressa a relação existente entre a pessoa e a coisa (bem material), enquanto o direito de autor representa o conjunto de direitos que o criador tem sobre sua obra (bem

⁵¹⁰ PLAZA PENADES, 1997, p. 140 et seq.

⁵¹¹ Id. Ibid., p. 106. (La consagración de esta fórmula de protección se debe, en esencia, al ambiente ideológico de la época y al deseo de combatir la odiosa figura de los privilegios).

⁵¹² Id. Ibid., p. 112.

⁵¹³ Id. Ibid., p. 118. (Se trata de distinguir, diferenciar y regular el objeto en que la obra se encarna (*corpus mechanicum*) de la creación intelectual en sí (*corpus mysticum*)).

imaterial). Assim, segundo Plaza Penades, desenvolveu-se a idéia de um direito de “propriedade especial”, que encontra precedentes em Fichte, Hegel e Schopenhauer, sendo seu principal defensor o alemão Josef Kohler, seguido por Alloys Troller e Tulio Ascarelli⁵¹⁴.

A teoria do bem imaterial foi combatida especialmente pelos adeptos da teoria do monopólio. Outra crítica estabelecida por Plaza Penades é no sentido de que a teoria do bem imaterial, como todas as que centram o direito de autor na vertente patrimonial, exclui a questão do direito moral do autor, dedicando-se a estudar, juntamente com o direito de autor, todos os direitos que recaem sobre bens imateriais, como a propriedade industrial⁵¹⁵.

Uma terceira teoria a ser destacada é a do monopólio legal⁵¹⁶, cujo fundamento reside na perspectiva econômica do direito autoral e se aplica, portanto, apenas à vertente patrimonialista. Plaza Penades explica que em primeiro lugar se encontra a teoria da clientela, termo criado por Roubier e que traduz a conquista de uma clientela “mediante um monopólio temporal que assegura uma posição de privilégio frente à concorrência”⁵¹⁷. Há ainda a teoria do direito à não-imitação, elaborada por Roguin, segundo a qual essa soma de direitos impede a imitação, “evitando deste modo que outros possuam objetos semelhantes aos do titular”. Também defendem a teoria do monopólio legal autores como Valverde e Franceschelli⁵¹⁸.

Plaza Penades critica, nesta teoria, o fato do autor explorar com exclusividade sua obra, mas não ter o monopólio sobre o mercado de criações intelectuais, não podendo impedir, por exemplo, que outro autor produza uma obra do mesmo gênero⁵¹⁹.

Importante destacar, por fim, a teoria da personalidade, que concebe a obra como uma emancipação da personalidade do autor, a qual, segundo Plaza Penades, “está projetada e modelada na obra, de tal modo que seria um bem da personalidade e não

⁵¹⁴ PLAZA PENADES, 1997, p. 119.

⁵¹⁵ Id. Ibid., p. 121.

⁵¹⁶ Particularmente, não se corrobora com esta posição, por não ser a palavra “monopólio” a mais adequada, tendo em vista que quando se tem o monopólio, está-se impedindo que outros façam outras obras similares, o que não ocorre com o direito autoral, já que obras similares podem ocorrer, o que não pode é a cópia de uma pré-existente. Veja-se por um dos conceitos trazidos por Aurélio: “1.Situação de mercado em que um só vendedor controla toda a oferta de uma mercadoria ou de um serviço. [...]”. AURÉLIO, 2004.

⁵¹⁷ Id. Ibid., p. 124. ([...]mediante un monopolio temporal que asegura una posición de privilegio frente a la competencia [...]).

⁵¹⁸ Id. Ibid., p. 125. ([...] evitando de este modo que otros posean objetos semejantes a los del titular).

⁵¹⁹ Id. Ibid., p. 126.

simplesmente um bem material suscetível de exploração econômica”⁵²⁰. Esta teoria não nega a existência de um direito patrimonial do autor, mas afirma que o mesmo se subordina ao direito moral, ou seja, à personalidade do autor. Independente da inegável influência de Kant⁵²¹ e de outros pensadores, o maior defensor da teoria da personalidade foi Otto Von Gierke, que a contrapôs às teorias de cunho patrimonialista que dominavam o pensamento jurídico da época. “O fundamento do direito é a criação espiritual que tem um selo individual próprio; o da personalidade daquele que o criou. Por isso, só quem é autor tem direito a exercer poder sobre sua obra, como uma parte da esfera pessoal”⁵²². Assim, quando o autor cria, na esfera intelectual, ele projeta parte de sua personalidade na obra, determinando o nascimento originário de um direito que inclui também as faculdades de criação. De acordo com Plaza Penades, o autor, tendo criado sua obra, pode transmitir a terceiros certas faculdades originariamente suas: edição, representação etc. Isso ocorre, na mais das vezes, num momento-chave da criação: a divulgação. Contudo, mesmo transmitindo essas faculdades, o autor mantém o “poder de disposição sobre a existência interna e externa de sua obra”⁵²³.

Cabem ainda algumas observações quanto à teoria da personalidade. A primeira, de natureza crítica, é no sentido de que a teoria da personalidade deixa de lado a questão dos direitos de exploração da obra criada. Outra observação é que esta teoria influenciou grandemente o direito autoral, principalmente no que tange à proteção dos interesses pessoais do autor – ou seja, o direito moral.

3.1.2.2 Terminologia

Como ocorre com as teorias que configuram a natureza jurídica do direito autoral, também não há consenso doutrinário sobre a adequação do termo “direito moral do autor”.

⁵²⁰ Id. Ibid., p. 134. ([...] personalidad que queda proyectada y plasmada em la obra, de tal modo que la obra sería un bien de la personalidad y no simplemente un bien susceptible de explotación económica).

⁵²¹ Pimenta ressalta a importância de Kant, situando-o como o grande precursor do movimento que reformularia o direito de autor, qual seja, o direito moral do autor. Kant insurgiu-se contra a publicação e tradução espúrias de suas obras – o que, além de acarretar-lhe prejuízos materiais, na medida em que não recebia dividendos pelas mesmas, o revoltava devido a erros de tradução. Ao analisar a matéria, Kant apregou a importância de proteção dos direitos de natureza pessoal de cada autor, vislumbrando os contornos do chamado direito moral do mesmo. PIMENTA, 2002, p. 70.

⁵²² PLAZA PENADES, 1997, p. 135. (El fundamento del derecho es la creación espiritual que tiene un sello individual propio; el de la personalidad del que lo ha creado. Por eso, sólo quien es autor tiene derecho a ejercer señorío sobre su obra, como una parte de al esfera personal).

⁵²³ Id. Ibid., p. 137. ([...] poder de disposición sobre la existencia interna e externa de su obra).

Segundo Gonzalez Lopez, poderia a expressão ser inadequada porque redundante, já que todo direito é moral. Não há como se falar em direito moral do autor sem admitir, ao mesmo tempo, que possam existir direitos imorais de propriedade intelectual⁵²⁴. O contrapõe a tal posição o argumento de que o termo não se refere ao que é moral ou imoral, mas ao que não envolve lucro. Contudo, as expressões “moral” e “econômico” não seriam as mais adequadas⁵²⁵, e vários termos foram criados para substituir “direito moral”, embora sem sucesso: “direitos pessoais”, “direito de paternidade intelectual”, “direito ao respeito”⁵²⁶.

Dessa forma, apesar de inadequado, “direito moral” prevaleceu e é o termo mais utilizado pelos doutrinadores, pela jurisprudência e pelas diversas legislações.

Como já explanado no item 3.1.2.1, há controvérsias sobre as teorias de direito autoral, já que as correntes monistas não o consideram independente e distinto do direito patrimonial, mas um conjunto de faculdades provenientes da criação intelectual de uma obra e que, juntamente com as faculdades patrimoniais, formam um único direito – o direito de autor⁵²⁷.

Ascensão critica igualmente as expressões “direitos” e “moral” e, ao invés de falar em direitos morais, fala em faculdades pessoais, pertencentes ao direito pessoal do autor:

Não há em rigor direitos, há poderes ou faculdades compreendidos no direito pessoal, ou no mencionado direito patrimonial geral. Só o direito de seqüência e o direito de remissão por lesão enorme merecem ser considerados verdadeiros direitos, pois são figuras autônomas⁵²⁸.

No que tange ao termo “moral”, Ascensão afasta-se da terminologia corrente, entendendo que, “por mais generalizado, o qualificativo ‘moral’ é impróprio e incorreto”. Para ele “é impróprio, pois há setores não-éticos no chamado direito moral, e é incorreto, pois foi importado sem tradução da língua francesa. Aí se fala em pessoas morais, danos

⁵²⁴ A relação entre direito e moral, apesar de importante, não é foco da presente dissertação, razão por que se remete às obras referentes ao tema.

⁵²⁵ GONZALEZ LOPEZ, 1993, p. 80.

⁵²⁶ Id. Ibid., p. 81.

⁵²⁷ Apesar de muitas vezes parecerem sinônimas, as expressões direito autoral e direito de autor não o são. Direito de autor é o direito concedido ao autor das obras artísticas e literárias, enquanto direito autoral engloba o direito do autor e os direitos conexos. Esta distinção se dá por força do artigo 1º da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998: “Esta lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos”. Ascensão, no mesmo sentido, afirma que “a lei brasileira impõe a distinção entre Direito de Autor e Direito Autoral. Direito de Autor é o ramo da ordem jurídica que disciplina a atribuição de direitos relativos a obras literárias e artísticas. O Direito Autoral abrange além disso os chamados direitos conexos, como os direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão”. ASCENSÃO, 1997, p. 16.

⁵²⁸ ASCENSÃO, 1997, p. 593.

morais, direitos morais e assim por diante”. Portanto, ao falar-se em direito moral se diz, na verdade, “direito pessoal, por oposição ao direito patrimonial”. Ascensão critica igualmente o uso das expressões “direitos patrimoniais” e “direitos morais”, no sentido de que cada direito seria mais de um direito, quer na corrente monista, quer na dualista, e complementa:

Mas também aqui, não existe à partida nenhum compromisso com a problemática da estrutura do direito de autor. Não sabemos se há um único direito, se dois, se muitos. Aceitamos a terminologia legal provisoriamente, só por ser corrente⁵²⁹.

Pontes de Miranda utiliza a terminologia de “direito autoral da personalidade”.⁵³⁰

Portanto, o uso da expressão “direito moral”, ao longo da presente dissertação, não implica a adoção de uma posição dualista do direito de autor, nem a eleição do termo “moral” para designar suas faculdades personalíssimas. Utilizam-se tais expressões apenas por serem consagradas pela doutrina, pela jurisprudência e pelas diversas legislações.

A própria legislação brasileira adota, no capítulo I, art. 22 da LDA, o termo “direitos morais” como indicativo dos direitos não-patrimoniais do autor: “Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”.

3.1.2.3 Conceituação – direito da personalidade

Diante da expressão “direito moral”, se descontextualizada, a tendência é estabelecer uma relação entre direito e moral, que se desdobra, inclusive, em questionamentos filosóficos sobre estes dois institutos e sua inter-relação.

O termo “direito”, segundo De Plácido e Silva, tem várias acepções. Uma delas se refere ao que é certo, reto, justo, equânime:

Derivado do latim *directum*, do verbo *dirigire* (dirigir, ordenar, endireitar), quer o vocábulo, etimologicamente, significar o que é *reto*, o que não se desvia, seguindo uma só direção, entendendo-se tudo aqui que é conforme à razão, à justiça e à equidade. [...] ⁵³¹.

Tem também o sentido objetivo do direito:

⁵²⁹ ASCENSÃO, 1997, p. 129-130.

⁵³⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. v. 7. p. 33; 177 et seq; MIRANDA, 1983, p. 37 et seq.

⁵³¹ DE PLÁCIDO E SILVA. 2003, p. 268.

Em seu sentido objetivo, propriamente derivado do *directum* latino, o Direito, a que se diz de *norma agendi*, apresenta-se como um complexo orgânico, cujo conteúdo é constituído pela soma de preceitos, regras e leis, com as respectivas sanções, que regem as relações do homem, vivendo em sociedade. [...] ⁵³².

Ainda se pode citar o sentido didático:

Em seu sentido didático, é compreendido com a ciência que estuda as regras obrigatórias, que presidem as relações dos homens em sociedade, encaradas não somente sob o seu ponto de vista legal, como sob seu ponto de vista doutrinário, abrangendo, assim, não somente o direito no seu sentido objetivo como subjetivo. [...] ⁵³³.

E o sentido subjetivo:

No sentido subjetivo (*facultas agendi*), mostra-se o direito uma faculdade ou uma prerrogativa outorgada à pessoa (sujeito ativo do direito), em virtude da qual a cada um se atribui o que é seu (*suum cuique tribuere*), não se permitindo que outrem venha prejudicá-lo em seu interesse (*neminem laedere*) porque a lei (*norma agendi*), representando a *coação social*, protege-o em toda a sua amplitude. [...] Todo direito subjetivo implica a existência de um titular, dito de sujeito de direito, o qual se prende ao *objeto do direito*, onde incide sua fruição ou gozo, por uma *redação jurídica*, protegida pela coação social. [...] Nesta acepção, toma o direito várias denominações: direito pessoal, direito real, direito adquirido, direito obrigacional, direito patrimonial, direito atual, direito hereditário, etc. ⁵³⁴

O termo “moral”, separadamente de “direito”, é conceituado como:

Derivado do latim *moralis* (relativo aos costumes, na forma substantiva) designa a parte da filosofia que estuda os costumes, para assinalar o que é *honesto* e *virtuoso*, segundo os ditames da consciência e os princípios de humanidade.

A moral, assim, tem âmbito mais amplo que o Direito, escapando à ação deste muitas de suas regras, impostas aos homens como deveres.

Na forma adjetiva qualifica tudo que concerne à moral.

Diz-se, também, *ética*, que é a ciência da moral ⁵³⁵.

O termo “direito moral” é assim conceituado:

Expressão geralmente usada para indicar os direitos que incidem sobre bens de ordem *imaterial* ou *coisas incorpóreas*.

Nestas condições, costumam designar como *Direito Moral* o direito de autor ou direito autoral. Opõe-se, por isso, ao *Direito Material*.

Equivale ao *Direito Intelectual* ⁵³⁶.

⁵³² DE PLÁCIDO E SILVA. 2003, p. 268.

⁵³³ Id. Ibid., p. 268.

⁵³⁴ Id. Ibid., p. 268-269.

⁵³⁵ Id. Ibid., p. 541.

⁵³⁶ Id. Ibid., p. 275.

Portanto, como se depreende da conceituação acima, ao se falar do direito moral do autor, não se cogita a hipótese da existência de um direito não-imoral, mas do direito em seu sentido subjetivo, proveniente da criação intelectual do autor⁵³⁷.

Gonzalez Lopez destaca alguns autores que vinculam o direito moral à personalidade do autor e entendem ser esta, de forma geral e abstrata, protegida por aquele. Um dos autores é Silz, que conceitua direito moral como “um direito absoluto que permite ao autor fazer respeitar sua personalidade em sua atividade criadora e na obra mesma”. De modo similar, Gorguete d’Argoeuves considera o direito moral como proveniente da personalidade do autor, enquanto Piola Caselli o vê como um direito que protege a representação da personalidade do mesmo. Também há doutrinadores que referenciam o direito moral por alguma de suas faculdades. Para Michaelides Novaros, por exemplo, direito moral é o direito de criar e apresentar ou não a obra ao público. Perez Serrano, por sua vez, destaca que o direito moral é um direito sem conteúdo patrimonial cujo objetivo é proteger direitos sagrados à personalidade, como o direito da paternidade, o de publicar ou não a obra criada, o de defender a integridade da obra e o de se arrepender, retirando a obra de circulação⁵³⁸.

Após analisar as posições doutrinárias sobre o conceito de direito moral do autor, Gonzalez Lopez destaca os principais aspectos para sua elaboração:

- sua origem e fundamento é a personalidade do autor, personalidade que se tutela tanto na atividade criadora como através da obra.
- compreende uma série de prerrogativas que vão desde o livre direito de criar, de comunicar ou não a obra ao público, até a disposição de uma vez comunicada, seja modificando-a, impedir possíveis alterações desta por parte de terceiros que atentem contra a integridade, ou retirando-a da circulação.
- se trata de um direito sem conteúdo econômico ou patrimonial⁵³⁹.

A referida autora discorda da inclusão do livre direito de criar no âmbito do direito moral do autor, tendo em vista respeitar este último à obra criada e não à liberdade de criação intelectual.

⁵³⁷ Sobre o direito moral do autor sob o impacto da tecnologia digital: CARBAJO CASCÓN, Fernando. *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*. Madrid: Colex, 2002. 180 et seq.

⁵³⁸ GONZALEZ LOPEZ, 1993, p. 54. ([...] un derecho absoluto que permite al autor hacer respetar su personalidad en su actividad creadora y en la obra misma).

⁵³⁹ Id. Ibid., p. 85. (Su origen y fundamento es la personalidad del autor, personalidad que se tutela tanto en la actividad creadora como a través de la obra. Comprende una serie de prerrogativas que van desde el libre derecho de crear, de comunicar o no la obra al público, hasta la disposición una vez comunicada, ya sea modificándola, impidiendo posibles alteraciones de ésta por parte de terceros que atente, contra la integridad, o retirándola de la circulación. Se trata de un derecho sin contenido económico o patrimonial).

Em seguida, Gonzalez Lopez conceitua direito moral do autor:

Neste sentido podemos definir o direito moral como o elemento ou parte essencial do conteúdo da propriedade intelectual, que ao ter sua origem e fundamento na personalidade do autor, assegura-lhe a tutela da mesma na obra como reflexo dela, através de um conjunto de faculdades extrapatrimoniais (mas de incidência econômica) consistentes, fundamentalmente, na ‘divulgação’, ‘paternidade’, ‘respeito à integridade da obra’, ‘modificação’ e ‘arrependimento’.⁵⁴⁰

Pollaud-Dulian trabalha com cada caractere do direito moral do autor: “direito adido à personalidade do autor”, “inalienável e inconfiscável”, “perpétuo e imprescritível”, “absoluto e discricionário”, “universalista”.⁵⁴¹

Embora até agora se encare o direito moral como decorrente da necessidade de proteger da personalidade do autor, esse entendimento não é pacífico.

Barbosa situa o direito moral como uma garantia, até mesmo no âmbito dos direitos humanos: “[...] os direitos morais, configurados até mesmo como *direitos humanos*, ancoram-se em outros dispositivos constitucionais e de tratados internacionais”.⁵⁴²

Gonzalez Lopez destaca o entendimento de De Cupis, que atenua a essencialidade característica dos direitos de personalidade quando se trata dos direitos morais do autor, haja vista que os mesmos não decorrem do nascimento, como os direitos de personalidade, mas da criação de uma obra. Portanto, os direitos morais são direitos eventuais. No mesmo sentido se refere a Castán, afirmando que nem todos os direitos de personalidade podem ser considerados originários e inatos – é o caso do direito moral, que depende de circunstâncias de fato e não nasce com o indivíduo. Essa atenuação do direito moral, atribuída à ausência de essencialidade, reforça a idéia de não conceituá-lo como direito da personalidade⁵⁴³.

Como exemplo, a referida autora relata uma decisão espanhola, em 9 de dezembro de 1985, decidindo que o direito de autor não é um direito da personalidade, já que lhe falta o caráter da essencialidade, fundamental nos direitos personalíssimos. Segundo Gonzalez Lopes, o doutrinador Beltrán de Heredia também não inclui o direito moral do

⁵⁴⁰ GONZALEZ LOPEZ, 1993, p. 87. (En este sentido podemos definir el derecho moral como el elemento o parte esencial del contenido de la propiedad intelectual, que al tener su origen y fundamento en la personalidad del autor, le asegura a este la tutela de la misma en la obra como reflejo de ella, a través de un conjunto de facultades extrapatrimoniales (pero de incidencia económica) consistentes, fundamentalmente, en la “divulgación”, “paternidad”, “respeto a la integridad de la obra”, “modificación” y “arrepentimiento”).

⁵⁴¹ POLLAUD-DULIAN, 2005, p. 374 et seq.

⁵⁴² BARBOSA, 2003, p. 3.

⁵⁴³ GONZALEZ LOPEZ, 1993, p. 93.

autor entre os direitos de personalidade, já que o mesmo supõe uma criação, enquanto os direitos de personalidade já nascem com a pessoa⁵⁴⁴.

Hammes, a seu turno, também discorda da inclusão do direito moral como direito da personalidade: “O direito moral é o que protege o autor nas suas relações pessoais e idéias (de espírito) com a obra. Não pode ser confundido com o direito de personalidade em geral, embora diga respeito à personalidade do autor”⁵⁴⁵.

Ascensão corrobora tal entendimento nos seguintes termos:

Os direitos pessoais não são como tal direitos de personalidade. Podem, porém, no seu exercício, pôr em causa aspectos da personalidade humana. Na medida em que o puserem, aplica-se às restrições o regime que acabamos de referir nos direitos de personalidade⁵⁴⁶.

Diante da divergência doutrinária sobre o caráter, personalíssimo ou não, do direito moral do autor, opta-se pela corrente que o situa entre os direitos de personalidade, pois, apesar de o direito moral nascer da criação intelectual, a obra nada mais é do que uma manifestação da personalidade do autor, convertendo os interesses pessoais do autor sobre a obra – os direitos morais – em direitos de personalidade.

Tanto o é, que Pontes de Miranda já enquadrava entre os direitos de personalidade, o “direito autoral de personalidade”. Explica este enquadramento nos seguintes termos:

Os seres humanos são produtivos de obras, em que se insere o seu engenho, a sua aptidão artística, literária, científica, ou industrial. Não é todo o grupo que se empenha na mesma obra. A divisão de trabalho, entre homens, faz-se de tal maneira que algo fica a cada indivíduo, ou a alguns indivíduos. [...].

O direito à identificação da obra *como sua* está, para o homem, logo após os seus direitos de personalidade à identidade pessoal: [...] ⁵⁴⁷.

Para o referido autor o que se tutela pelo “direito autoral da personalidade” (direito moral do autor) é a “identificação pessoal da obra, a sua autenticidade, a sua autoria”. Complementa que esse direito “não se separa da pessoa; e está fortemente estreado, em torno, pelos direitos à vontade, à honra e à identidade pessoa principalmente pelo direito ao nome”. ⁵⁴⁸

Nesse sentido se expressa Gonzalez Lopez:

⁵⁴⁴ Id. Ibid., p. 93.

⁵⁴⁵ HAMMES, 2002, p. 70.

⁵⁴⁶ ASCENSÃO, 1997, p. 289.

⁵⁴⁷ MIRANDA, 2000, p. 173; 174.

⁵⁴⁸ Id. Ibid., p. 177.

Sobre tão debatida questão nos inclinamos pela postura dos autores antes citados, que consideram o direito moral do autor como um direito da personalidade. Em primeiro lugar, porque estimamos que o direito moral tem sua origem e fundamento na personalidade do autor, é sua personalidade criadora, a que dá fruto à obra intelectual, e esta é, por sua vez, o reflexo de sua personalidade.⁵⁴⁹

Pollaud-Dulian⁵⁵⁰ aduz, igualmente, que o direito moral do autor está incluso nos direitos de personalidade:

Embora isto seja algumas vezes discutido, tanto pelos partidários de uma qualificação *sui generis*, concepção conforme a qual essa prerrogativa protegeria a obra por ela mesma, independentemente da pessoa do autor, quanto por aqueles que gostariam de ver dentro dessa prerrogativa um acessório do direito patrimonial, o direito moral pertence à categoria jurídica dos direitos da personalidade⁵⁵¹.

O autor justifica por que o direito moral é um direito de personalidade:

Porque a obra é uma das manifestações da personalidade do autor, o direito que protege a ligação entre o autor e essa emanção de sua pessoa ressalta da mesma categoria jurídica que o direito que ele possui sobre sua imagem ou seu nome⁵⁵².

Pollaud-Dulian ainda distingue direito moral de liberdade de criação, “que defende a possibilidade de criar melhor que seu resultado”. Da mesma forma, o direito moral também difere da liberdade de expressão, que respeita essencialmente às idéias em si mesmas. O direito moral, que é subjetivo, limita-se a seu objeto e a seu alcance – ou seja, ele protege o objeto da criação⁵⁵³.

Bittar⁵⁵⁴ também enquadra os direitos morais como protetores da personalidade do autor:

Os direitos morais são os vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade. Como os aspectos abrangidos se relacionam à própria natureza humana e desde que a obra é emanção da personalidade do autor – que nela cunha, por seus próprios dotes intelectuais –, esses direitos constituem a sacração no

⁵⁴⁹ GONZALEZ LOPEZ, 1993, p. 94.

⁵⁵⁰ Frédéric Pollaud-Dulian é francês e sua análise baseia-se na cultura e na legislação francesas sobre o direito de autor.

⁵⁵¹ POLLAUD-DULIAN, 2005, p. 375-376. (Bien que cela soit parfois discuté, tant par les partisans d’une qualification *sui generis*, conception selon laquelle cette prérogative protégerait l’oeuvre en elle-même, indépendamment de la personne de l’auteur, que par ceux qui voudraient voir dans cette prérogative un accessoire du droit patrimonial, le droit moral appartient la catégorie juridique des droits de la personnalité).

⁵⁵² Id. Ibid., p. 376. (Parce que l’oeuvre est l’une des manifestations de la personnalité de l’auteur, le droit qui protège le lien entre l’auteur et cette émanation de sa personne relève de la même catégorie juridique qu’il possède sur son image ou sur son nom).

⁵⁵³ Id. Ibid., p. 376. ([...] qui défend la possibilité de créer plutôt que son résultat).

⁵⁵⁴ Como brasileiro, Bittar tem como referencial a legislação pátria sobre direito autoral, a qual será estudada com mais detalhes nesta dissertação.

ordenamento jurídico, da proteção dos mais íntimos componentes da estrutura psíquica do seu criador⁵⁵⁵.

Bittar trata do direito moral do autor como sendo uma das espécies dos direitos da personalidade, enquadrado no “direito às criações intelectuais”. Para ele, “recai a proteção jurídica, pois, sobre manifestações do intelecto inseridas no mundo fático [...]”. Assim, “a colocação de obra na negociação normal envolve [...] duas ordens de interesse: moral e pecuniário”. Quanto ao elemento moral, ele “é a expressão do espírito criador da pessoa, com reflexo da personalidade do homem na condição de autor de obra intelectual”.⁵⁵⁶

O caráter de manifestação da personalidade do autor é destacado também na explicação de Barbosa sobre o sistema brasileiro de proteção do direito autoral:

Toda a estrutura legal do Direito autoral, no Brasil, é inspirada no sistema clássico francês, em que há uma especial ênfase da proteção da obra como manifestação do espírito de seu criador. Num contexto empresarial, esta postura atua de forma comparável ao Direito do Trabalho – pretende favorecer a parte que considera mais frágil, no caso o empregado⁵⁵⁷.

Em obra clássica, Pedro Orlando ressalta a influência da CUB na legislação brasileira, à época, levando à alteração do art. 667 do CC (que permitia a cessão de nome literário), para proteger o direito moral do autor. Mas o ponto a ressaltar é que o direito moral do autor funda-se, segundo Orlando, no respeito à personalidade:

O direito moral do autor obteve, nos últimos tempos, plena autonomia, reconhecida pela doutrina, pela lei e pela jurisprudência, qualquer que seja a natureza atribuída ao direito autoral, si uno, si dúplice, como, aliás, preferimos; e

a) funda-se no respeito à personalidade humana, em sua alta manifestação criadora de arte e ciência universalmente reconhecido pela lei e pelo direito;

b) apresenta-se com caráter absoluto, perpétuo, intransmissível e irrenunciável; [...]

O Brasil, adotando o texto da Convenção de Berna, revista em Roma, fica obrigado a reformar sua legislação para atender aos pontos indicados na conclusão anterior, como característicos do direito moral, ou para, como mínimo de proteção:

1º – revogar o parágrafo primeiro do art. 667 do Cód. Civil, proibindo, ao revés, a cessão do nome literário. [...] ⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ BITTAR, 2004, p. 47.

⁵⁵⁶ Id. Ibid., p. 142-144.

⁵⁵⁷ BARBOSA, 2003, p. 36.

⁵⁵⁸ ORLANDO, Pedro. *Direito autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das convenções internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais*. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2004. Esta obra foi reeditada para integrar uma coleção de história do direito.

Lipszyc, no mesmo sentido, afirma que o “direito moral protege a personalidade do autor em relação à sua obra”⁵⁵⁹, relacionando os caracteres do direito moral do autor e definindo-o como “essencial, extrapatrimonial, inerente e absoluto”. O direito moral seria essencial, segundo a autora, por conter um mínimo de direitos exigíveis e provenientes do ato da criação intelectual. Há, contudo, uma diferença entre os direitos de personalidade – também chamados de personalíssimos – e o direito moral: este não é inato; só autores desfrutam de seu benefício. Isso não o descaracteriza, entretanto, como um direito de personalidade⁵⁶⁰.

Alexandre Dias Pereira também destaca que “sendo a obra expressão da personalidade do criador, o direito de autor tutela-a por via do reconhecimento de direitos morais ao autor, protegendo o laço pessoal entre a obra e o seu criador”.⁵⁶¹

Ademais, o direito moral é extrapatrimonial por não ser estimado em dinheiro, ainda que produza indiretamente efeitos patrimoniais. É também inerente à qualidade de autor: este o conserva por toda a vida e, após sua morte, algumas faculdades são exercidas pelos herdeiros. Por fim, o direito moral é absoluto porque oponível a qualquer pessoa (*erga omnes*), permitindo que seu titular enfrente juridicamente a todos os demais, incluindo quem tenha recebido a integralidade dos direitos patrimoniais⁵⁶².

Assim, direito moral do autor pode ser conceituado como o conjunto de faculdades inerentes ao mesmo, de caráter extrapatrimonial, absoluto e essencial, proveniente da manifestação de sua personalidade por meio de uma criação intelectual protegida pelo direito autoral.

A proteção do direito moral do autor enquanto direito fundamental é garantida internacionalmente pelo art. 27 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, exarada na III Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948. Eis o dispositivo:

Art. 27.

1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.

⁵⁵⁹ LIPSZYC, 2005, p. 154.

⁵⁶⁰ Id. Ibid., p. 156-157.

⁵⁶¹ PEREIRA, Alexandre Lopes. *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 360.

⁵⁶² LIPSZYC, 2005, p. 156-157.

2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor⁵⁶³.

Destarte, a partir do pressuposto de que o direito moral integra os direitos da personalidade do autor, se tratará agora destes, a fim de melhor compreender aquele.

3.1.2 Direitos da personalidade

Pontes de Miranda destaca a imprescindibilidade dos direitos da personalidade, considerando-os “essenciais, imprescindíveis, à personalidade”. Além disso, é considerado um direito inato, no sentido de que “nasce com o indivíduo; é aquele poder *in se ipsum*, a que os juristas do fim do século XV e do século XVI aludiam, sem ser, propriamente, o direito sobre o corpo [...]”. Assim, para o referido autor: “direitos de personalidade são todos os direitos necessários à *realização* da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas.” (grifos no original)⁵⁶⁴

Elimar Szabiawski considera o direito da personalidade como o “direito primeiro”, aquele que tem por escopo proteger a pessoa humana de qualquer tipo de ataque. São os direitos fundamentais⁵⁶⁵. O autor conceitua personalidade como o

conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoal humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade. Através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens⁵⁶⁶.

De acordo com o referido autor, a proteção conferida aos bens dessa personalidade é chamada de direito da personalidade.

De Plácido e Silva assim conceitua personalidade:

Do latim *personalitas*, de *persona* (pessoa), quer, propriamente, significar o conjunto de elementos, que se mostram próprios ou inerentes à pessoa, formando ou *constituindo* um *indivíduo* que, em tudo, morfológica, fisiológica e psicologicamente se diferencia de qualquer outro. [...] ⁵⁶⁷.

⁵⁶³ Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da III Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

⁵⁶⁴ MIRANDA, 2000, p. 34; 38; 39.

⁵⁶⁵ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993. p. 11.

⁵⁶⁶ Id. *Ibid.*, p. 35.

⁵⁶⁷ DE PLÁCIDO E SILVA, 2003, p. 605-606.

O mesmo autor também conceitua o termo “personalíssimo”, que é empregado por muitos autores como sinônimo de “direitos da personalidade”:

Derivado do latim *personalis* (inerente à pessoa), elevado ao superlativo, exprime na linguagem jurídica o que é *privativo* ou *exclusivo* à pessoa, não podendo, assim, ser afastado nem retirado dela. [...] Dizem-se também *direitos personalíssimos*, aqueles que competem, exclusivamente, a seus titulares, não podendo ser exercidos ou utilizados por outrem, que não eles. Assim, são *intransferíveis* ou *incedíveis*⁵⁶⁸.

Bittar considera como direitos da personalidade aqueles “reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesmo e nas suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos ao homem [...]”.⁵⁶⁹ Após fazer referência às várias divergências sobre a terminologia e à natureza destes direitos, Bittar opta por situar-se entre os naturalistas, que consideram os direitos da personalidade como inatos, “cabendo ao Estado apenas reconhece-los e sanciona-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária [...]”. Tais direitos são considerados, segundo Bittar, absolutos, inatos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*.⁵⁷⁰

Segundo Szabiawski, a expressão “direito da personalidade”, consagrada por Gierke, não é consensual. São empregadas várias outras, como “direitos sobre a própria pessoa” (Windsched e Campogrande), “direitos individuais” (Koehler), “direitos personalíssimos” (Rotondi) e “direitos essenciais da pessoa” ou “fundamentais dos direitos de personalidade” (Gang e De Cupis)⁵⁷¹.

Tal como na configuração do direito do autor, a divisão e a classificação dos direitos de personalidade não são unânimes. Segundo Szabiawski, alguns autores os consideram como um direito único emanado da personalidade humana, enquanto outros os dividem e classificam de acordo com suas manifestações ou atributos. Com base nesta última corrente, os direitos de personalidade podem ser públicos ou privados. Os públicos são os que visam proteger o indivíduo contra agressões praticadas pelo Estado, enquanto os privados referem-se à pessoa humana e aos aspectos particulares de sua personalidade⁵⁷².

⁵⁶⁸ DE PLÁCIDO E SILVA, 2003, p. 606.

⁵⁶⁹ BITTAR, Carlos. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 1.

⁵⁷⁰ BITTAR, 2003, p. 7; 11.

⁵⁷¹ SZANIAWSKI, 1993, p. 36.

⁵⁷² Id. *Ibid.*, p. 50-51.

Para Szaniawski, os direitos de personalidade privados, segundo a conhecida classificação de Adriano De Cupis, podem ser enquadrados em seis categorias: a) “direito à vida e à integridade física”, b) “direito sobre as partes destacadas do corpo e direito sobre o cadáver”, c) “direito à liberdade”, d) “direito ao resguardo (direito à honra, ao resguardo e ao segredo)”, e) “direito à identidade pessoal (direito ao nome, ao título e ao sinal pessoal)”, e f) “direito moral do autor”⁵⁷³. Eis contemplado, entre os direitos de personalidade⁵⁷⁴, o direito moral.

Conforme Szaniawski, os juristas brasileiros geralmente consideram os direitos de personalidade como subjetivos. Este posicionamento, no entanto, não é consensual no tocante à natureza e à classificação de tais direitos⁵⁷⁵.

O referido autor não concorda com a divisão do direito da personalidade em privado e público, admitindo a existência de um único direito geral da personalidade “[...] admitir a existência de um direito geral de personalidade pertencente à categoria dos direitos subjetivos de natureza especial, cujas características são a irrenunciabilidade, a intransmissibilidade, a indisponibilidade e a extrapatrimonialidade [...]”⁵⁷⁶.

Pontes de Miranda, após afirmar as características da intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, os classifica em:

a) direito à vida; b) direito à integridade física; c) direito à integridade psíquica; d) direito à liberdade; e) direito à verdade; f) direito à igualdade formal (isonomia); g) direito à igualdade material, que esteja na Constituição; h) o direito de ter o nome e o direito ao nome, aquele inato e esse nato; l) direito à honra; j) o direito autoral de personalidade⁵⁷⁷.

Bittar classifica os direitos da personalidade em: “a) direitos físicos; b) direitos psíquicos; c) direitos morais”. Os primeiros se referem aos componente materiais do ser humano – “a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os órgãos; os membros; a imagem, ou efigie”. Os segundos são referentes a elementos intrínsecos à personalidade – “integridade psíquica, compreendendo: a liberdade; a intimidade; o sigilo”. Os morais são concernentes aos atributos valorativos da pessoa em sociedade – “o

⁵⁷³ SZANIAWSKI, 1993, p. 51.

⁵⁷⁴ Conforme observa Szaniawski, há outras classificações. A de Gangi e Martin-Ballestero, por exemplo, inclui o direito moral do autor como um dos direitos da personalidade. Kayser, por sua vez, elabora uma lista de direitos da personalidade e a divide em dois grandes grupos: “direitos de personalidade comparáveis aos direitos reais” e “direitos de personalidade comparáveis aos direitos de crédito”, situando neste último grupo o direito moral do autor e do inventor. SZANIAWSKI, 1993, p. 52.

⁵⁷⁵ SZANIAWSKI, 1993, p. 71.

⁵⁷⁶ Id. Ibid., p. 95.

⁵⁷⁷ MIRANDA, 2000, p. 32.

patrimônio moral, compreendendo: a identidade; a honra; as manifestações do intelecto”.

⁵⁷⁸

Para o referido autor, os direitos da personalidade são compostos das seguintes espécies: direito à vida; direito à integridade física; direito ao corpo; direito a partes separadas do corpo; direito ao cadáver; direito à imagem; direito à voz; direito à liberdade; direito à intimidade; direito à integridade psíquica; direito ao segredo; direito à identidade; direito a honra; direito ao respeito; direito às criações intelectuais.⁵⁷⁹

Cabe destacar ainda que tanto pessoa física⁵⁸⁰ como pessoa jurídica⁵⁸¹ tem personalidade e, com ela, direitos. Contudo, quando se refere aos direitos da personalidade da pessoa física, se está falando de direitos que nascem com a pessoa, e não com a determinação estatal. Já quando se refere a pessoa jurídica, esta tem direitos da personalidade nos limites instituídos pelo Estado, por meio de suas leis. Neste sentido, Pontes de Miranda:

O direito de personalidade como tal, que têm os homens, é inatingível, de *lege lata*, pelo Estado. O direito de personalidade como tal, que têm as pessoas jurídicas, somente nasce porque a lei estabeleceu o surgimento da pessoa jurídica. Salvo regas jurídicas constitucionais, a lei ordinária pode exigir novos pressupostos para a aquisição. Por outro lado, o direito de personalidade como tal, que tem o homem, é ubíquo: não se pode dizer que nasce no direito civil, e daí se exporta aos outros ramos do sistema jurídico, aos outros sistemas jurídicos e ao sistema jurídico supra-estatal; *nasce* simultaneamente, *em todos* [...].⁵⁸²

No mesmo sentido, Bittar, afirmando que são plenamente compatíveis às pessoas jurídicas os direitos da personalidade, tendo em vista que estas, “como entes dotados de personalidade pelo ordenamento positivo (novo Código Civil, arts. 40 e 45), fazem jus ao reconhecimento de atributos intrínsecos à sua essencialidade [...]”.⁵⁸³

Os direitos da personalidade, na legislação brasileira, estão previstos de forma esparsa na Constituição Federal de 1988⁵⁸⁴, no Código Civil e em diplomas legais como a LDA e a Lei n° 9.609/1998, entre outros.

⁵⁷⁸ BITTAR, 2003, p. 17.

⁵⁷⁹ Id. Ibid., p. 70-149.

⁵⁸⁰ Art. 2°, do CC.

⁵⁸¹ Art. 45, do CC.

⁵⁸² MIRANDA, 2000, p. 39.

⁵⁸³ BITTAR, 2003, p. 13.

⁵⁸⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, referida no decorrer desta tese como CF.

Na CF, a maior parte dos direitos de personalidade se encontra, direta ou indiretamente, mencionada no art. 5º, que trata dos “direitos e deveres individuais e coletivos”, no âmbito “dos direitos e garantias fundamentais”.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

Destacam-se do *caput* do artigo as garantias à vida, à liberdade e à igualdade, baseadas na classificação de Pontes de Miranda⁵⁸⁵.

Nos incisos do art. 5º constam outras garantias que respeitam aos direitos da personalidade:

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

José Cretella Junior ressalta que “o *pensamento*, no mundo, pode ser intransitivo (interno) ou transitivo (externo) e este último é o que interessa ao mundo jurídico”. Complementa, a seguir, afirmando que “*pensamento manifestado* ou *transitivo* é o que se projeta da mente do sujeito para o mundo dos homens. A *manifestação do pensamento* pela palavra oral ou escrita é uma das *liberdades públicas* supremas do ser humano”⁵⁸⁶.

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Já Cretella Junior o situa entre os decorrentes da liberdade pública, nos seguintes termos: “Cabe também à disciplina jurídica denominada *liberdades públicas* a análise do relevante assunto conhecido, no direito francês, como ‘*le droit de réponse*’”⁵⁸⁷.

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...]

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Para Cretella Junior, a atividade intelectual é “toda a cogitação em que está presente o raciocínio do homem, no campo do espírito, [...]”. Já a atividade artística, segundo o mesmo autor, é mais específica, traduzindo “qualquer tipo de arte, plástica ou rítmica, dança, pintura, escultura, peça musical, teatro, cinema, fotografia, tudo é arte”. A

⁵⁸⁵ MIRANDA, 2000, p. 33 et seq..

⁵⁸⁶ CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Federal brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 204-205.

⁵⁸⁷ Id. *Ibid.*, 1988, p. 213.

atividade científica, por sua vez, integraria as atividades intelectuais. Em outras palavras, toda a atividade científica é intelectual, mas nem toda atividade intelectual é científica. Todas as atividades arroladas no inciso IX são, portanto, livres, independentes de censura ou licença. O referido autor assevera que censura é “o exame a que determinadas autoridades governamentais, moralistas ou eclesiásticas, submetem os meios de comunicação humana”, enquanto licença seria a “anuência (licença, permissão, autorização) do poder público”⁵⁸⁸.

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; [...]

XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; [...]

XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; [...]

Os incisos acima envolvem o direito à liberdade, o qual engloba igualmente a liberdade de expressão, de locomoção, de associação e de trabalho.

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Este é o inciso que mais contempla direitos da personalidade, sendo os direitos à imagem e à honra dos mais importantes quando se fala em direito moral do autor.

Cretella Junior ressalta que “a ofensa à imagem pode configurar qualquer dos três delitos [...]: a calúnia, a difamação, a injúria”. O autor complementa que a ofensa à honra “atinge a imagem, a reputação, a estima e a admiração de que desfruta no meio em que vive”⁵⁸⁹.

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...]

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...]

Estes dois incisos abordam o direito ao segredo⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ CRETELLA JUNIOR, 1988, p. 255-257.

⁵⁸⁹ Id. Ibid., p. 258.

⁵⁹⁰ SZANIAWSKI, 1993, p. 51-52.

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; [...]

Aqui se fala do direito autoral, garantido enquanto direito de personalidade⁵⁹¹.

Cretella Junior explica que o legislador constitucional, ao servir-se do termo “direito de exclusivo”, se afasta da divergência entre as “várias teorias elaboradas pelos autoristas a respeito da natureza jurídica do direito de autor. O direito de exclusividade incide sobre a utilização, a publicação e a reprodução”⁵⁹².

Além da CF, os direitos da personalidade estão previstos também no CC, que os regula em seu capítulo II – “dos direitos da personalidade” –, após determinar, no art. 2º, quando surge a personalidade civil:

Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. [...]

Assim, conforme já destacada anteriormente, a legislação determina, recolhendo o posicionamento de que os direitos de personalidade nascem com a pessoa física, determinando a essencialidade dos mesmos.

CAPÍTULO II

DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

O art. 11 do CC garante caráter de irrenunciabilidade e intransmissibilidade aos direitos da personalidade. Desta forma, assegura-se que tais direitos sejam preservados mesmo diante de sua limitação voluntária e expressa.

Esta característica é muito importante no contexto dos direitos morais do autor e é justamente nela que se centra a problemática da presente dissertação. Sendo irrenunciáveis e inalienáveis⁵⁹³ os direitos morais do autor, como fica a autonomia da vontade nos contratos internacionais que envolvem direito autoral, se nem todos os ordenamentos jurídicos prevêm a proteção de tais direitos, como no caso da maioria das legislações anglo-saxônicas? É o que se analisará posteriormente.

⁵⁹¹ SZANIAWSKI, 1993, p. 51-52.

⁵⁹² CRETILLA JUNIOR, 1988, p. 394.

⁵⁹³ Garantia decorrente não só do fato de os direitos morais do autor integrarem os direitos da personalidade, mas de determinação legal que impede sua renúncia ou alienação. (art. 27 da LDA).

Retornando à análise do CC:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

O art. 12 do CC protege contra lesão a direito de personalidade, incluindo direito sobre o morto.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou à intervenção cirúrgica.

Reafirma-se, aqui, o direito da personalidade de dispor sobre o próprio corpo, embora não incondicionalmente – até por respeito ao direito à vida, que é irrenunciável e intransmissível.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Os artigos acima se referem à proteção da imagem, do nome, da honra e da reputação, entre outras, dependendo da classificação doutrinária adotada.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

É garantida, ainda, a proteção à vida privada, que é inviolável e pode ser protegida a requerimento do lesado.

Apesar de não expresso na CF e no CC de forma direta, o direito moral do autor é um dos direitos de personalidade. Depreende-se tal afirmação, como já explanado no item 3.1.1 do fato da obra ser fruto da personalidade do autor, além do que ao se proteger a mesma se está protegendo a própria honra, a imagem, a liberdade, o direito ao nome, dentre outros.

Tais são os principais instrumentos legais acerca do direito da personalidade, não sendo tais limitantes da existência dos mesmos, conforme acentua Bittar: “isso não importa, no entanto, em cingir os direitos da personalidade aos reconhecidos pelo ordenamento jurídico”.⁵⁹⁴ Além desses dispositivos existem outros esparsos em leis, referentes aos direitos da personalidade e da pessoa^{595 596},

⁵⁹⁴ BITTAR, 2003, p. 8.

⁵⁹⁵ Diferenciação feita por Bittar, que conceitua os direitos da pessoa como àqueles que esta possui na órbita privada, correspondentes ao respectivo estado na sociedade. Classifica-os ainda referentes a: “a) o estado político; b) o estado individual; c) o estado familiar [...]; d) estado profissional”. BITTAR, 2003, p. 27-28.

⁵⁹⁶ Tais dispositivos não serão analisados por fugirem à delimitação temática. Contudo, a título de exemplificação, cita-se alguns dos referentes aos direitos da pessoa, analisados por Bittar: “[...] o ECA (Lei nº 8.069, de 13.7.90). para a tutela do menor e para a disciplinação das reprimendas aos menores infratores, regulamentando ainda a adoção civil; Decreto nº 24.559, de 3.7.34, para proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas; Lei nº 3.133, de 8.5.57, atualizando a adoção do Código Civil, e Lei nº 8.560, de 29.12.92, sobre investigação de paternidade de filhos fora do casamento. A par disso, o Decreto nº 20.931, de 11.1.32, sobre o exercício da medicina, proíbe a esterilização (art. 16)”. Referentes aos direitos da personalidade, o referido autor exemplificou: “Lei nº 4.280, de 18.11.92. Essa última que se preocupa com o corpo vivo e o cadáver [...]. Essa lei foi regulamentada pelo Decreto nº 879/93. Assinala-se ainda, sobre a utilização do cadáver para pesquisas científicas, a Lei nº 8.501, de 30.11.92. Cumpre-nos citar também a Lei nº 4.701, de 28.6.65, que disciplina a atividade homoterápica e institui a política do sangue humano, com regulamentação do Decreto nº 60.969, de 7.7.67, e o Decreto nº 61.817, de 1.12.67, que veda a exportação de sangue humano. Ainda sobre o problema do sangue, deve ser anotada a Lei nº 6.437, de 10.8.77, que define e estabelece sanções a infrações à legislação sanitária (art. 10). Registre-se, ainda, a Lei nº 9.610, de 19.2.98, que regula os direitos autorais, a qual reconhece, por expresso, o direito moral de autor (em especial, nos arts. 22, 24 e 27, além do inc. I, do art. 49), com caracteres de inalienabilidade e irrenunciabilidade, para a proteção da pessoa do autor de obra intelectual estética [...]. Deve-se, ainda, acrescentar neste plano a Lei de Audiovisuais, que estabelece o controle de autenticidade de cópias de obras audiovisuais em videofonograma postas em comércio (Lei nº 8.401, de 8.1.92), regulamentada pelo Decreto nº 567, de 11.6.92). A esse elenco fazemos aderir, ainda, porque discorrem sobre as atividades de imprensa e de comunicações: a) Lei nº 4.117, de 27.8.62 [...]; b) a Lei nº 5.250, de 9.2.67, [...]; e a Lei nº 7.232, de 29.10.84, sobre informática (para proteção do sigilo de dados e acesso do interessado aos registros: art. 2º, VIII e IX), além da legislação específica sobre *software* atualmente vigente (Lei nº 9.609, de 19.2.98). BITTAR, 2003, p. 38-40.

Assim, direito moral é um direito garantido ao autor, que visa proteger sua personalidade que é manifestada por meio da obra criada, sendo, assim, um direito pessoal, absoluto e intransferível.

Cumprido destacar, antes de passar à legislação sobre direito moral do autor, alguns elementos típicos do direito da personalidade que influenciaram o tratamento legal e jurisprudencial do direito moral do autor. Considera-se, assim, o direito da personalidade como irrenunciável, intransmissível, inerente, absoluto e essencial.

3.1.3 Regulamentação

3.1.3.1 Nacional

No Brasil, a proteção dos direitos autorais é garantida constitucionalmente pelo artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII:

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas; [...]

Identifica-se claramente, nesses dispositivos de caráter pessoal, a proteção ao autor enquanto pessoa. O caráter moral do autor, no entanto, resulta de outros incisos:

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Barbosa afirma a proteção constitucional dos direitos morais do autor nos seguintes termos: “A co-essência moral do direito autoral tem abrigo não nos incisos XVII e

XXVIII, mas nos dispositivos gerais da tutela da expressão (o direito de fazer pública a obra) e de resguardo da entretela moral da vida humana⁵⁹⁷.

Dessa forma, não só por suas características, mas pela proteção constitucional, o direito moral do autor se inclui nos direitos da personalidade, convertendo-se em direito fundamental.

As conseqüências dos direitos morais do autor para a vida social e econômica são de fundamental importância, pois, em que pese se referirem à personalidade do autor, geram conseqüências em seus direitos patrimoniais – o que justifica o estudo dos contratos de *software*.

A importância é confirmada por Barbosa:

O conceito de direito moral tem repercussões fundamentais no direito autoral, muito além do que se pode ler dos arts. 24 a 27 da Lei 9.610/98. É elemento central para a questão da autoria conjunta, das obras feitas sob encomenda, da titularidade original por pessoas jurídicas, da comunicabilidade nos regimes matrimoniais, da penhorabilidade dos bens imateriais, todos esses elementos com eminente repercussão no campo dos direitos patrimoniais⁵⁹⁸.

Em si, o direito autoral é regulado pela LDA. Embora mantivesse praticamente intacta a redação do diploma legal anterior – a Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973 –, as poucas alterações verificadas foram substanciais no âmbito qualitativo, visando adequar a lei de direitos autorais às novas tecnologias⁵⁹⁹.

Antes de relacionar os tratados internacionais sobre a matéria, importa analisar alguns aspectos sobre a regulamentação dos direitos morais do autor.

⁵⁹⁷ BARBOSA, 2003, p. 5-6.

⁵⁹⁸ Id. *Ibid.*, p. 10.

⁵⁹⁹ Além das normas citadas, cabe mencionar as seguintes regras legislativas: Lei nº 9.609/1998, que trata da proteção da propriedade intelectual de programas de computador; Lei nº 8.685, de 20 de julho de 1993, que cria fomento à atividade audiovisual; Lei nº 7.505, de 02 de julho de 1986, que institui o programa nacional de apoio a cultura (também chamada de Lei Rounet); Lei nº 6.615, de 16 de dezembro de 1978, que dispõe sobre a regulamentação de radialistas; Decreto nº 84.134, de 30 de outubro de 1979, que regulamenta a lei anterior; Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978, que dispõe sobre regulamentação das profissões do artista e de técnico em espetáculos de diversões, e o Decreto nº 82.385, de 05 de outubro de 1978, que regulamenta a lei anterior. Ainda há decretos que incorporam tratados internacionais, entre os quais o Decreto nº 76.905, de dezembro de 1975, da Convenção Universal sobre o Direito do Autor, e o Decreto nº 75.699, de 06 de maio de 1975, da Convenção de Berna.

a) Direitos morais do autor – conforme o art. 22 da LDA, os direitos de autor se dividem em morais e patrimoniais, pertencendo “ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”⁶⁰⁰.

Em seguida, o art. 24 da LDA relaciona os direitos morais do autor:

I – o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II – o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III – o de conservar a obra inédita;

IV – o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra;

V – o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI – o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII – o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

§ 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.

§ 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

§ 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.

Como se vê, todos estes direitos morais têm cunho extrapatrimonial ou pessoal do autor, justificando sua inclusão entre os direitos da personalidade. Um dos objetivos das faculdades morais arroladas no art. 24 da LDA é o de – protegendo a honra e a imagem do autor – proteger igualmente a criação intelectual, que é manifestação da personalidade do autor.

O caráter personalíssimo do direito moral é ressaltado no art. 27 da LDA, o qual determina expressamente que “os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis”.

⁶⁰⁰ Ressalte-se, como já explanado, que há controvérsias quanto à terminologia, com alguns autores preferindo utilizar o termo “faculdades” no lugar de “direitos morais ou patrimoniais”.

No que tange à transmissão dos direitos morais do autor, Ascensão distingue entre direitos personalíssimos e direitos pessoais. Os personalíssimos são totalmente vinculados ao autor, de tal forma que, caso este venha a falecer, tais direitos também se extinguem – é o caso dos direitos de modificação e de arrependimento. Os direitos pessoais, por sua vez, também são inalienáveis e intransmissíveis *inter vivos*, mas nada impede que venham a ser transmitidos⁶⁰¹, *causa mortis*, para os herdeiros⁶⁰².

Além dos direitos relacionados no art. 24 da LDA, há outro também inalienável e irrenunciável: o direito de seqüência. Segundo Ascensão, trata-se do único direito inalienável e irrenunciável não previsto na LDA, e o autor o classifica como direito de natureza personalíssima, apesar de patrimonial⁶⁰³.

b) Durabilidade – conforme estipula o artigo 41 da LDA, o prazo de proteção dos direitos de autor abrange todo o transcurso de sua vida e mais setenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento. Nos casos em que o autor é desconhecido ou utiliza pseudônimo, impossibilitando conhecer-se a data de sua morte, aplica-se o disposto no artigo 43 da LDA, que conta o prazo de setenta anos partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da primeira publicação da obra. Caso se descubra o nome do autor e a data da sua morte antes do termo final da proteção, aplica-se o disposto no art. 41⁶⁰⁴. Na hipótese de co-autoria de obra indivisível, o prazo de setenta anos é contado a partir da morte do último autor. Se um dos co-autores não deixar sucessão, seus direitos serão transmitidos aos co-autores sobreviventes (art. 42 da LDA). No caso de constar como autora uma pessoa jurídica, conforme previsto no art. 11, parágrafo único, da LDA, verifica-se lacuna no prazo de proteção a partir da lei de 1998. A lei anterior previa o prazo de 15 anos, contados a partir da “publicação ou da reedição de obra cujo autor é o Estado”⁶⁰⁵. São estipulados, também, prazos especiais de proteção. É o caso do artigo 44 da LDA, que prevê a proteção de sessenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da divulgação das obras audiovisuais e fotográficas. Já no caso de jornais, o prazo é de um ano após a publicação do último número; se o jornal for anual, o prazo será de dois anos (art. 10, parágrafo único, da LDA). Outro prazo especial é o de cinquenta

⁶⁰¹ José de Oliveira Ascensão critica a utilização do termo “transmissão” para a sucessão dos direitos morais aos herdeiros do autor, em que pese sua utilização pela lei. ASCENSÃO, 1997, p. 276.

⁶⁰² ASCENSÃO, 1997, p. 280 et seq.

⁶⁰³ Id. Ibid., p. 296.

⁶⁰⁴ HAMMES, 2002, p. 123.

⁶⁰⁵ Id. Ibid., p. 123.

anos para proteção de programas de computador, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua publicação ou criação (art. 2º, § 2º, da Lei nº 9.609/1998)⁶⁰⁶.

A LDA, em seu art. 24, todavia, não estipula claramente o prazo de duração dos direitos morais:

§ 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.

§ 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

§ 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.

Como se vê, o direito de reivindicar a autoria, de ter o nome mencionado, de conservar a obra inédita e de assegurar a integridade da obra são transmitidos aos herdeiros, embora não se estabeleça por quanto tempo os herdeiros gozarão de tais direitos.

Pela análise do § 2º do art. 24 da LDA, pode-se argumentar que os direitos morais acima referidos vigerão enquanto vigerem os direitos patrimoniais, com exceção dos referentes à integridade e à reivindicação da autoria, que devem ser assegurados pelo Estado.

Assim, dos sete direitos morais relacionados no art. 24 da LDA, dois vigeriam enquanto durassem os direitos patrimoniais: o direito de ter o nome ligado à obra e o de mantê-la inédita. Outros dois, por sua vez, seriam perpétuos ou válidos enquanto durar a obra, sendo dever do Estado garanti-los depois que a mesma cair em domínio público: o direito à integridade e à reivindicação da autoria.

Quanto aos três restantes – o direito de modificação, o de arrependimento e o de ter acesso a exemplar único e raro da obra –, a LDA só contempla os dois primeiros, ressalvando as indenizações prévias a terceiros, quando couberem. Nada consta, pelo menos expressamente, sobre a duração desses direitos.

A doutrina também se posiciona a respeito. Para Hammes, os direitos morais findam com a morte do autor, excetuando-se os transmitidos a sucessores por força do §1º do artigo 24 da LDA. Ele não considera os direitos morais sinônimos de direito personalíssimo⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ Veja-se também: BITTAR, 2004, p. 111 e 112.

⁶⁰⁷ HAMMES, 2002, p. 124 e 125.

Segundo Ascensão, o fato de a lei não determinar a duração dos direitos morais não significa os mesmos sejam considerados perpétuos de forma generalizada, como faz a lei francesa:

Efetivamente, nos termos do art. 25, § 1º [atual art. 24, § 1º, da LDA], são direitos personalíssimos o direito de modificação e o direito de arrependimento: estes não são susceptíveis de sucessão, extinguindo-se portanto em caso de morte do criador intelectual⁶⁰⁸.

Para o autor, não se pode negar proteção perpétua a alguns direitos, como o da integridade e da genuinidade da obra, ainda que a mesma tenha caído em domínio público, cabendo ao Estado efetivá-la por força do § 2º, art. 25, da lei de 1973 (atual § 2º do art. 24 da Lei nº 9.610/98)⁶⁰⁹.

Bittar, por sua vez, assegura ser a perpetuidade uma das características dos direitos morais⁶¹⁰, posicionamento com o qual concorda Eduardo Pimenta, que extrai tal conclusão dos §§ 1º e 2º do art. 24 c/c 27, da LDA⁶¹¹.

Também na doutrina estrangeira há controvérsias sobre a duração dos direitos morais do autor. Baseado na legislação espanhola⁶¹², Plaza Penades argüi que tais direitos findam, a princípio, com a morte do autor – e o fato de existirem vários prazos de proteção após a morte do autor, nas diversas legislações sobre direito autoral, garante apenas maior ou menor proteção de seus herdeiros⁶¹³.

Já Pollaud-Dulian, explica que, na concepção da lei francesa, o direito moral tem caráter perpétuo. Para este doutrinador, pode parecer estranho que o direito moral – um direito da personalidade e que não pode ser transmitido – dure mais que o próprio autor, mas tal regra de perpetuidade é coerente com a concepção vigente na França sobre direito moral. Segundo Pollaud-Dulian, “se a obra exprime a personalidade de seu autor, tanto que a obra sobrevive, tanto que ela é suscetível de ser comunicada a um público, uma parte da pessoa do autor sobrevive com ela”⁶¹⁴.

c) Irrenunciabilidade e inalienabilidade – o art. 27 da LDA deixa claro que os direitos morais do autor não podem ser objeto de renúncia ou de alienação. Esse

⁶⁰⁸ ASCENSÃO, 1997, p. 281.

⁶⁰⁹ Id. Ibid., p. 338.

⁶¹⁰ BITTAR, 2004, p. 48.

⁶¹¹ Cf. PIMENTA, 2002, p. 82; ADOLFO, 2000, p. 7.

⁶¹² Veja-se observação feita no início deste Capítulo.

⁶¹³ PLAZA PENADES, 1997, p. 137.

⁶¹⁴ POLLAUD-DULIAN, 2005, p. 391-392. (Si l'oeuvre exprime la personnalité de son auteur, tant que l'oeuvre survit, tant qu'elle est susceptible d'être communiquée à un public, une part de la personne de l'auteur survit avec elle).

pressuposto deve-se, inclusive, ao fato de os direitos morais emanarem do direito da personalidade do autor, sendo a proibição coerente com a natureza dos mesmos.

Ao destacar o caráter de intransmissibilidade dos direitos pessoais do autor (direitos morais), Ascensão observa que o autor se vê muitas vezes obrigado a transferir parte dos direitos pessoais para possibilitar a utilização da obra por meio da transmissão dos direitos patrimoniais. Tal argumentação, no entanto, não seria válida porque fruto da mercantilização dos direitos pessoais do autor, “pois o exercício deste tenderia a ser dissociado da defesa da personalidade”⁶¹⁵.

Pontes de Miranda destaca que o “direito autoral de personalidade é direito da pessoa que criou a obra. Não se transmite por morte, nem por ato jurídico entre vivos”. No que tange a possibilidade de atuação dos herdeiros na defesa de tais direitos, o autor explica que os mesmos “são legitimados às respectivas ações e à questão prejudicial da identificação pessoal da obra [...]”.⁶¹⁶

Na doutrina estrangeira encontram-se alguns apontamentos interessantes sobre o tema. Gonzalez Lopez, por exemplo, distingue inalienabilidade de intransmissibilidade de forma diversa da de outros doutrinadores. A autora considera “alienação” o voluntário desapoderamento de um direito por ato *inter vivos*, enquanto “transmissão” traduziria o ato de passar um direito do patrimônio jurídico de alguém para outrem, seja por ato *inter vivos* ou *causa mortis*⁶¹⁷. No caso de um autor ceder a terceiro suas faculdades patrimoniais, o direito de tutelar a manifestação da sua personalidade na obra seria mantido. Assim, “a vontade contratual não pode romper de modo absoluto e completo o vínculo jurídico que une o autor e sua obra e, por final, não pode fazer entrar inteiramente a esta a esfera jurídica do adquirente”⁶¹⁸.

Pollaud-Dulian defende a inalienabilidade do direito moral, afirmando que a “inalienabilidade é, a nosso juízo, condição *sine qua non* do verdadeiro reconhecimento de um tal direito, sem o que a proclamação do direito moral não é mais que uma ilusão e um

⁶¹⁵ ASCENSÃO, 1997, p. 282.

⁶¹⁶ MIRANDA, 1983, p. 46-48.

⁶¹⁷ Ascensão define de forma diversa a transmissibilidade, conforme visto acima. ASCENSÃO, 1997, p. 276.

⁶¹⁸ GONZALEZ LOPEZ, 1993, p. 129-130. ([...] la voluntad contractual no puede romper de modo absoluto y completo el vínculo jurídico que une al autor y su obra y, por ende, no puede hacer entrar enteramente a ésta en la esfera jurídica del adquirente).

*trompe-l'oeil*⁶¹⁹”. Finalmente, este autor inclui no âmbito da inalienabilidade tanto a alienação por meio de contrato oneroso ou gratuito como a renúncia ao direito moral⁶²⁰.

Seja após a morte do autor, seja ainda durante sua vida, muitas questões e divergências práticas surgem, todavia, acerca do que é realmente transmissível e daquilo a que se pode renunciar – o que decorre até da generalidade intrínseca a tais preceitos⁶²¹.

Buscando pôr fim às divergências, Ascensão ressalta que os direitos morais do autor não são absolutos, embora contenham um núcleo inatingível, diferentemente de sua periferia⁶²². O parâmetro deste doutrinador, para averiguar se as restrições são ou não cabíveis, é o interesse da ordem pública e o valor ético:

Em conseqüência, um direito de autor cuja limitação não comporte nenhum conteúdo ético pode ser livremente restringido. Não deixa de ser inalienável e irrenunciável, mas é susceptível de restrições em concreto. Se tem conteúdo ético, há que se perguntar se a restrição em causa é ou não contrária à ordem pública. Se o não for, a restrição é válida. Mas o criador intelectual pode a todo o momento revogar a autorização concedida. Simplesmente, por maioria de razão em relação ao que vimos passar-se com os direitos de personalidade, terá nesse caso de indenizar os danos que com essa atitude causou à outra parte, que com ele celebrou contrato lícito⁶²³.

Ao tratar das formas de extinção dos direitos de autor, Ascensão afirma ser impossível uma renúncia de “faculdade por faculdade”, ou seja, de uma faculdade ou de um direito arrolado pelo art. 24 da LDA, mas que é admissível a renúncia global dos direitos pessoais do autor⁶²⁴. Vale salientar, porém, que renúncia difere de abandono e de transmissão a outrem. Quando se renuncia, abre-se mão de direitos no âmbito global e não se pode mais reivindicá-los com base na premissa de irrenunciabilidade do art. 27 da LDA. Do mesmo modo, diante da renúncia global dos direitos do autor, os mesmos caem em domínio público e não podem ser exercidos por outrem. Não é este, no entanto, o foco primordial deste trabalho, pelo que se remete à obra de Ascensão⁶²⁵.

⁶¹⁹ *Trompe-l'oeil* “é uma expressão que designa uma pintura decorativa que visa criar a ilusão de objetos reais em relevo, através de perspectiva”. REY, Alain. *Le Robert Micro: dictionnaire d'apprentissage de la langue française*. 3. ed. Paris: Nouvelle, 1998. p. 1366.

⁶²⁰ POLLAUD-DULIAN, 2005, p. 387. ([...] inaliénabilité est, à notre sens, la condition *sine qua non* de la véritable reconnaissance d'un tel droit, sans laquelle la proclamation du droit moral n'est qu'une inclusion et un *trompe-l'oeil*).

⁶²¹ ASCENSÃO, 1997, p. 284.

⁶²² Id. *Ibid.*, p. 288.

⁶²³ Id. *Ibid.*, p. 289.

⁶²⁴ Cf. PIMENTA, 2002, p. 68 et seq.

⁶²⁵ ASCENSÃO, 1997, p. 290 e 291; 329 e 330.

d) Autor (pessoa física) – Newton Silveira destaca a ligação entre o indivíduo e sua obra nos seguintes termos:

[...] o fundamento do direito sobre tais obras se explica pela própria origem da obra, do indivíduo para o mundo exterior. A obra lhe pertence originalmente pelo próprio processo de criação; só a ele compete decidir revelá-la pondo-a no mundo, e esse fato não destrói a ligação original entre obra e autor⁶²⁶.

No que tange à participação do autor em obras coletivas⁶²⁷, Silveira ressalta a correspondência entre o art. 17 da LDA e a norma constitucional (art. 5º, XXVIII), ao determinar que cabe à pessoa física do autor o direito moral sobre a obra, como ao organizador cabem os direitos patrimoniais:

Nessa linha, e respondendo ao imperativo constitucional de *assegurar proteção às participações individuais em obras coletivas*, a bona lei define, no art. 5º, VIII, *h, obra coletiva*: [...] Isso feito, pretende, pelo art. 17, dar cumprimento à norma constitucional, garantindo, em seu § 1º, o direito moral do “participante individual” e estabelecendo, no § 2º, que ‘cabe ao *organizador* a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva’⁶²⁸.

Já o *caput* do art. 11 da LDA declara que autor “é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”. Contudo, no parágrafo único, refere uma exceção ao afirmar que “a proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei”. Pode-se cita o caso da obra coletiva, onde o titular originário dos direitos autorais poderá ser uma pessoa jurídica organizadora da mesma. Vale ressaltar, entretanto, que essa autoria não exclui o direito moral de cada autor individualmente. Tal entendimento advém da própria redação do art. 17, que trata das obras coletivas:

Art. 17. É assegurada a proteção às participações individuais em obras coletivas.

§ 1º. Qualquer dos participantes, no exercício de seus direitos morais, poderá proibir que se indique ou anuncie seu nome na obra coletiva, sem prejuízo do direito de haver a remuneração contratada.

§ 2º. Cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva. [...]

⁶²⁶ SILVEIRA, 1998, p. 15.

⁶²⁷ Note-se a conceituação legal para obra coletiva. Art. 5º, VIII, “h”, da LDA: “h) coletiva - a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma”.

⁶²⁸ SILVEIRA, 1998, p. 62.

O art. 88 da LDA, por seu turno, também determina a proteção do autor, enquanto indivíduo, na obra coletiva:

Art. 88. Ao publicar a obra coletiva, o organizador mencionará em cada exemplar: [...]

II – a relação de todos os participantes, em ordem alfabética, se outra não houver sido convencionada; [...]

Parágrafo único. Para valer-se do disposto no § 1º do art. 17, deverá o participante notificar o organizador, por escrito, até a entrega de sua participação.

Portanto, a princípio, somente a pessoa física do autor tem o direito moral sobre a obra. Contudo, pode-se admitir o exercício deste direito pela pessoa jurídica, a fim de facilitar a reivindicação do mesmo.

Neste sentido, Pontes de Miranda:

O titular do direito autoral de personalidade é sempre homem, a pessoa física, ainda quando se trate de grupo de homens, *em comunhão*. A pessoa jurídica tem apenas o *exercício* do direito autoral da personalidade, cumulativamente com o exercício pelos titulares segundo regras de comunhão, ou individualmente.⁶²⁹

Assim, o criador do *software*, mesmo sendo ele uma obra coletiva, onde não se possa dividir a que parte está vinculada a sua participação, preserva seu direito moral sobre aquele. O exercício do direito moral pode se dar individualmente pelo criador e, cumulativamente, pelo organizador da obra coletiva, que pode ser pessoa física ou jurídica.

3.1.3.2 Internacional

Até pela própria característica da criação, o direito de autor ultrapassa fronteiras, abarcando várias culturas, países e pessoas – daí a necessidade de regulamentá-lo uniformemente ou, se impossível, de maneira menos conflitante, em nível internacional. Nesse sentido se expressa Plínio Cabral: “Mas, por outro lado, é preciso considerar que a arte não reconhece fronteiras. Sua tendência é rompê-las. Sempre foi assim. A arte está voltada para a humanidade; portanto, situa-se acima das nações”⁶³⁰.

A posição da doutrina internacional é semelhante. Délia Lipszyc, por exemplo, afirma que “a vocação universal das obras do espírito e o dom de ubiqüidade que as

⁶²⁹ MIRANDA, 2000, p. 190.

⁶³⁰ CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos autorais: comentários*. 4. ed., São Paulo: Harbra, 2003. p. 6.

caracteriza determinam que a proteção do direito de autor dentro dos limites do país de origem seja insuficiente para assegurar a tutela”⁶³¹.

A partir daí, várias convenções foram assinadas com o intuito de harmonizar as leis sobre os direitos do autor, quer no âmbito da ONU, por meio da OMPI e da UNESCO, quer no âmbito da OMC, quer ainda em nível regional. Eis algumas delas: Convenção de Berna (1886), com suas respectivas revisões em Paris (1896), Berlim (1908), Roma (1928), Bruxelas (1948), Estocolmo (1967) e novamente Paris (1971, modificada em 1979); Convenção Universal de Genebra (UNESCO, 1952), revista em Paris (1971); Convenção de Roma (1961) e Convenção de Genebra (1971), relacionadas ambas a direitos conexos.

No continente americano, por sua vez, foram firmados os seguintes acordos: Congresso de Direito Internacional Privado de Montevideu (1889), revisto na mesma cidade (1939)⁶³²; Convenção do México (1902), do Rio de Janeiro (1906), de Buenos Aires (1910), de Caracas (1911, regional), de Havana (1928, que revisou a de Buenos Aires)⁶³³ e de Washington (1946, que substituiu as demais). O Brasil incorporou, em nível mundial, as convenções de Berlim (Decreto n° 23.270/1933), Bruxelas (Decreto n° 34.954/1954), Roma (Decreto n° 57.125/1965), Paris (Decreto n° 79.905/1975) e Genebra (Decreto n° 48.458/1960). Em nível interamericano, foram incorporadas as convenções do Rio de Janeiro (Decreto n° 9.190/1911), de Buenos Aires (Decreto n° 11.588/1915) e de Washington⁶³⁴ (Decreto n° 26.675/1949)⁶³⁵.

Ainda é importante mencionar o Acordo ADPIC, promovido pela OMC.

Na atualidade, conforme observa Lipszyc, as convenções interamericanas tem apenas valor histórico, haja vista terem sido substituídas pela CUB e pela Convenção Universal⁶³⁶.

⁶³¹ LIPSZYC, 2005, p. 590. (La vocación universal de las obras del espíritu y el don de ubicuidad que las caracteriza determinan que la protección del derecho de autor dentro de los límites del país de origen sea insuficiente para asegurar la tutela).

⁶³² Incluiu no art. 15 o reconhecimento do direito moral do autor, conforme art. 6° *bis* da CUB. O Brasil não ratificou este tratado. LIPSZYC, 2005, p. 614.

⁶³³ Esta convenção consagra o direito moral do autor à integridade da obra e o direito da paternidade, com caráter de inalienabilidade, conforme prevê o art. 6° *bis* da CUB. (Art. 13, *bis*). O Brasil não ratificou este tratado. Id. *Ibid.*, p. 613-614.

⁶³⁴ Lipszyc destaca alguns retrocessos trazidos por este tratado para a matéria do direito autoral, dentre eles a possibilidade de cessão ou renúncia do direito moral do autor à integridade da obra. Acrescenta ainda que tais retrocessos ocorreram para viabilizar a adesão dos Estados Unidos. O Brasil ratificou o tratado. Id. *Ibid.*, p.616.

⁶³⁵ BITTAR, 2004, p. 13-14.

⁶³⁶ Convenção Universal de Genebra (UNESCO, 1952), revista em Paris (1971). LIPSZYC, 2005, p. 617.

Ainda acerca dos tratados internacionais de direitos do autor, as palavras de Pimentel:

A OMPI administra, também, desde janeiro de 1997, em matéria de direito de autor e direitos conexos, a *União de Berna*, para a proteção das obras literárias e artísticas; o *Tratado da OMPI sobre Direito de Autor*, para a proteção dos direitos dos artistas-intérpretes ou executantes [...]; a *Convenção de Roma*, sobre a proteção dos artistas-intérpretes ou executantes, os produtores de fonogramas e os organismos de radiodifusão.

Administra, em cooperação com a UNESCO e com a Organização Internacional do Trabalho, a *Convenção de Genebra*, para a proteção dos produtores de fonogramas contra a reprodução não autorizada [...].

A partir de 1º de janeiro de 1996, a OMPI possui um acordo com a Organização Mundial do Comércio, que não é membro do sistema de organizações das Nações Unidas. No Acordo foi prevista a cooperação entre a Repartição Internacional da OMPI e a Secretaria da OMC a respeito da assistência aos países em desenvolvimento e da notificação e compilação das leis e regulamentos de propriedade intelectual dos membros da OMC⁶³⁷.

Duas dessas convenções repercutem no âmbito do direito moral do autor e merecem análise em separado, até porque divergem acerca do tema: a Convenção da União de Berna (CUB) e o Acordo sobre os Aspectos de Direito da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPIC).

a) CUB – fundada por Victor Hugo⁶³⁸, a convenção é “fruto dos trabalhos que resultaram na Associação Literária e Artística Internacional de 1878” e visa a proteção dos direitos dos autores de obras literárias e artísticas⁶³⁹. Assim como a Convenção da União de Paris (CUP) – que versou sobre propriedade industrial –, a CUB representou um espaço comum de direito. CUB e CUP, bem entendido, não tinham o objetivo único de disciplinar a matéria, mas também o de criar Uniões⁶⁴⁰ administradas por seus respectivos “Bureaux”. Nas palavras de Maristela Basso,

o ‘Bureau de Paris’ e o ‘Bureau de Berna’ eram secretarias internacionais que, por razões de praticidade, se uniram em 1892 e, após receberem várias denominações, constituíram o ‘BIRPI – Bureaux Internationaux Réunis Pour la Protection de la Propriété Intellectuelle’⁶⁴¹.

⁶³⁷ PIMENTEL, 1999, p. 141.

⁶³⁸ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Considerações sobre o direito moral do autor. *Revista da ABPI*, ABPI, São Paulo, n. 44, p. 3-12, jan./fev. 2000. p. 5.

⁶³⁹ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed., rev. atual., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 190-191.

⁶⁴⁰ Convenção da União de Paris e Convenção da União de Berna.

⁶⁴¹ BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 91.

Em 14 de julho de 1967, com o surgimento da OMPI⁶⁴², ligada a ONU, o BIRPI passa à condição de “Secretaria Internacional” administrada pela nova entidade. O tratado que instituiu a OMPI, destarte, não substituiu as convenções de Paris e de Berna, mas as incorporou.

O objetivo da CUB é definido pela própria OMPI: “A Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, adotada em 1886, estabelece e define normas mínimas de proteção dos direitos patrimoniais e morais dos autores de obras literárias”⁶⁴³.

Segundo Ascensão, são os países desenvolvidos, grandes exportadores de obras intelectuais, que impulsionam a contratação internacional, haja vista que o primeiro grande acordo transnacional surgiu por iniciativa das nações da Europa. Para este autor, a Convenção de Berna “continua a ser o instrumento-padrão do direito de autor internacional”. E ele complementa, afirmando que “esta convenção deu o tom às convenções internacionais nestes domínios, pois a sua estrutura fundamental foi seguida pelos instrumentos posteriores”⁶⁴⁴.

Dentre os princípios da CUB podem-se destacar, segundo Ascensão⁶⁴⁵:

I – “Princípio do tratamento nacional” (art. 5º), que é o princípio básico da CUB, traduzindo a “assimilação do unionista ao nacional”⁶⁴⁶. De acordo com este princípio, a CUB não é aplicada ao país do autor, mas protege autores de nações signatárias nos demais países. Em outras palavras, garante-se que o autor estrangeiro tenha o mesmo tratamento de um nacional nos demais países unionistas ou onde ele publicar a obra pela primeira vez. Não se obriga a que os países uniformizem suas legislações, mas que se conceda ao autor de um país signatário o mesmo tratamento conferido a um nacional. A CUB ainda deixa a critério de cada país a proteção a determinadas obras, de acordo com os seguintes artigos: art. 2º, 2 (faculdade de expressar em lei a não-proteção das obras não fixadas num suporte material), art. 2º, 4 (faculdade da proteção a textos oficiais de caráter legislativo, administrativo e judiciário), art. 2º, *bis* 1 (faculdade de excluir da proteção referida no artigo anterior os discursos políticos e de debates judiciários), art. 2º, *bis* 2 (faculdade de

⁶⁴² Em inglês, *World Intellectual Property Organization – WIPO*, referida no decorrer desta dissertação como OMPI.

⁶⁴³ Revista de la OMPI, Ginebra, marzo-abril de 2003, p. 24. (El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, adoptado en 1886, establece y define normas mínimas de protección de los derechos patrimoniales y morales de los autores de obras literarias y artísticas).

⁶⁴⁴ ASCENSÃO, 1997, p. 639.

⁶⁴⁵ Id. *Ibid.*, p. 639-640. Veja-se também BARBOSA, 2003, p. 192-193.

⁶⁴⁶ BARBOSA, 2003, p. 192.

estabelecer a forma como sermões, alocações etc. podem ser reproduzidos na imprensa), art. 7º, 4 (faculdade de proteção de obras fotográficas e obras de arte aplicadas consideradas artísticas), art. 7º, 6 (faculdade de conceder duração superior às previstas) e art. 10º, 2 (condições em que podem ser utilizadas licitamente as obras intelectuais para fins de ilustração de ensino nas publicações, emissões radiofônicas etc.), dentre outros.

II – “Garantia dos mínimos convencionais”, que inclui as regras mínimas de proteção estabelecidas pela CUB, as quais não podem “ser postergadas pelas legislações nacionais”. Nas revisões posteriores foram acrescentados outros direitos mínimos⁶⁴⁷.

III – “A determinação do país de origem da obra”, que é definida por uma série de critérios estipulados no artigo 5º, inciso 4, da CUB, tendo por base a distinção entre obras publicadas e não-publicadas.

IV – “Princípio da conformidade da legislação interna”, segundo o qual, a partir do momento em que um país é signatário da CUB, sua legislação passa a admitir a aplicação das regras convencionais em âmbito interno. Segundo Ascensão, uma exceção a esse princípio são os EUA, que aderiram a CUB, mas não incluíram em seu ordenamento a proteção ao direito pessoal do autor – ou seja, aos direitos morais.

A CUB serviu de modelo para muitas legislações nacionais, dentre elas a brasileira. É o que explica Bittar: “Com base nessa estruturação, propiciou-se certa uniformidade na legislação interna dos países convenientes, inclusive o Brasil, sendo periodicamente revistos os textos das Convenções para sua adaptação à evolução tecnológica”⁶⁴⁸. O referido autor acrescenta:

A preocupação com a manutenção da orientação perseguida desde a Convenção de Berna, de 9 de setembro de 1886, foi albergada pelo legislador que, consciente das modificações ocorridas no setor, houve por bem disciplinar a temática em texto normativo que, em sua base, é o texto revolucionário e unificador de 14.12.73;⁶⁴⁹

Por força da obrigação de Direito Internacional Público, o Estado que ratifica um tratado deve obrigar seus nacionais a cumpri-lo, tendo em vista que a partir de sua ratificação, torna-se uma lei interna⁶⁵⁰.

⁶⁴⁷ ASCENSÃO, 1997, p. 640.

⁶⁴⁸ BITTAR, 2004, p. 3.

⁶⁴⁹ CABRAL, 2003, p. 15-16.

⁶⁵⁰ Apesar de ainda não ratificado pelo Brasil, cabe destacar o disposto na Convenção de Viena sobre os direitos dos tratados, de 1969, em seus arts.26 et seq.

Para Cabral, a CUB ainda define e estabelece certos pontos básicos sobre o direito moral do autor:

- divide, claramente, os direitos de autor em patrimoniais e morais, estes irrenunciáveis e inalienáveis, mesmo quando o autor cede definitivamente sua obra para exploração por terceiros;
- garante o direito à paternidade da obra e o privilégio de autor de impedir modificações de qualquer natureza;
- fixa as limitações aos direitos do autor: cópias sem fins de lucro, citações, notícias de imprensa, divulgações dos fatos e informações gerais são livres;
- assegura o chamado ‘direito de suíte’, ou seja, a participação do autor nos lucros da eventual revenda de sua obra⁶⁵¹.

Assim, a proteção dos direitos morais garantida pela legislação brasileira provém da CUB, embora não tenha se efetivado no instrumento da convenção, mas após a Convenção de Roma, em 1928. Esta convenção foi promulgada pelo Brasil através do Decreto n° 23.270, de 24 de outubro de 1933.

Lipszyc, após extensiva descrição histórica das origens da CUB, relata a inclusão da proteção dos direitos morais pela revisão de Roma, em 1928:

A proteção do direito moral do autor já havia começado a ser recepcionada, em forma a mais ou menos ampla, em algumas leis nacionais e foi proposta por várias delegações (Itália, França, Bélgica, Polônia, Tchecoslováquia e Romênia) que apresentaram seus respectivos projetos.

Na primeira sessão de trabalho da Conferência, Piola Caselli advogou fervorosamente pela proteção do direito moral no ordenamento internacional, destacando que o princípio da existência dos direitos pessoais do autor na relação com sua obra, em particular o direito de reivindicar a paternidade e de se opor a toda modificação da obra que prejudique seus interesses morais, já havia sido reconhecido pela jurisprudência e pela doutrina de vários países⁶⁵².

Mais adiante, Lipszyc acrescenta que os países da *Common Law* se opuseram à proteção do direito moral pela ordem internacional, haja vista seus ordenamentos jurídicos não protegerem os direitos de caráter pessoal do autor diretamente pelo *copyright*, mas por meios indiretos, como as decisões jurisprudenciais. Observa, ainda, que o convênio adotou

⁶⁵¹ CABRAL, 2003, p. 7.

⁶⁵² LIPSZYC, 2005, p. 641-642. (La protección del derecho moral del autor ya había comenzado a ser receptado, en forma más o menos amplia, en algunas leyes nacionales y fue propuesta por varias delegaciones (Italia, Francia, Bélgica, Polonia, Checoslovaquia y Rumania) que presentaron sendos proyectos. En la primera sesión de trabajo de la Conferencia, Piola Caselli abogó fervorosamente por protección del derecho moral en el orden internacional, destacando que el principio de la existencia de los derechos personales del autor en relación con su obra, en particular el derecho de reivindicar la paternidad y de oponerse a toda modificación de la obra que perjudique sus intereses morales, ya había sido reconocida por la jurisprudencia y la doctrina de varios países).

uma postura imparcial quanto à natureza dos direitos morais do autor, nada dispondo sobre sua duração. Portanto, por força do § 2º, cabe às legislações nacionais a regulamentação não apenas dos meios processuais, mas das condições de exercício desses direitos morais⁶⁵³.

De acordo com a referida autora, a duração dos direitos morais foi tratada na revisão de Bruxelas e contemplada no § 1º do art. 6º *bis* da CUB, ficando estabelecido seu caráter vitalício. Quanto à proteção de tais direitos após a morte do autor, o § 2º do mesmo artigo assegura que deve vigor até a extinção dos direitos patrimoniais. A observância deste dispositivo, no entanto, é eventual, já que exige a anuência das legislações nacionais⁶⁵⁴. Em 1967, na revisão de Estocolmo, a última frase do texto foi suprimida, apesar da firme oposição dos países da *Common Law* e dos que baseiam nesta tradição jurídica⁶⁵⁵. Ainda ficou estabelecido, segundo Lipszyc, que os países que não tenham previsto em suas legislações – à época da ratificação ou da adesão da Ata de Paris (1971) – a proteção aos direitos morais do autor, poderiam determinar que algum ou alguns desses direitos não vigessem após a morte do autor⁶⁵⁶.

Atualmente, tal proteção está prevista no art. 6º *bis* da CUB:

1. Independentemente dos direitos patrimoniais de autor, e mesmo depois da cessão dos citados direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a toda deformação, mutilação ou outra modificação dessa obra, ou a qualquer dano à mesma obra, prejudiciais à sua honra ou à sua reputação.
2. Os direitos reconhecidos ao autor por força do parágrafo 1 antecedente, mantêm-se, depois de sua morte, pelo menos até à extinção dos direitos patrimoniais e são exercidos pelas pessoas físicas ou jurídicas a que a citada legislação reconhece qualidade para isso. Entretanto, os países cuja legislação, em vigor no momento da ratificação do presente ato ou da adesão a ele, não contenha disposições assegurando a proteção depois da morte do autor, de todos os direitos reconhecidos por força do parágrafo 1 acima, reservam-se a faculdade de estipular que alguns desses direitos não serão mantidos depois da morte do autor.
3. Os meios processuais destinados a salvaguardar os direitos reconhecidos no presente artigo regulam-se pela legislação do país onde é reclamada proteção⁶⁵⁷.

⁶⁵³ LIPSZYC, 2005, p. 642.

⁶⁵⁴ Id. *Ibid.*, p. 642.

⁶⁵⁵ Id. *Ibid.*, p. 660.

⁶⁵⁶ Id. *Ibid.*, p. 683.

⁶⁵⁷ Decreto n° 75.699/1975, art. 6º *bis*.

Como se vê, os direitos morais mínimos garantidos pela CUB são os de reivindicar a paternidade e de opor-se a toda alteração na obra que possa prejudicar a honra ou a reputação do autor⁶⁵⁸.

Adolfo afirma que “a Convenção de Berna não classificou os direitos morais como inalienáveis ou irrenunciáveis, o que pode ser feito pela legislação própria de cada país unionista”⁶⁵⁹. Ademais, surgiram controvérsias por não constarem do art. 6º *bis* as expressões “inalienável” e “irrenunciável”. Não obstante, o dispositivo é claro ao determinar que os direitos de “reivindicar a paternidade da obra e de se opor a toda deformação, mutilação ou outra modificação dessa obra, ou a qualquer dano à mesma obra, prejudiciais à sua honra ou à sua reputação” serão conservados “mesmo depois da cessão dos citados direitos”⁶⁶⁰. Assim, mesmo não declarando expressamente a inalienabilidade e a irrenunciabilidade, a CUB garante os efeitos desses dois institutos ao determinar a conservação dos referidos direitos.

Observa-se, além disso, conforme ressalta Gonzalez Lopez, que a CUB não prevê a proteção dos direitos morais para os detentores de direitos conexos (intérpretes, executantes etc.):

Mas ademais, a comentada norma reconhece o direito moral unicamente aos autores e não a outras pessoas eventualmente titulares de outros direitos derivados da propriedade intelectual, como os artistas e intérpretes ou executantes⁶⁶¹.

O curioso é que a CUB teve origem numa exigência norte-americana, embora os EUA tenham sido os maiores opositores da implantação dos benefícios da convenção em favor dos países em desenvolvimento. Já a revisão de Estocolmo, em 1967, configurou a primeira tentativa de negociação de um protocolo favorável às nações do Terceiro Mundo, em que pese o fato de que “as grandes potências não o ratificaram”⁶⁶². Em 1971, em Paris, procedeu-se à nova revisão e as previsões em benefício dos países em desenvolvimento foram reduzidas a níveis insignificantes, o que possibilitou o desbloqueio da convenção⁶⁶³. Atualmente, a CUB prevê condições especiais para fomentar o desenvolvimento dessas

⁶⁵⁸ Sobre durabilidade do direito moral do autor, ver item 3.1.3.1, b.

⁶⁵⁹ ADOLFO, 2000, p. 5.

⁶⁶⁰ Art. 6º, *bis* 1, da CUB.

⁶⁶¹ GONZALEZ LOPEZ, 1993, p. 104. (Pero además, la comentada norma reconoce el derecho moral únicamente a los autores y no a otras personas eventualmente titulares de otros derechos derivados de la propiedad intelectual, como los artistas y intérpretes o ejecutantes).

⁶⁶² ASCENSÃO, 1997, p. 640.

⁶⁶³ Sobre o assunto: BARBOSA, 2003, p. 152 e ss.

nações, destacando-se a “licença obrigatória, não exclusiva e remunerada, para o caso de traduções para uso escolar, universitário e de pesquisa”⁶⁶⁴.

Uma palestra transcrita em 1998, nos Anais do I Encontro de Propriedade Intelectual e Comercialização de Tecnologia, no Rio de Janeiro, promovido pela Rede de Tecnologia do Rio de Janeiro, Associação Brasileira das Instituições de Pesquisa Tecnológica (ABPTI) e INPI, refere a dificuldade de se conceder aos países subdesenvolvidos um tratamento diferenciado no que tange à propriedade intelectual. Eis alguns trechos da palestra, transcrita no livro *Uma introdução à propriedade intelectual*, de Denis Borges Barbosa:

Começou essa conferência diplomática em Genebra no ano de 1981. A situação política da convenção: certo número de países europeus estava favorável, ou moderadamente favorável a essa mudança [para tornar a Convenção de Paris mais amigável aos países em desenvolvimento]; os Estados Unidos – isolados, na mesma posição em que estavam em 1883, num isolamento majestático – preferiam que a conferência diplomática não seguisse. E começaram a oferecer todo tipo de objeções. [...]

Votou-se, enfim, ao início da conferência, aplicando simplesmente o princípio da maioria. Iríamos mudar a Convenção de Paris por maioria e não por unanimidade. Esse é o ponto central. Votou-se essa proposta e foi vencedora, democraticamente, por 113 a 1. O voto isolado era, evidentemente, o americano.

Vencedora a proposta, vamos mudar o sistema de propriedade intelectual em todo o mundo por voto de maioria. O representante americano ergueu-se e diz: ‘Está tudo muito bom, está tudo muito bem, vocês estão falando em interesses dos países em desenvolvimento, em transferência de tecnologia, em equidade econômica, mas o que me interessa é o interesse das minhas empresas. Aqui não estamos falando de cooperação entre pessoas, estamos falando de interesses entre empresas. E assim é que essa conferência não vai continuar’. E assim, pelo delicado voto de um contra 113, a conferência nunca continuou⁶⁶⁵.

b) ADPIC – o acordo entrou em vigor em 1º de janeiro de 1995, tendo sido negociado em 1994, na rodada do Uruguai. Além de abordar cada uma das principais categorias de direitos da propriedade intelectual, também estabelece regras para a superação de controvérsias sobre o tema. Abrange os seguintes setores da propriedade intelectual: direito de autor e conexos; marcas de fábrica ou de comércio, incluídas as de serviços; indicações geográficas com inclusão de denominação de origem; desenhos e

⁶⁶⁴ BARBOSA, 2003, p. 193.

⁶⁶⁵ Id. Ibid., p. 162.

modelos industriais; patentes, incluída a proteção de obtenções vegetais; topografias de circuitos integrados, e informação não-divulgada, incluídos os segredos comerciais⁶⁶⁶.

Segundo Pimentel, “trata-se de um conjunto de normas que asseguram o funcionamento dos direitos de propriedade intelectual em escala mundial. Embora alguns Estados permaneçam fora do sistema, isto representa uma parcela insignificante em termos negociais”⁶⁶⁷.

O ADPIC surgiu como alternativa à postura dos países industrializados – em especial dos EUA – na discussão dos acordos sobre a propriedade intelectual fora do âmbito da OMPI, onde os países em desenvolvimento exigiam medidas que estimulassem seu desenvolvimento através do Protocolo de Estocolmo, de 1967.

Na década de 1980, as nações do Terceiro Mundo iniciaram uma grande reação contra os prejuízos decorrentes do sistema em vigor e passaram a exigir tratamento preferencial em relação aos países desenvolvidos⁶⁶⁸. Os EUA, descontentes com as reivindicações e com o “período de letargia e burocratismo”⁶⁶⁹ que caracterizava a OMPI à época, começaram a buscar alternativas. Inicialmente, fizeram acordos bilaterais com alguns países para garantir a proteção da propriedade intelectual, passando a exigir, antes de tudo, que o Acordo sobre Propriedade Intelectual fosse aprovado no âmbito da OMC⁶⁷⁰. Também foram realizados alguns esboços de acordos contra falsificação, entre outros temas relacionados com a propriedade intelectual, mas que não serão objeto de análise neste trabalho.

Com relação à divergência Norte-Sul, Correa registra que “os países em desenvolvimento mantiveram uma posição de negativa a avançar na relação de um acordo sobre propriedade intelectual até abril de 1989”⁶⁷¹. E acrescenta que

as diferenças na capacidade negociadora Norte-Sul foram ostensivas durante todo o processo, não só devido ao diferente peso econômico de cada grupo de países, como também à carência de especialistas dos países em desenvolvimento que pudessem seguir as negociações desde,

⁶⁶⁶ OTTEN, Adrian. El acuerdo sobre los ADPIC: visión general. In: PRADA, Juan Luis Iglesias (org.). *Los derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio*. Tomo I, Madrid: CEFI, 1997. p. 21.

⁶⁶⁷ PIMENTEL, 1999, p. 180.

⁶⁶⁸ Id. Ibid., p. 184.

⁶⁶⁹ Id. Ibid., p. 185.

⁶⁷⁰ Sobre o assunto, ver mais detalhadamente: PIMENTEL, 1999, p. 180 et seq; CORREA, 1996, p. 13 et seq.; OTTEN, 1997, p. 21 et seq.; BARBOSA, 2003, p. 194 et seq.

⁶⁷¹ CORREA, 1996, p. 16. (Los países em desarrollo mantuvieron una posición de negativa a avanzar en la redacción de un acuerdo sobre propiedad intelectual hasta abril de 1989).

inclusive, as próprias missões diplomáticas frente ao GATT em Genebra⁶⁷².

Assim, paralelamente a OMPI, o ADPIC surgiu como um acordo multilateral de normas mínimas reguladoras das matérias referentes à propriedade intelectual relacionadas ao comércio e que devem ser respeitadas pelos membros da OMC, como bem ressaltam Pimentel e Patrícia Aurélio Del Nero:

O Acordo TRIPS, é bom recordar, estabelece a estrutura jurídica que deve ser cabalmente cumprida pelos membros da OMC. [...] Deve ser mencionado, ainda que de forma genérica, que o objetivo implícito do Acordo TRIPS é uniformizar as normas referentes à propriedade intelectual, de sorte que, ao fixar princípios e regras gerais, os membros devem realinhar ou repactuar suas normas domésticas⁶⁷³.

Com seus 73 artigos, o acordo constitui-se fundamentalmente de parâmetros mínimos de proteção, tendo como características principais a “globalidade, externa e interna, o hibridismo e o baixo nível jurídico”⁶⁷⁴.

Segundo Bercovitz, no que tange a direito de autor e direitos conexos, o ADPIC

estabelece um princípio geral (art. 9); menciona depois a necessidade de proteger os programas de computador e as compilações de dados (art. 10); impõe também a outorga de direitos aos autores dos programas de computador e das obras cinematográficas para autorizar ou proibir o aluguel ao público dos originais ou cópias de suas obras (art. 11); fixa a duração da proteção do direito de autor, quando deve se calcular sobre uma base distinta a da vida de uma pessoa natural (art. 12), e permite limitações e exceções aos direitos de autor (art. 13)⁶⁷⁵.

Com relação à proteção dos direitos morais do autor, bem como aos direitos conexos, o ADPIC estabelece em seu art. 9º, § 1º, que será aplicado o disposto nos arts. 1º a 21 da Convenção de Berna, com exceção do artigo 6º *bis*, que é justamente o que dispõe sobre o tema. Eis o referido artigo:

Relação com a Convenção de Berna:

⁶⁷² CORREA, 1996, p. 17. (Las diferencias en la capacidad negociadora Norte-Sur fueron ostensibles durante todo el proceso, no solo debido al diferente peso económico de cada grupo de países, sino a la carencia de especialistas de los países em desarrollo que pudieran seguir las negociaciones desde, incluso, las propias misiones diplomáticas ante el GATT em Ginebra).

⁶⁷³ PIMENTEL, Luiz Otávio; DEL NERO, Patrícia Aurélio. Propriedade Intelectual. In: BARRAL, Welber (org.). *O Brasil e a OMC*. 2. ed. rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2002, p. 48.

⁶⁷⁴ PIMENTEL; DEL NERO, 2002, p. 48.

⁶⁷⁵ BERCOVITZ, 1997, p. 135. ([...] establece un principio general (art. 9); menciona después la necesidad de proteger los programas de ordenador y las compilaciones de datos (art. 10); impone también el otorgamiento de derechos a los autores de los programas de ordenador y de las obras cinematográficas para autorizar o prohibir el alquiler al público de los originales o copias de sus obras (art. 11); fija la duración de la protección del derecho de autor, cuando há de calcularse sobre una base distinta a la de la vida de una persona natural (art. 12), y permite limitaciones y excepciones a los derechos de autor (art. 13) (tradução nossa).

1. Os Membros cumprirão o disposto nos arts. 1º a 21 e no Apêndice da Convenção de Berna (1971). Não obstante, os Membros não terão direitos nem obrigações, neste Acordo, com relação aos direitos conferidos pelo art. 6º *bis* da citada Convenção, ou com relação aos direitos dela derivados⁶⁷⁶.

Portanto, não foi exigido dos países integrantes do ADPIC o cumprimento do dispositivo que cuida justamente da proteção dos direitos morais do autor.

Com base neste fato, cabe perguntar: a exceção configurada pelo art. 9.1 do ADPIC, no âmbito da OMC, proibiria os demais países-membros da CUB de proteger os direitos morais do autor?

Para responder a tal questionamento, cabe analisar os primeiros artigos do ADPIC, incluindo seu preâmbulo.

No preâmbulo, o ADPIC registra a intenção de fomentar o comércio internacional por meio da redução de distorções e obstáculos, promover “uma proteção eficaz e adequada dos direitos de propriedade intelectual e assegurar que as medidas e procedimentos destinados a fazê-los respeitar não se tornem, por sua vez, obstáculos ao comércio”⁶⁷⁷. Reconhece, ainda, a necessidade de novas regras e disciplinas visando o estabelecimento “de meios eficazes e apropriados para aplicação de normas de proteção de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio, levando em consideração as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos internacionais” (alínea c)⁶⁷⁸. Este trecho deixa claro que o objetivo do ADPIC não é substituir a legislação nacional sobre o tema. Reconhece, ainda, a natureza privada dos direitos de propriedade intelectual e os objetivos da política pública nacional para a matéria, além de prever a cooperação entre OMC e OMPI.

Diante de tais considerandos, o ADPIC determina, em seu art. 1.1, que

os Membros poderão, mas não estarão obrigados a prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida neste Acordo. Os Membros determinarão livremente a forma apropriada de implementar as disposições deste Acordo no âmbito de seus respectivos sistemas e prática jurídicos⁶⁷⁹.

Portanto, o texto convencional não determina que o país deixe de proteger o que já está protegido, como tampouco o obriga a proteger mais do que está determinado no

⁶⁷⁶ Acordo ADPIC, art. 9.1. SEINTENFUS, 2004, p. 1678.

⁶⁷⁷ Preâmbulo acordo ADPIC. SEINTENFUS, 2004, p. 1674.

⁶⁷⁸ Preâmbulo acordo ADPIC. SEINTENFUS, 2004, p. 1674.

⁶⁷⁹ Acordo ADPIC, art. 1.1. SEINTENFUS, 2004, p. 1675.

acordo. Vale lembrar que o art. 9.1 não obriga os membros ao disposto no art. 6° *bis* da CUB – o que não implica que eles se obriguem a não se obrigarem, se já o tiverem feito.

Em favor desta interpretação, eis o comentário do próprio órgão da OMC, no índice analítico, ao interpretar o disposto no artigo 9.1:

Nós recordamos que é um princípio geral de interpretação adotar o sentido [significado] que harmoniza os textos de diferentes tratados e fuja de um conflito entre eles. De acordo, uma fuga aconselhada é a interpretação do Acordo ADPIC como algo diferente da Convenção de Berna exceto quando isto é explicitamente sustentado⁶⁸⁰.

Assim, não obstante a determinação de exceção ao artigo 6° *bis* da CUB, podem os países legislar sobre proteção a mais para os direitos autorais – o que se aplica especialmente às nações de cultura romano-germânica.

Neste sentido, Vieira assevera que

os Estados-membros que aderiram à Convenção de Berna continuam vinculados a conferir aos criadores intelectuais a proteção pessoal, por força daquela convenção; mas os Estados-membros não aderentes da Convenção de Berna não estão obrigados a respeitar os poderes pessoais que ela estabelece por causa do Acordo TRIPS (art. 9.º, n.º 1).⁶⁸¹

Recordando, tal exceção aos direitos morais foi estabelecida pelos EUA quando de sua adesão a CUB, em 1989⁶⁸², e se aplica especificamente ao art. 6° *bis* da lei de internalização daquela convenção. De acordo com o § 2° do *Berne Convention Implementation Act*, de 1988, a Convenção de Berna “não é auto-executável ante a Constituição e as leis dos Estados Unidos”⁶⁸³. O parecer de Pimenta:

Exceção ao reconhecimento, e por sua vez de reserva à Convenção de Berna, é feita pelos países que adotam o sistema ‘copyright’. Posto que, no sistema de ‘copyright’, que possuem os países anglo-saxônicos, regulam apenas a reprodução da obra publicada, onde é resguardado o interesse econômico do autor, distanciando do direito moral do autor, relegando-o quando muito a segundo plano⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ 20. [...] “We recall that it is a general principle of interpretation to adopt the meaning that reconciles the texts of different treaties and avoids a conflict between them. Accordingly, one should avoid interpreting the TRIPS Agreement to mean something different than the Berne Convention except where this is explicitly provided for”. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/trips_01_e.htm#p>. Acesso em: 03 jun 2004.

⁶⁸¹ VIEIRA, 2005, p. 200.

⁶⁸² Sobre o assunto: SANDOVAL, Daniela Mattos. Moral right of authorship in the american legal system. *Revista da ABPI*, ABPI, São Paulo, n. 50, p. 39-52, jan./fev. 2001. p. 39 et seq.

⁶⁸³ SANDOVAL, 2001, p. 40.

⁶⁸⁴ PIMENTA, 2002, p. 77.

Lipszyc refere, em nota de rodapé, a particular situação dos EUA, cujo ordenamento jurídico não prevê a proteção ao direito moral do autor, o que levou o Congresso norte-americano a editar a *Berne Convention Implementation Act*, em outubro de 1988, rechaçando a necessidade de acrescentar norma de proteção do direito autoral à sua legislação doméstica. O argumento foi o de que, no conjunto, o direito norte-americano protege os direitos morais do autor, podendo o país, portanto, ratificar a CUB. Nas palavras da autora,

rechaçou a necessidade de introduzir uma regulamentação específica da tutela do direito moral, afirmando que as prerrogativas reconhecidas pelo Direito norte-americano em seu conjunto (o *Copyright Act*, outras leis – federais e estaduais – e a jurisprudência) satisfaziam as exigências do art. 6º *bis* do Convênio de Berna⁶⁸⁵.

Segundo a autora, os EUA até prevêm, de forma esparsa, a proteção de alguns direitos morais do autor; tais garantias, entretanto, não constam da lei, mas, na maior parte, de decisões jurisprudenciais. O primeiro caso de reconhecimento de direito moral na legislação federal dos EUA, de acordo com Lipszyc, aconteceu em 1990, envolvendo o direito moral dos autores de obras de artes visuais (Título VI da Lei nº 101-650, de 1º de dezembro de 1990)⁶⁸⁶.

Em outra obra, Lipszyc afirma que, “em maior ou menor medida, todos os países protegem as faculdades de caráter pessoal (ou direitos da personalidade do autor)”⁶⁸⁷. Registra ainda que os tribunais dos EUA reconheceram muitas das faculdades pessoais protegidas e que vários Estados norte-americanos incluíram em suas leis o direito moral, ainda que relativamente a algumas obras⁶⁸⁸.

Enric Bataller Ruiz também destaca as diferenças entre a *Common Law* e o direito civil, ou seja, entre o *copyright* e o direito de autor. Ruiz destaca que, apesar do *copyright* traduzir uma visão mais economicista do direito de autor, não regulando de forma generalizada os direitos morais, tal visão vem mudando:

[...] tanto o Reino Unido (mediante a Lei de 1988) como os Estados Unidos (em virtude da norma de 1976) chegaram a superar um estado meramente ‘economicista’ e reconhecem aos autores certos direitos que

⁶⁸⁵ LIPSZYC, 2004, p. 45. ([...] rechazó la necesidad de introducir una reglamentación específica de la tutela del derecho moral, afirmando que las prerrogativas reconocidas por el Derecho estadounidense en su conjunto (el *Copyright Act*, otras leyes – federales y estatales – y la jurisprudencia) satisfacían las exigencias del art. 6º *bis* del Convenio de Berna).

⁶⁸⁶ Id. *Ibid.*, p. 46.

⁶⁸⁷ LIPSZYC, 2005, p. 45. (En mayor o menor medida, todos los países protegen las facultades de carácter personal (o derecho de la personalidad del autor)).

⁶⁸⁸ Id. *Ibid.*, p. 47.

não podem restar dúvidas que qualificam-se como de caráter ‘moral’.
[...]

Resulta claro, pois, que há que fugir de etiquetas simplificadoras para passar a entender o fenômeno que nos ocupa em sua evolução diacrônica: a melhora paulatina da condição social do artista criador lhe tem permitido pressionar o legislador em todas partes e impor o respeito a sua obra⁶⁸⁹.

Jonathan Rosenoer tece algumas considerações que ressaltam o caráter patrimonial relacionado à reprodução da obra:

Em termos gerais, o *copyright* fornece a um autor uma ferramenta para proteger um trabalho de ser tomado, usado e explorado por outros sem permissão. O titular de um trabalho protegido pelo *copyright* tem o direito exclusivo de, para reproduzir o mesmo, preparar trabalhos derivados baseados naquele, distribuir cópias por meio de venda ou outra transferência de titularidade, executar e expor seu trabalho publicamente, e autorizar outros que o façam⁶⁹⁰.

Assim, mesmo tendo aderido a CUB, os EUA mantêm disponíveis os direitos morais do autor. Não obstante, no próprio país têm surgido movimentos favoráveis à proteção dos direitos morais do autor. Conforme Sandoval,

a questão sobre a aderência americana à Convenção de Berna (a qual tornou-se efetiva em 1º de março de 1989) trouxe várias discussões e desacordos. De um lado estava o grupo formado, em sua maioria, por proprietários de rádio e televisão e editores os quais agudamente se opuseram à aderência, receando que a proteção dos direitos morais pudesse impor dificuldade no processo de edição de obras. De outro lado, um grupo formado principalmente por autores e diretores de filmes insistia que a aderência requeria que a legislação federal protegesse direitos morais. A terceira posição tomada era que a obediência à lei poderia ser alcançada porque existem dispositivos legais americanos, tanto no âmbito federal, como estadual, equivalentes aos de proteção de direitos morais.

A terceira posição prevaleceu no Congresso. [...] ⁶⁹¹

Para Basso, a negativa norte-americana deve-se ao fato de que “as divergências entre os representantes dos países anglo-saxões e os de tradição romano-germânica tinham

⁶⁸⁹ BATALLER RUIZ, Enric. *La obra colectiva*. Valência: Tirant lo Blanch, 2002. p. 27-28.

⁶⁹⁰ ROSENOER, Jonathan. *CyberLaw: the law of the internet*. New York: Springer-Verlag, 1996. p. 1.

⁶⁹¹ SANDOVAL, 2001, p. 40. (The issue of the American adherence to the Berne Convention (which became effective on March 1, 1989) brought up many discussions and disagreements. At one side was the group formed mostly by broadcasters and publishers who sharply opposed the adherence, fearing that protection of moral rights could impose difficulties in the process of editing works of authorship. On the other side, a group formed mainly by authors and film directors insisted that adherence required the enactment of federal legislation protecting moral rights. A third position taken was that compliance could be achieved because existing American law afforded, at the federal and state levels, equivalents to the moral rights protection. The third prevailed in the Congress).

como foco o alcance da proteção, isto é, se aos autores seriam conferidos direitos econômicos e morais, ou somente os primeiros”⁶⁹².

Correa aduz, no mesmo sentido, que “uma das diferenças principais entre o direito do autor na concepção anglo-americana e na continental europeia (que é a que prevalece na América Latina), se refere ao alcance da proteção conferida aos direitos de autor”⁶⁹³.

A posição norte-americana, à época, era solitária. Entretanto, no art. 9.1 da Ata Final da rodada do Uruguai, em 1994, quando foram instituídos a OMC e o ADPIC, ficou determinado, por influência dos EUA, que os artigos de 1º a 21, bem como o Apêndice da CUB (1971), deveriam ser cumpridos por todos os membros, com exceção do disposto no artigo 6º *bis*, que protegia os direitos morais do autor.

Ainda com relação à exceção expressa pelo ADPIC, acrescenta Correa:

Essa conclusão, também contida no artigo 1701.3(2) do Tratado de Livre Comércio (TLC) assinado pelos Estados Unidos, México e Canadá – representa uma importante concessão aos Estados Unidos, e reflete a posição da indústria editorial deste país, temerosa de que o reconhecimento dos direitos morais para os autores (incluindo fotógrafos) daria-lhes maior poder para requerer compensações mais altas ou para interferir com a publicação tendo por base o direito à integridade das obras⁶⁹⁴.

Em suma, o ADPIC excetua a proteção aos direitos morais do autor. Analisando-se tal exceção – e considerando que o ADPIC objetiva apenas pautar padrões mínimos de proteção da propriedade intelectual –, nada impede que um país como o Brasil, por exemplo, proteja tais direitos. Em outras palavras, o ADPIC não obriga os países-membros da OMC a retirarem a regra de proteção de suas legislações.

Entretanto, tendo em vista as diferenças existentes entre as legislações nacionais, bem como as relações entre autores e terceiros que utilizarão suas obras, domiciliados em países diferentes e sob regimes distintos, é natural que surjam divergências. E ainda que a OMC preveja, inclusive através do ADPIC, mecanismos para solucionar tais controvérsias

⁶⁹² BASSO, 2000, p. 196.

⁶⁹³ CORREA, 1996, p. 54. (Una de las diferencias principales entre el derecho de autor en la concepción angloamericana y en la continental europea (que es la que prevalece en América Latina), se refiere al alcance de la protección conferida por los derechos de autor).

⁶⁹⁴ NELSON Y SMALLSON, 1994, p. 19 apud CORREA, 1996, p. 56. (Esa exclusión – contenida también el artículo 1701.3(2) del Tratado de Libre Comercio (TLC) suscripto por los Estados Unidos, México y Canadá – representa una importante concesión a los Estados Unidos, y refleja la posición de la industria editorial de ese país, temerosa de que el reconocimiento de los derechos morales para los autores incluyendo fotógrafos) daría a éstos mayor poder para requerir compensaciones más altas o para interferir con la publicación sobre la base del derecho a la integridad de las obras).

– o que não se verifica, praticamente, no âmbito da OMPI – é fundamental analisar os contratos internacionais de direitos de autor, ou seja, os meios pelos quais os autores e os que utilizarão suas obras estabelecem relações no âmbito internacional.

Além da CUB e do APDIC, cabe mencionar, ainda que rapidamente, a Convenção Universal de Genebra, firmada em 6 de dezembro de 1952. Promovida para facilitar a adesão a CUB, esta convenção não prevê a proteção dos direitos morais do autor. Nas palavras de Gonzalez Lopez:

Na citada convenção não se protege o direito moral, e isto não é uma simples omissão, e sim um ato deliberado para facilitar o maior número de adesões de países que precisamente não foram signatários da União de Berna pela circunstância dita anteriormente⁶⁹⁵.

Assim, feitas as presentes ponderações sobre o direito moral do autor, passa-se a tratar das faculdades que o englobam, dispostas no art. 24, da LDA.

3.1.4 Faculdades garantidas como direito moral do autor

Passa-se agora a analisar cada um dos direitos ou faculdades morais do autor garantidos pela LDA. A abordagem será genérica por não serem os mesmos o foco principal desta dissertação – com exceção dos dois direitos morais restantes no direito de autor de *software* e que serão tema do item 3.2. A terminologia referente aos direitos baseia-se na classificação de Ascensão⁶⁹⁶.

3.1.4.1 Direito de paternidade da obra

Segundo o art. 24, I, da LDA, o autor pode, a qualquer tempo, reivindicar a autoria da obra. O disposto reforça a determinação de que os direitos morais são inalienáveis e irrenunciáveis (art. 27 da LDA), não podendo o autor, nem por meio de contrato, ceder a paternidade da obra a outrem.

⁶⁹⁵ GONZALEZ LOPEZ, 1993, p. 109. (En la citada convención no se protege el derecho moral, y ello no es una simple omisión, sino un acto deliberado para facilitar el mayor número de adhesiones de países que precisamente no fueron signatarios de la Unión de Berna por la antedicha circunstancia).

⁶⁹⁶ ASCENSÃO, 1997, p. 132 et seq.

Cabe destacar aqui que o que se protege é o direito de reivindicar a paternidade da obra e não se proíbe que se faça uma obra sem se colocar a paternidade do autor. Tanto que é permitido o uso de pseudônimo e até mesmo autores anônimos⁶⁹⁷.

Assim, se o autor quiser, pode fazer determinada obra e deixar que outros coloquem o nome. O que é garantido, e de forma irrenunciável, é o direito desse autor reivindicar tal paternidade.

Neste sentido, o comentário na obra atualizada de Pontes de Miranda, ao afirmar que

ao exercer a liberdade de criar [...], o homem toma o caminho da ligação da obra à pessoa, ou não no toma: se tomou, a sua personalidade está em causa, e dela se ocupa a Lei n° 9.610, art. 24, II. Se o não tomou, o ato de servir a outrem foi seu, livremente, como se na obra não se indica o nome do autor – obra anônima – por vontade dele (art. 5°, VIII, *b*) [...].⁶⁹⁸

Complementa que “se o autor não exerceu o direito de ligar o nome à obra [...], conserva-o; e a qualquer momento pode ligar à obra o seu nome, ou pseudônimo”.⁶⁹⁹ Portanto, o direito de reivindicar paternidade pode ser exercido a qualquer momento, mesmo que o autor o tenha alienado por meio de contrato.

3.1.4.2 Direito à menção da designação

Pelo art. 24, II, da LDA, o autor tem direito a ter seu nome, pseudônimo ou sinal indicativo incluso na obra de sua autoria. Ascensão acrescenta que, por envolver o nome, este direito pode ser confundido com o direito de personalidade. A coincidência, no entanto, é aparente, pois o direito moral à menção da designação se refere apenas ao direito que o autor tem de fazer constar seu nome na obra. Com base no direito de paternidade garantido pelo inciso II, por exemplo, o autor não pode obrigar a que retirem seu nome de qualquer obra cuja autoria lhe atribuam sem que seja o criador da mesma; pode fazê-lo tão-somente com base no direito de personalidade ao nome⁷⁰⁰.

⁶⁹⁷ Art. 5°, VIII, “b” e “c”, da LDA.

⁶⁹⁸ MIRANDA, 2000, p. 175-176.

⁶⁹⁹ Id. Ibid., p. 185.

⁷⁰⁰ ASCENSÃO, 1997, p. 135.

Cabral inclui os dois primeiros incisos do artigo 24 da LDA no direito de paternidade da obra⁷⁰¹.

3.1.4.3 Direito de inédito

Com base no art. 24, III, da LDA, o autor tem direito a manter sua obra inédita, sem divulgação, publicação ou edição. Como assevera, Cabral, “o autor pode opor-se a qualquer modificação em sua obra”, não se restringindo a determinação legal apenas a livros e impressos, mas a todas as manifestações protegidas por direitos autorais⁷⁰².

Ascensão acrescenta que este direito cabe exclusivamente ao criador da obra intelectual. O herdeiro poderá pleitear na condição de herdeiro, jamais como titular do direito de autor, já que os direitos de autor são intransmissíveis, excetuando-se a sucessão, prevista no art. 24, § 1º, da LDA⁷⁰³.

3.1.4.4 Direito à integridade da obra

O art. 24, IV, da LDA, determina que a obra não pode sofrer modificações que afetem a honra ou a reputação do autor. Ressalvando a redação algo complexa do dispositivo, José de Oliveira Ascensão afirma que o essencial, aqui, é entender modificação como o que denigre a honra ou a reputação do autor – o que significa que nem todas as modificações podem ser objeto de reivindicação. O doutrinador destaca, todavia, que “uma modificação ‘corretiva’, mesmo não lesando a honra ou reputação, não deixa de representar uma violação contratual e estar sujeita às reações correspondentes”⁷⁰⁴. No mesmo sentido se posiciona Plínio Cabral, asseverando que o autor pode “opor-se a qualquer modificação em sua obra”⁷⁰⁵.

Ascensão menciona o caso das adaptações, necessárias para que a obra seja veiculada por meio autorizado pelo autor. São exemplo as modificações operadas em obras cinematográficas, obrigatórias mesmo que não constem em contrato. Cabe, portanto, analisar caso a caso o caráter de tais modificações, de forma a que o referido autor possa compará-las, analogicamente, às benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias consagradas

⁷⁰¹ CABRAL, 2003, p. 45.

⁷⁰² Id. Ibid., p. 45.

⁷⁰³ ASCENSÃO, 1997, p. 134.

⁷⁰⁴ Id. Ibid., p. 143.

⁷⁰⁵ CABRAL, 2003, p. 45.

pelo CC. A reivindicação de integridade da obra caberia apenas no caso das “adaptações voluptuárias”⁷⁰⁶.

3.1.4.5 Direito de modificação da obra

De acordo com o art. 24, V, da LDA, o autor tem direito a alterar a obra como desejar, antes ou após a utilização da mesma. Sobre este tema, Ascensão acrescenta:

Não há nenhum princípio legal que compreenda a exclusão do direito de modificar. As restrições que existem, como as dos arts. 71 e 76 [Arts 66 e 71, respectivamente, da Lei nº 9.610/98], respeitam exclusivamente à execução de contratos em que o autor se vinculou, e em nada excluem o direito de operar a modificação fora desses contratos.

Mas como não há direitos absolutos, também a faculdade de modificar pode ser restringida, ou por efeito dos direitos contrapostos, ou por regras destinadas a proteger a cultura⁷⁰⁷.

A primeira restrição mencionada por Ascensão é a que consta do atual artigo 66 da LDA, o qual dispõe sobre a edição de obras intelectuais, prevendo que o autor poderá realizar as modificações que quiser nas edições posteriores, embora o editor possa se opor às que ofendam sua reputação ou lhe aumentem responsabilidades. O art. 71 da lei de 1973 era mais específico, prevendo que, se as alterações impusessem ao editor gastos excessivos, caberia ao autor arcar com os mesmos. Eis os termos do art. 66 da LDA:

O autor tem o direito de fazer, nas edições sucessivas de suas obras, as emendas e alterações que lhe aprouver.

Parágrafo único. O editor poderá opor-se às alterações que lhe prejudiquem os interesses, ofendam sua reputação ou aumentem sua responsabilidade.

Já no artigo 71 da LDA, que configura a segunda restrição reportada por Ascensão, proíbe o autor de alterar a substância da obra sem a concordância do empresário que lhe materializa a criação intelectual. Uma coisa é o conteúdo da obra intelectual, outra é sua forma. Quando se altera o primeiro, via de regra se modifica a segunda, daí que as alterações na substância exijam a concordância do empresário responsável pela forma da obra. São os seguintes os termos do art. 71: “O autor da obra não pode alterar-lhe a substância, sem acordo com o empresário que a faz representar”. O § 3º do mesmo artigo prevê indenização por danos causados a terceiros.

⁷⁰⁶ ASCENSÃO, 1997, p. 145.

⁷⁰⁷ Id. Ibid., p. 149.

3.1.4.6 *Direito de retirada*

Também chamado de direito de arrependimento, é conferido pelo art. 24, VI, da LDA, e configura situação em que o autor, por ter mudado de posição – ao discordar da forma como sua obra foi externada, por exemplo –, decide retirar a obra de circulação. O dispositivo ainda acrescenta, comparado com o da lei anterior, a condição de que a circulação da obra implique “afronta à sua reputação e imagem”. Assim como no inciso anterior, o § 3º deste artigo prevê indenização a terceiros.

Cabral aduz que “questões ideológicas, religiosas ou políticas levam muitos autores a repudiar sua própria obra, especialmente quando mudam de posição ou galgam o poder, necessitando rever posições para servir a novos senhores”⁷⁰⁸.

Assim, pode o autor retirar sua obra de circulação, tendo em vista que é um direito de caráter personalíssimo dele o arrependimento e a mudança de opinião sobre a manifestação de sua personalidade.

3.1.4.7. *Direito a exemplar único ou raro da obra*

O inciso VII do art. 24 é uma inovação da atual LDA, concedendo ao autor o direito de acesso a exemplar único ou raro de sua obra que se encontre em posse de terceiro, para que possa reproduzi-lo. Conforme Newton Silveira, o dispositivo “relaciona-se com o direito à preservação da cultura, delegado ao Estado quando se tratar de obra em domínio público (art. 24, § 2º)”⁷⁰⁹.

Como analisado no item 1.7 deste trabalho, o § 1º do art. 24 se refere à transmissão, por sucessão, dos direitos morais descritos nos incisos de I a IV, ficando a cargo dos herdeiros a proteção dos mesmos após a morte do autor. Quanto aos demais incisos, resta a divergência acerca da duração da proteção dos direitos morais. Embora o tema já tenha sido abordado no item 1.8 da dissertação e não se objetive aprofundar seu exame, há que salientar, conforme prescrito pelo § 2º do referido artigo, o dever do Estado de proteger a integridade e a autoria das obras caídas em domínio público.

⁷⁰⁸ CABRAL, 2003, p. 45.

⁷⁰⁹ SILVEIRA, 1998, p. 67.

3.1.4.8 Outros direitos

Adolfo afirma que, além dos direitos morais arrolados no art. 24, a própria LDA protege, em outros artigos, direitos que também teriam caráter de morais, “sendo simplesmente uma variação ou especificação deles”⁷¹⁰.

Hammes cita alguns: “direito de seqüência (art. 38); a interpretação favorável ao autor (art. 4º); a faculdade de examinar a escrituração; direito de corrigir edições sucessivas; direito de repudiar a paternidade de obra arquitetônica alterada; direito de opor-se a espetáculo mal-ensaiado e respectiva fiscalização; a incomunicabilidade do direito de autor ao cônjuge”⁷¹¹.

3.2 Direito moral do criador do *software*

Neste item tratar-se-á especificamente da aplicabilidade do direito moral do autor para o caso de criador de *software*, analisando a origem da proteção jurídica do mesmo, as legislações destinada à sua regulamentação, sua proteção nacional e internacional e quais são as faculdades garantidas ao criador do mesmo.

3.2.1 Origem da proteção jurídica do *software* e legislações

Segundo Wachowicz, o processo de regulamentação jurídica do *software* iniciou na década de 1970, “com as análises da automação e do processamento da informação no âmbito do estudo do Direito Autoral, realizados por Eugen Ulmer, que defendia a tutela dos programas de computador por meio de Tratados Internacionais”. A iniciativa deveu-se à possibilidade de violação de direitos autorais na transferência de dados do computador, determinando a discussão sobre como proteger o *software*⁷¹².

A partir daí inicia-se, de fato, a proteção jurídica do *software*. Em 1994, o art. 10.1 do ADPIC estipulou, no âmbito do GATT⁷¹³, que “os programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias segundo a Convenção de

⁷¹⁰ ADOLFO, 2000, p. 7.

⁷¹¹ HAMMES, 2002, p. 72.

⁷¹² WACHOWICZ, 2004, p. 29.

⁷¹³ GATT – General Agreement on Tariffs and Trade – ou, em português, Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio. Foi justamente na conclusão da rodada do Uruguai que surgiu o acordo ADPIC (mais conhecido por TRIPS) e foi criada a Organização Mundial do Comércio (OMC).

Berna”. Tal tendência de proteção pelo direito de autor foi confirmada em 1996, no Tratado de Direito do Autor, firmado em Genebra⁷¹⁴.

Segundo Wachowicz, no Brasil, as discussões sobre informática e, por conseqüência, sobre programas de computador começaram na década de 1960, quando o governo adotou estratégias para a implantação e o desenvolvimento do setor. A partir da criação da Secretaria Especial de Informática (SEI) como órgão complementar do Conselho de Segurança Nacional (CSN), por meio da Lei n° 7.232/1984, debates, grupos de trabalho e seminários foram desenvolvidos visando definir uma legislação para a área de informática no país⁷¹⁵.

Em 29 de outubro de 1984 é promulgada a Lei n° 7.232, versando sobre a Política Nacional de Informática. Pouco depois, em 27 de abril de 1986, é a vez da Lei n° 7.463, que aprovou o I Plano Nacional de Informática e Automação⁷¹⁶.

A regulamentação da propriedade intelectual do *software* por meio do direito autoral, porém, só se efetiva em 18 de dezembro de 1987, por meio da Lei n° 7.646. Esta lei não determinava expressamente como seria o direito moral do criador⁷¹⁷ do *software*, mas que se aplicariam a ele (art. 2°) as disposições da Lei n° 5.988, de 14 de dezembro de 1973 (Lei de Direitos Autorais em vigor à época):

O regime de proteção à propriedade intelectual de programas de computador é o disposto na Lei n° 5.988, de 14 de dezembro de 1973, com as modificações que esta lei estabelece para atender às peculiaridades inerentes aos programas de computador.

Correa analisa o contexto político para o surgimento da referida lei:

A sanção da lei de software brasileira foi a culminação de um debate que havia dado lugar a distintas iniciativas tendentes a estabelecer um regime especial sobre software. [...]

A evolução posterior a esta dada, porém, moveu o governo brasileiro em direção da aceitação do conceito de direito de autor – promovido ativamente no mundo pelos Estados Unidos –, se bem que com sujeição

⁷¹⁴ WACHOWICZ, 2004, p. 31.

⁷¹⁵ Id. Ibid., p. 34.

⁷¹⁶ Id. Ibid., p. 34-37.

⁷¹⁷ Adota-se, na presente dissertação, o termo “criador” para indicar a pessoa que cria o software, e o termo “autor” para o criador de obra intelectual em geral. Essa diferenciação tem o intuito de facilitar a identificação de um e de outro no transcorrer do trabalho, bem como a de adequação à terminologia adotada no art. 2°, II e III, da Lei de Inovação (Lei n° 10.973, de 2 de dezembro de 2004), cujo teor é o seguinte:

“Art. 2°. Para os efeitos desta Lei, considera-se: [...] II – criação: invenção, modelo de utilidade, desenho industrial, *software*, topografia de circuito integrado, nova cultivar ou cultivar essencialmente derivada e qualquer outro desenvolvimento tecnológico que acarrete ou possa acarretar o surgimento de novo produto, processo ou aperfeiçoamento incremental, obtida por um ou mais criadores; III – criador: pesquisador que seja inventor, obtentor ou autor de criação; [...]”.

às condições particulares que se derivam de um regime especial de comercialização. [...] ⁷¹⁸

Assim, aplicavam-se ao *software* todos os direitos morais garantidos ao autor pela Lei nº 5.988/1973 e a seguir transcritos:

Art. 25. São direitos morais do autor:

I – o de reivindicar, a qualquer tempo, a paternidade da obra;

II – o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional, indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III – o de conservá-la inédita;

IV – o de assegurar-lhe a integridade, opondo-se a quaisquer modificações, ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la, ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V – o de modificá-la, antes ou depois de utilizada;

VI – o de retirá-la de circulação, ou de lhe suspender qualquer forma de utilização já autorizada.

Garantia-se, assim, ao criador do *software* todos os direitos morais do autor.

Em 1998 é promulgada nova Lei de Direitos Autorais (LDA), juntamente com a Lei nº 9.609. A LDA acrescentou mais uma faculdade ao rol dos direitos morais do autor, regulamentado agora pelo art. 24:

VII – o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

Analisada as nuances da história da proteção jurídica do *software*, tratar-se da proteção do direito moral do seu criador.

⁷¹⁸ CORREA, Carlos Maria. El derecho informático en América Latina. In: ALTMARK, Daniel Ricardo (dir.). *Informática y derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1996. p. 12. (La sanción de la ley de software brasileña fue la culminación de un debate que había dado lugar a distintas iniciativas tendientes a establecer un régimen especial sobre software. [...] La evolución posterior a esa fecha, empero, movió al gobierno brasileño hacia la aceptación del concepto del derecho de autor – promovido activamente en el mundo por los Estados Unidos –, si bien con sujeción a las condiciones particulares que se derivan de un régimen especial de comercialización).

3.2.2 Proteção do direito moral do criador de *software*

Como visto no item anterior, a Lei n° 9.609/1998, em forma de exceção, aplicou ao criador do *software* a proteção garantida pelos direitos morais constantes do art. 24, da LDA.

Os direitos morais aplicados ao criador do *software*, contudo, foram limitados pelo § 1° do art. 2°, reduzindo-se a apenas dois: o direito de paternidade e o direito à integridade da obra:

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

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

Portanto, o criador do *software* não tem protegidos seus direitos morais, com as referidas exceções⁷¹⁹. Assim se posiciona Pimentel:

Deve ser considerado que não se aplicam ao programa de computador todas as disposições relativas aos direitos morais dos direitos autorais. O autor conserva os direitos de reivindicar a paternidade do programa de computador e de opor-se a alterações não autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que possam prejudicar a sua honra ou a sua reputação pela autoria⁷²⁰.

Já Silveira assevera que, de todos os direitos garantidos pelo art. 24 da LDA, somente dois não contemplam o criador do *software*: o direito de conservar a obra inédita e o de retirar o programa de circulação. Ele ressalta ainda que “como o direito de inédito integra o mais natural direito da personalidade, que não necessita estar expresso em lei, só restou excluído o de retirar o programa de circulação [...]”⁷²¹.

No que tange às demais características do direito moral, as mesmas observações relativas ao item 3.2 valem para o *software*. Assim, os direitos morais do criador do *software* são:

⁷¹⁹ Os efeitos práticos desses direitos serão analisados no próximo item.

⁷²⁰ PIMENTEL, Luiz Otávio. *Propriedade intelectual e universidade: aspectos legais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 159.

⁷²¹ SILVEIRA, 1998, p. 76.

a) inalienáveis e irrenunciáveis, por força do art. 27 da LDA, só sendo admitida sua transmissão *causa mortis*, com base no § 2º do art. 24⁷²²;

b) personalíssimos, segundo já analisado no item 3.1.2.3;

c) perpétuos, já que, de acordo com o art. 24, § 2º, da LDA, cabe ao Estado assegurar o direito à integridade e o de reivindicar a autoria (os únicos aplicáveis ao criador do *software*); e

d) imprescritíveis, podendo o criador a qualquer tempo reivindicá-los, conforme o § 1º do art. 2º da Lei 9.609/1998.

Neste sentido e sobre as conseqüências práticas da aplicabilidade dos direitos morais ao criador do *software*, o posicionamento de Wachowicz:

Independentemente do exposto, a questão da extensão dos direitos morais e sua aplicabilidade no tocante ao *software* merecem maior atenção de análise, pois os direitos morais do criador do *software*, de opor-se à paternidade do programa de computador e de opor-se a alterações não-autorizadas, persistirão após o prazo de proteção de cinquenta anos, depois do qual o *software* cairá em domínio público, uma vez que tal direito se reveste de quatro características fundamentais: é um direito pessoal, perpétuo, inalienável e imprescritível⁷²³.

O referido autor ressalta ainda que, caído o *software* em domínio público, os direitos morais deverão ser protegidos pelo Estado, seja seu criador nacional ou estrangeiro, por força do tratamento nacional da CUB⁷²⁴. Saliente-se também que o legislador brasileiro, em que pese ter reduzido o número de direitos morais do criador, não desrespeitou a exigência da CUB de proteção dos direitos morais (art. 6 *bis*).

A seguir serão observados alguns casos do tratamento do tema fora do Brasil.

O belga Fabrice de Patoul concorda que a CUB prevê a proteção de apenas dois direitos morais do criador do *software*, mas amplia sua abrangência para incluir a hipótese do *software* livre, em que o criador abre mão de boa parte de seus direitos econômicos. Neste caso, mesmo com a licença de *software* livre, o criador conserva os direitos morais, podendo exercê-los independentemente dos patrimoniais⁷²⁵.

⁷²² Sobre esse assunto, ver item 3.1.3.1, c.

⁷²³ WACHOWICZ, 2004, p. 138.

⁷²⁴ Id. *Ibid.*, p. 138.

⁷²⁵ PATOUL, Fabrice de. Logiciels libres et droit d'auteur: lês droits moraux et lês règles contractuelles. In: COOL, Yorick. *Les logiciels libres face au droit*. Bruxelles: Bruylant, 2005. p. 93.

O ADPIC, batizado por Lipszyc de “Berna menos” e como já explanado no item 3.1.3.2, b, fez exceção à utilização dos direitos morais como norma mínima a ser ratificada pelos Estados-membros da OMC. Não obstante, o direito proveniente do programa de computador em si é chamado de “Berna plus” pela mesma autora⁷²⁶, tendo prevista sua regulamentação no art. 10, § 1º:

Art. 10. Programas de computador e compilações de dados.

1. Programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna (1971).

José Gustavo Rodrigues Hidalgo e Henar Alvarez Cuesta esclarecem que os direitos morais do criador no contrato de trabalho devem ser exercitados conforme o dever de boa-fé⁷²⁷. Seu entendimento tem por base a legislação espanhola, mas também é válido para a brasileira.

Já no âmbito do direito francês, conforme Valérie Sédallian e Jérôme Dupré, “o direito moral é uma prerrogativa importante do autor. Ele foi especificamente instalado para os *softwares*, a fim de se lhe reduzir o alcance”⁷²⁸. O direito moral do autor também é protegido na França e tem caráter inalienável, mas prevê mais faculdades pessoais para o criador do *software* – além dos direitos à paternidade e à integridade, são pessoais o direito à primeira divulgação, o de arrependimento e o de retirada⁷²⁹.

Carine Bernault e Ambroise Soreau, por sua vez, questionam sobre se o atentado ao direito moral do autor configuraria uma contrafação. Para eles, “de uma maneira geral, a contrafação se define como a violação dos direitos de autor”, nada impedindo, destarte, que o atentado ao direito moral do autor seja considerado como tal⁷³⁰.

Com base no direito espanhol, Fernandez Masiá argumenta que o direito moral não se adaptaria à proteção dos programas de computador, já que a extensão desses direitos envolve “um perigo para o desenvolvimento da indústria do *software*”. Tanto é verdade que, segundo ele, a maior parte das legislações limitaram os direitos autorais relativos à proteção do *software*⁷³¹.

⁷²⁶ LIPSZYC, 2005, p. 44.

⁷²⁷ RODRÍGUEZ HIDALGO; ÁLVAREZ CUESTA, 2004, p. 67.

⁷²⁸ SÉDALLIAN, Valérie; DUPRÉ, Jérôme. *Le contra d’achat informatique*. Paris: Vuibert, 2005. p. 106. (Em droit français, le droit moral est une prérogative impotante de l’auteur. Il a été spécifiquement aménagé pour les logiciels, afin d’en réduire la portée).

⁷²⁹ SÉDALLIAN; DUPRÉ, 2005, p. 107.

⁷³⁰ BERNAULT, Carine; SOREAU, Ambroise. *Contrefaçon de logiciel: lès solutions juridiques*. Paris: Editions des Parques, 2003. p. 64.

⁷³¹ FERNANDEZ MASIÁ, 1996, p. 145.

José Alberto C. Vieira, autor português, assevera a proteção do direito pessoal (direito moral, como tratado no decorrer desta dissertação) é passível de ser aplicada aos programas de computador, apesar da diretiva 91/250/CEE⁷³² não fazer menção expressa à mesma. Faz tal afirmação com base nos seguintes fundamentos: 1º) que a diretiva determina que a proteção do programa de computador será realizada pelo direito de autor, enquanto obras literárias e na aceção da CUB⁷³³; 2º) como é escopo da referida diretiva, os Estados-membros devem consagrar “para os programas de computador o mesmo tratamento jurídico das obras literárias”⁷³⁴; 3º) o fato da diretiva, em seu art. 2, n° 3, determinar a atribuição ao empregador dos direitos econômicos, faz-se deduzir a existência de direitos não econômicos pertencentes ao criador do *software*, ou seja, o direito pessoal⁷³⁵; 4º) não há nada na diretiva que impeça essa interpretação e a conseqüente proteção do direito pessoal do criador.⁷³⁶

Vieira, baseado no direito português, ressalta que não obstante a “diminuição acentuada da ligação da expressão à personalidade do(s) criador(es) por confronto com as demais obras protegidas pelo direito de autor”, não se pode excluir a ligação pessoal existente. “Que a ela [criatividade] se liga a personalidade do(s) criador(es) não pode ser perdido de vista”.⁷³⁷

Passa-se a analisar as duas faculdades morais garantidos ao criador do *software* no Brasil.

3.2.3 Faculdades garantidas pelo direito moral

3.2.3.1 “Direito de reivindicar a paternidade do software”

⁷³² Diretiva da Comunidade Económica Européia (CEE) sobre programas de computador, surgindo com o propósito de alinhar internacionalmente a Comunidade Européia com os Estados Unidos e o Japão no que tange a proteção do programa de computador. VIEIRA, 2005, p. 39.

⁷³³ “O conteúdo da protecção que a Convenção de Berna atribui aos autores de obras literárias inclui o direito pessoal de autor, nos termos do art. 6-bis. [...] Qualificar os programas de computador enquanto obras literárias na aceção da Convenção de Berna só pode querer dizer que o conteúdo que esta Convenção internacional consagra para as obras literárias deve ser aplicado aos programas de computador”. VIEIRA, 2005, p. 87.

⁷³⁴ “O escopo de equiparação dos programas de computador às obras literárias só surge integralmente realizado quando todo o regime jurídico das obras literárias e não apenas uma parte, a do direito patrimonial, é aplicado aos programas de computador.[...]”. VIEIRA, 2005, p. 88.

⁷³⁵ “Alguns dos mais importantes comentadores da directiva reconhecem nesta fórmula um sentido de preservação do direito pessoal de autor na titularidade do programador, mesmo quando o direito patrimonial de autor cabe ao empregador”. VIEIRA, 2005, p. 88.

⁷³⁶ VIEIRA, 2005, p. 87-88.

⁷³⁷ Id. Ibid., p. 724.

Garante ao criador do *software* a faculdade de, a qualquer tempo, reivindicar a paternidade do mesmo. A reivindicação desse direito, bem entendido, não acarreta efeitos patrimoniais, exceto na hipótese de indenização por danos morais ou outros prejuízos advindos da não-menção à paternidade do criador – o que representa uma eventualidade. O fato é que, exigido o direito moral e independente de ganhos econômicos, o mesmo deve ser respeitado.

Chaves⁷³⁸ discorda de tal obrigação, alegando que

a própria indicação do nome do autor em cada exemplar da obra no que diz respeito aos programas de computação torna-se dificultoso ou impraticável pela circunstância que, em geral, resulta da colaboração de várias pessoas, e fazer acompanhar cada programa da lista dos seus elaboradores seria muitas vezes impraticável. Acresce que o mais freqüentemente tais programas são elaborados por empregados, e o empresário se prevalece da faculdade que a lei lhe concede de fazer a indicação do seu próprio nome como autor⁷³⁹.

Se Chaves está correto ao afirmar que, nas grandes empresas de desenvolvimento de *software*, vários programadores trabalham em grupo, ele se equivoca ao crer que tal fato represente empecilho para conferir expressamente a condição de criadores – nunca de titulares – a esses empregados. Não fosse assim, seria igualmente inviável relacionar os muitos participantes de uma grande obra audiovisual ou de qualquer espécie de obra coletiva. A menção à paternidade do *software*, mormente num mercado competitivo como o atual, é via de regra benéfica para o criador, que pode destacar-se através de sua criação. Impedir que o criador reivindique a paternidade sobre o *software* equivaleria a proibir os autores de fazerem o mesmo em relação à autoria de suas obras. A hipótese aventada por Chaves – ou seja, a necessidade de fazer menção a um número muito grande de criadores num mesmo *software* – poderia constituir-se, sim, numa dificuldade a ser superada com um pouco de criatividade, nunca numa impossibilidade.

Cerqueira bem destaca o benefício que o exercício desse direito pode acarretar ao criador:

O direito à paternidade, sem qualquer expressão financeira, pode ser benefício ao analista de sistemas, programador ou grupo de técnicos que participaram do desenvolvimento do programa, para efeito de seu currículo profissional, independentemente da discutível obrigatoriedade

⁷³⁸ Ressalte-se que a obra deste autor foi publicada em 1996, ainda na vigência da Lei nº 7.646/1987, na qual os direitos morais eram mais amplos. Entretanto, concernente ao direito à paternidade, não houve mudanças em relação à atual Lei nº 9.609/1998.

⁷³⁹ CHAVES, 1996, p. 148.

de menção do nome do autor no programa ou no meio físico que o armazena⁷⁴⁰.

Embora com base na legislação espanhola, Rodriguez Hidalgo e Alvarez Cuesta corroboram tal entendimento, alegando que o trabalhador conserva os direitos morais sobre a obra e que, a qualquer tempo, pode fazer valer o direito de paternidade, “ainda que na prática seja pouco freqüente”⁷⁴¹.

Vieira também destaca esse poder dado ao criador de “afirmar sua qualidade de criador intelectual do programa de computador e de reagir contra usurpação da sua paternidade por terceiro”. Essa reivindicação pode se dar não só contra usurpação contra terceiro, mas também no caso de obra anônima.

3.2.3.2 “Direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do software, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação”

Para melhor compreensão desta faculdade, passa-se a analisá-la por partes.

Em primeiro lugar, o criador pode se opor a alterações não-autorizadas quando os direitos patrimoniais não lhe pertencem. Em outras palavras, o criador não é mais, nesta hipótese, o titular dos direitos patrimoniais, mas pode impedir alterações não-autorizadas que descaracterizem o *software* ou denigrem-lhe a imagem pessoal ou a honra – e o fará apenas nestes casos. Obviamente, se as alterações tiverem sido autorizadas, ele não poderá se opor a elas.

Acerca do tema, Cerqueira diz ser esse direito “inaplicável, senão potencialmente problemático para a indústria e comércio de software”⁷⁴².

Corroboram tal posicionamento Rodriguez Hidalgo e Alvarez Cuesta, afirmando que o direito moral à integridade da obra, nos termos da lei espanhola, foi modificado tendo em vista a plena margem de que dispõe o empresário para adaptar o programa e satisfazer os interesses de sua empresa. Os termos do art. 14, 4º, da LPI espanhola, se assemelham aos da lei brasileira, pois incluem “exigir o respeito à integridade da obra e

⁷⁴⁰ CERQUEIRA, 2000, p. 27.

⁷⁴¹ RODRÍGUEZ HIDALGO; ÁLVAREZ CUESTA, 2004, p. 64. ([...] aun cuando en la práctica es poco frecuente).

⁷⁴² CERQUEIRA, 2000, p. 28.

impedir qualquer deformação, modificação, alteração ou atentado contra ela que suponha prejuízo a seus legítimos interesses ou detrimento à sua reputação”.

Vieira⁷⁴³ analisa a complexidade deste direito no que se refere à comercialização do *software*, destacando que este é sempre um produto inacabado, tendo em vista que é possível sua modificação, adaptação, etc., dependendo da espécie de contrato celebrado entre as partes.⁷⁴⁴ Diz o autor:

O ponto de maior melindre relativamente a uma protecção dos programas de computador por um direito pessoal de autor é, sem dúvida, o poder pessoal à integridade da obra. Este poder permite ao criado intelectual opor-se a qualquer modificação da obra a que não haja dado o seu consentimento. Todavia, os programas de computador são sempre obras inacabadas; eles apresentam normalmente erros que importa corrigir, ficam rapidamente desactualizados se não receberem manutenção e devem sofrer melhoramentos para poderem permanecer competitivos num mercado em que a concorrência é impiedosa.⁷⁴⁵

Embora na prática esse direito não tenha tanta aplicabilidade, tendo em vista só ser exercido por iniciativa do criador, isso não exclui sua validade e a possibilidade de ser reivindicado. Tampouco o fato de existir a complexidade acima referenciada, não faz com que este direito deixe de ser aplicável ao *software*, o que reforça a necessidade de maior observação ao se confeccionar um contrato no que tange às modificações, alterações, correções, atualizações, etc., não só quanto à titularidade, mas também quanto à autorização para proceder às mesmas.

3.3 Aplicabilidade dos direitos morais do autor como limitante da autonomia da vontade nos contratos internacionais de *software*

Como visto no Capítulo 1, os contratos internacionais são os que envolvem elementos vinculados a mais de um ordenamento jurídico, sejam eles o sujeito, o objeto, a relação jurídica em si. No que tange ao direito moral do autor, pode existir divergências entre os diversos ordenamentos jurídicos, já que alguns os regulamentam de forma

⁷⁴³ Cabe destacar que com base na legislação portuguesa, este autor destacam outros direitos que foram excetuados pela legislação brasileira, tais como: “o poder ao inédito”; “o poder à identificação na obras”; “o poder ao anonimato”; “o poder de retirada”. VIEIRA, 2005, p. 733-740. Pereira também defende a proteção do direito moral ao criador do *software* não obstante o silêncio da diretiva, contudo limita tal proteção aos direitos de reivindicar a paternidade e o de se opor a modificações não autorizadas, conforme art. 6º, da CUB. PEREIRA, 2001, p. 503.

⁷⁴⁴ Sobre o assunto veja-se item 1.2.3.2.

⁷⁴⁵ VIEIRA, 2005, p. 721.

expressa e outros não – como é o caso dos países anglo-saxônicos ou com legislação baseada na cultura anglo-saxônica, que não prevêm em lei a proteção do direito moral (*copyright*).

Tendo em vista o caráter personalíssimo do direito moral do autor⁷⁴⁶, cabe indagar sobre a autonomia da vontade em contratos internacionais de *software* que envolvam, de um lado, um ordenamento que não protege expressamente o direito moral e, de outro, o ordenamento brasileiro, que contempla tal proteção. Destaque-se, ainda, que sobre o contrato internacional de *software* incide a mesma regulamentação referente à lei aplicável do direito de autor.

Antes de abordar a norma conflitual em si, passa-se a analisar as obras ou autores objeto de proteção pelo direito autoral brasileiro. Como visto no Capítulo 2, o Brasil adotou o critério da nacionalidade e do domicílio – que foi ampliado, por sua vez, no que tange às relações internacionais, pelo princípio do tratamento nacional do país de origem.

Sendo imperativo o direito moral, serão protegidos pelo direito autoral brasileiro, portanto, todos os contratos internacionais de *software* com foro ou lei brasileira aplicável. Será aplicada a lei brasileira quando o contrato envolver autores brasileiros domiciliados ou não no Brasil; estrangeiros domiciliados no Brasil ou nacionais de um dos países signatários da CUB; estrangeiro que publicou sua obra pela primeira vez no Brasil ou em qualquer país unionista, estrangeiro não-nacional de qualquer dos países unionistas, mas cujo país cumpra o requisito de reciprocidade para com o Brasil e quando o local de constituição do contrato é o Brasil. Considerando que, atualmente, integram a OMPI 183 Estados⁷⁴⁷ e que, destes, 160 são signatários da CUB, só não é protegido pelo direito autoral brasileiro o estrangeiro não-nacional de países unionistas e cujo país – um dos 23 restantes – não cumpra critério de reciprocidade com o Brasil. Destarte, poucos serão os casos em que não haverá proteção.

Ainda há que se levar em conta o disposto no art. 5.2 da CUB, que trata da extensão da proteção e dos meios processuais garantidos ao autor para reivindicar seus direitos, determinando que a lide seja regulada exclusivamente pela lei do país onde se reclama a proteção.

⁷⁴⁶ Posição assumida no decorrer desta dissertação. Veja-se item 3.1.

⁷⁴⁷ Informação da página oficial da OMPI, em Estados Membros. Disponível em: <http://www.wipo.int/directory/en/member_states.jsp>. Acesso em: 31 jan. 2006.

O cerne da questão está, feitas essas ponderações, em determinar se a norma concernente ao direito moral do autor – que é norma de direito da personalidade – pode ser enquadrada como imperativa ou de ordem pública.

Definido que cabe à lei brasileira regular o contrato internacional de *software* que cumpra os requisitos acima relacionados, mas ainda restando dúvida sobre qual lei aplicar, examinem-se as disposições de DIPr no que tange à autonomia da vontade.

Conforme o art. 9º da LICC/1942, entende-se aplicável a lei do local de constituição do contrato, subentendido como o do domicílio do proponente. Como analisado no Capítulo 2, depois de inúmeras divergências doutrinárias sobre a possibilidade da autonomia da vontade após a alteração do art. 9º, não é admitida pela LICC brasileira o princípio da autonomia da vontade.

Contudo, se as partes contratantes optarem por remeter suas controvérsias a uma arbitragem, elas poderão eleger a lei aplicável ao mesmo. Contudo alguns questionamentos não serão ponderados nesta hipótese. Primeiramente, o direito moral do autor é um direito indisponível⁷⁴⁸, conforme legislação brasileira, sendo assim, ele não poderia ser apreciado por uma arbitragem. No caso dele ser um assunto incidente numa controvérsia remetida a um árbitro, este decidirá sobre a controvérsia, mas no que tange o ponto sobre a renúncia do direito de reivindicar paternidade ou de se opor às alterações não autorizadas que possam denegrir a imagem do criador, este excluirá da apreciação e deverá remeter ao judiciário. O fundamento legal para tanto é o preceito do art. 1º, da Lei de Arbitragem que restringe a utilização da arbitragem para os casos que envolvam direitos extrapatrimoniais indisponíveis.

Cabe indagar ainda se for eleita lei que não protege o direito moral do autor, como as legislações adequadas ao *copyright*⁷⁴⁹, provavelmente, no laudo arbitral feito por árbitro estrangeiro, o direito moral não será protegido. Contudo, ao ser submetido à homologação pelo juízo brasileiro, este não poderá homologar o referido laudo no que tange o ponto que fere ordem pública brasileira – qual seja, o direito moral do criador como um direito da personalidade. Se este litígio for submetido a árbitro brasileiro, este terá que observar a impossibilidade de arbitrabilidade frente ao caráter extrapatrimonial indisponível do mesmo.

⁷⁴⁸ Sobre direito indisponível veja-se item 2.1.1.2.

⁷⁴⁹ Já estudado no início do capítulo.

Assim, a questão-chave da problemática suscitada pela presente dissertação envolve saber se os direitos morais do autor, por si, são limitantes da autonomia da vontade – isto é, se podem ser considerados normas de ordem pública que limitam a vontade das partes nos contratos internacionais de *software*, nos termos do art. 17 da LICC ou nos termos do art. 2º, §1º, da Lei de Arbitragem.

Defende-se a tese de que sim, de que o direito moral do autor, sendo um direito da personalidade – ou seja, um direito fundamental, com carácter irrenunciável, inalienável e absoluto, conforme visto no item 3.1.1 –, limita a autonomia da vontade. Portanto, mesmo que o contrato eleja como aplicável uma lei que permita a renúncia a direito moral (por exemplo, o direito à paternidade do *software*), se ele for executado no Brasil, tal cláusula de renúncia será nula com base no art. 17 da LICC c/c art. 24 da LDA e art. 2º, § 1º, da Lei 9.609/98. O mesmo se sucederá se for remetido à arbitragem, onde esta estará limitada ao ponto onde não envolva o direito moral, por este ser indisponível (art. 1º, da Lei de Arbitragem).

Não obstante ser considerado direito fundamental, no âmbito interamericano, ele também é norma imperativa, o que limita a autonomia da vontade não só por equiparação à fraude à lei, mas por determinação do art. 6º da CIDIP II, sobre Direito Internacional Privado. Promulgada pelo Decreto nº 1.979, de 9 de agosto de 1996, a CIDIP II estabelece, entre as limitantes da autonomia da vontade, a proteção aos princípios fundamentais da lei.

Neste sentido é possível enumerar a posição de alguns doutrinadores, em especial estrangeiros.

Lipszyc, por exemplo, afirma veementemente o carácter absoluto do direito moral do autor. Nas palavras da autora, “é absoluto porque é oponível a qualquer pessoa (*erga omnes*), permitindo que o titular enfrente a todos os demais, incluindo a quem tenha recebido o pleno direito patrimonial sobre a obra”⁷⁵⁰. Em seguida, complementa afirmando que “a obrigação de respeito do direito moral do autor se encontra implícita em todos os contratos”⁷⁵¹.

Já o francês Pollaud-Dulian defende o direito moral do autor como um direito da personalidade e reafirma o carácter universalista deste direito, nos seguintes termos:

⁷⁵⁰ LIPSZYC, 2005, p. 157. ([...] es *absoluto* porque es oponible a cualquier persona (*erga omnes*), lo cual permite que el titular enfrente a todos los demás, incluso a quien ha recibido el pleno derecho patrimonial sobre la obra).

⁷⁵¹ Id. Ibid., p. 291. (La obligación de respeto del derecho moral del autor se encuentra implícita en todos los contratos).

Isto significa que mesmo se, no país de origem da obra, a legislação não consagra o direito moral do autor ou se o autor privou-se de um tal direito (por exemplo, porque a lei o atribui ao produtor ou permite a cessão ou a renúncia) e mesmo se, neste país, os autores franceses ou os autores de obras divulgadas pela primeira vez na França não se beneficiam de um direito moral, o autor que publicou sua obra pela primeira vez neste país poderá invocar, na França, o direito moral conforme a lei francesa, sem restrição⁷⁵².

Jurisprudencialmente, há poucas decisões acerca da matéria. Uma delas é do STJ, destacando o direito moral do autor como personalíssimo. Segue a ementa:

Direitos autorais. Liquidação. Art. 610 do Código de Processo Civil. Direitos morais e direitos patrimoniais. Pedido de indenização ajuizado pela editora e cessionária por utilização não autorizada da obra. Direitos morais personalíssimos. Configuração de violação a direito patrimonial. Precedente da Corte. (grifo nosso)⁷⁵³

Ao abordar o universalismo do direito moral, Pollaud-Dulian analisa uma jurisprudência francesa de 1991, da *Cour de cassation*⁷⁵⁴, nos seguintes termos:

Num estrondoso e excelente acórdão de princípio emitido em 28 de maio de 1991 (o acórdão *Asphalt Jungle*), o Tribunal de cassação enunciou que os artigos L. 111-4, alínea 2 e L. 121-1 do Código de Propriedade Intelectual constituem ‘leis de aplicação imperativa’; em outros termos, leis de polícia que excluem qualquer aplicação na França da lei do país de origem que ignora o direito moral dos autores. Essa espécie, tratava-se de uma ação intentada pelo diretor John Huston e o roteirista Ben Maddow, co-autores de um famoso filme *noir*, tornado preto-e-branco nos EUA (à época onde a cor já era corrente) – *Asphalt Jungle* – que tinha sido objeto, nos anos de 1980, de um processo de coloração contra a vontade dos mesmos. Embora não podendo alegar nenhum direito contra o direito de autor do titular nos EUA, os autores agiam na França para fazer proibir a divulgação emitida por televisão da versão colorida, que consideravam, com direito, como uma desnaturação da sua obra. Nenhum direito moral era-lhes reconhecido no país de origem do filme, onde todos os direitos pertenciam ao produtor (neste caso, um subcomprador dos direitos), que trata-se ‘work made for hire’ [trabalho feito por contrato]. A aplicação da lei americana (que era a lei do país de origem ou a lei do contrato) pelo juiz francês teria levado a contradizer os princípios fundamentais do direito de autor francês, privando os

⁷⁵² POLLAUD-DULIAN, 2005, p. 400. (Cela signifie que même se, au pays d’origine de l’oeuvre, la législation ne consacre pas de droit moral ou si l’auteur est privé d’un tel droit (par exemple, parce que la loi l’attribue au producteur ou permet de le céder ou d’y renoncer) et même si, dans ce pays, les auteurs français ou les auteurs d’oeuvres divulguées pour la première fois en France ne bénéficient pas d’un droit moral, l’auteur qui a publié son oeuvre pour la première fois dans un tel pays, pourra invoquer, en France, le droit moral selon la loi française, sans restriction).

⁷⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 410734 / SP. Recorrente: Arthur Lundgren Tecidos S/A – Casas Pernambucanas. Recorrido: Editora Musical Arlequim Ltda. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 6 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22direito+moral%22+autor&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=3>>.

Acesso em: 10 jan. 2006.

⁷⁵⁴ Sobre esta corte veja-se: <http://www.courdecassation.fr>. Acesso em: 4 mar 2006.

autores do direito moral e mesmo a ‘quilité’ dos autores. A aplicação imediata da lei francesa impunha-se então ao abrigo das leis de polícia, tanto que a solução contrária chocaria e seria incompatível com as bases mesmas da lei francesa; e efetivamente se decidiu o Tribunal de cassação⁷⁵⁵.

Diante de todo o exposto, seja por força das disposições concernentes à lei aplicável do direito autoral (legislação interna e tratados internacionais), seja por ser norma imperativa (direito da personalidade), o direito moral do autor é, sim, limitante da autonomia da vontade nos contratos internacionais de *software*.

⁷⁵⁵ POLLAUD-DULIAN, 2005, p. 400-401. (Dans un retentissant et excellent arrêt de principe rendu le 28 mai 1991 (l’arrêt *Asphalt Jungle*), la Cour de cassation a énoncé les articles L. 111-4, alinea 2 et L. 121-1 du Code de la Propriété intellectuelle constituant ‘*des lois d’application impérative*’, autrement dit des lois de police qui excluent toute application en France de la loi du pays d’origine qui méconnaîtrait le droit moral des auteurs. Et l’espèce, il s’agissait d’une action intentée par le réalisateur John Huston et le scénariste Ben Maddow, coauteurs d’un célèbre film noir, tourné en noir et blanc aux USA (à une époque où la couleur était déjà courante) – *Asphalt Jungle* – qui avait fait l’objet dans les années 1980 d’un processus de coloriage contre leur volonté. Quoique n’ayant pu faire valoir aucun droit contre le *copyright owner* aux USA, les auteurs agissaient en France pour faire interdire la diffusion télévisée de la version coloriée, qu’ils considéraient, à juste titre, comme une dénaturation de leur oeuvre. Aucun droit moral ne leur était reconnu au pays d’origine du film, où tous les droits appartenaient au producteur (en l’occurrence à un sous-acquéreur des droits), s’agissant d’un ‘*work made for hire*’. L’application de la loi américaine (que ce fût au titre de la loi du pays d’origine ou de la loi de contrat) par le juge français aurait conduit à contredire les principes fondamentaux du droit d’auteur français en privant les auteurs du droit moral et même de la quilité d’auteurs. L’application immédiate de la loi française s’imposait alors au titre des lois de police, tant la solution contraire eût été choquante et incompatible avec les bases mêmes de la loi française ; et c’est bien ce que décida la Cour de cassation).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após analisar o tema objeto da dissertação para fundamentar a hipótese, considera-se o que segue:

1) O *software* é regido pelo direito autoral e passível de registro. Essa proteção provém de sua própria natureza, ou seja, uma linguagem codificada. O tratamento legislativo garante ao programa de computador proteção internacional, sendo facultativo seu registro e a manutenção do sigilo do código-fonte.

2) Sua natureza é a de bem móvel, considerado serviço. Quando comercializado em grande quantidade para público indistinto, no entanto, recebe tratamento tributário de produto.

3) Os contratos de *software* são de várias espécies e fundamentais para a comercialização e garantia de sua proteção. Para tanto, aplicam-se a eles, quer em âmbito nacional, quer internacional, as mesmas disposições gerais dos contratos, ressalvadas especificidades como a de determinar a propriedade intelectual e a de garantir o sigilo na relação negocial.

4) O princípio da autonomia da vontade é a liberdade que os contratantes têm para determinar o conteúdo do contrato, incluindo a lei aplicável.

5) No direito internacional privado brasileiro, tal princípio é limitado pelas regras de conflito, as quais determinam serem as obrigações regidas pelas normas do local onde foram constituídas. Assim, não é passível de autonomia da vontade no que tange a escolha da lei aplicável pelo DIPr brasileiro. No caso de contrato entre ausentes, reputa-se constituída a obrigação no local do domicílio do proponente (art. 9º da LICC).

6) Se o contrato for submetido à arbitragem será possível exercer o princípio da autonomia da vontade quanto à lei aplicável, contudo esta deverá respeitar a ordem pública brasileira e estar delimitada ao direito patrimonial disponível.

7) Por força do art. 13 da LICC c/c art. 6º do Decreto nº 1.979/1996 e art. 1º e 2º, da Lei de Arbitragem, são considerados limites à autonomia da vontade as normas de ordem pública e as imperativas, por configurarem uma garantia de não fraudar a lei e de proteger-lhe os princípios fundamentais.

8) Não obstante as determinações do DIPr brasileiro, as normas de direito de autor, em si, possuem regulamentação específica, determinando os casos que podem ser protegidos pela lei nacional. Assim, por força dos princípios constantes na CUB e no ADPIC, aplicar-se-á a lei do país onde a proteção é reclamada sempre que o criador do *software* for nacional de país signatário ou o *software* for publicado pela primeira vez num desses países. Como ainda é aplicado o princípio da reciprocidade em alguns casos, poucos serão aqueles em que não se aplicará a legislação nacional do país onde é reclamada a proteção. Aplicam-se, subsidiariamente a estas, as leis de DIPr.

9) Várias teorias buscam configurar o direito de autor, subdivididas em monistas e dualistas. Assume-se a defesa da teoria monista, segundo a qual o direito de autor é um direito único, integrado por faculdades de cunho pessoal (direitos morais) e patrimonial (direitos patrimoniais).

10) O conceito de direito moral está intimamente ligado ao direito de autor.

11) Apesar da divergência quanto à terminologia “direito moral”, “direito do autor” e “propriedade intelectual”, adotam-se tais denominações por serem praticamente consensuais na legislação, na doutrina e na jurisprudência de vários países, incluindo o Brasil.

12) O direito moral surge da necessidade de se protegerem direitos provenientes da própria personalidade do autor e que emanam da obra em si, entendida esta como manifestação da personalidade de quem lhe deu origem.

13) O direito moral do autor integra os direitos da personalidade, sendo irrenunciável, inalienável, essencial, absoluto e inerente ao autor – característica que o diferencia dos demais direitos de personalidade, mas não o exclui desta classificação.

14) Sendo um direito de personalidade, o direito moral do autor deve ser regido pelas normas de regulamentação presentes na Constituição Federal, no Código Civil, na Lei de Direitos Autorais e na Lei de Programa de Computador.

15) Entre os direitos morais do autor, aplicam-se ao programa de computador apenas o direito a reivindicar a paternidade e o direito à integridade do programa. Tanto esses direitos quanto sua aplicabilidade são objeto de divergência na doutrina nacional e internacional.

16) Os direitos morais do criador de *software* também são personalíssimos, revestindo-se dos mesmos princípios e características e sendo regulados da mesma maneira que os direitos morais do autor.

As considerações acima permitem responder a questão que norteou este trabalho: “Os direitos morais do autor são limitantes da autonomia da vontade nos contratos internacionais de *software*?”

A resposta é sim.

Por serem direitos da personalidade, considerando as obras protegidas manifestações da personalidade do criador do *software*; por serem irrenunciáveis, inalienáveis e extrapatrimoniais (sendo assim indisponíveis); por serem, finalmente, absolutos, essenciais e inerentes ao criador, eles fazem parte da proteção garantida pelo direito autoral. Em decorrência, são efetivamente limitantes da autonomia da vontade nos contratos internacionais de *software* no Brasil e nos países que seguem a mesma doutrina.

Assim, num contrato internacional que estabelece como lei aplicável o ordenamento norte-americano, por exemplo – o qual não prevê expressamente a proteção dos direitos morais do autor –, mas que venha a ser julgado pela jurisdição brasileira ou ser homologado laudo arbitral estrangeiro, a autonomia no que tange à lei aplicável ao ponto do direito moral não terá validade. E, independente da lei brasileira ser aplicável ou não, por força da norma de conflito da LICC, das limitações da Lei de arbitragem ou pelas determinações de direito de autor, o direito moral do autor serão mantidos.

Sobre se a solução oferecida pela legislação pátria é correta, entende-se que esta limitante pode representar um obstáculo para a indústria de *software* no Brasil, por acrescentar desvantagens comparativas frente à grande concorrência global. Entretanto, parece arriscado flexibilizar a relação do criador do *software*, que é protegido pelo direito de autor, devido à própria concorrência entre empresas. Em outras palavras, o risco de flexibilização está no desequilíbrio resultante de contratos firmados entre criadores ou pequenas empresas (a maioria das empresas brasileiras, conforme estatísticas), de um lado, e as grandes empresas contratantes de mão-de-obra e de *softwares*, de outro, caracterizando uma relação de hipossuficiência.

Ademais, ao ser necessário a referência a paternidade do *software* ao seu programador ou à empresa que o desenvolveu (obra coletiva), este poderá ser um importante fator de diferenciação no mercado concorrencial.

Portanto, é necessária uma visão política acerca das possibilidades de converter a indústria do *software* em agregadora de valor aos bens exportáveis brasileiros, mas sem deixar de lado o caráter personalíssimo do mesmo e nem a proteção às pequenas empresas e aos criadores de *software*, que são livres para reivindicar a paternidade e a integridade de sua criação.

REFERÊNCIAS NORMATIVAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 jan. 2006.

BRASIL, Lei n° 3.071, de 1° de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 22 jan. 2006.

BRASIL, Lei n.º 4.886, de 9 de dezembro de 1965. Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 17 jan. 2006.

BRASIL, Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 17 jan. 2006.

BRASIL, Lei n° 5.988, de 14 de dezembro de 1973. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 20 jan. 2006.

BRASIL, Lei n° 7.232, de 29 de outubro de 1984. Dispõe sobre a Política Nacional de Informática, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 10 jan. 2006.

BRASIL, Lei n° 8.028, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL/leis/L8028.htm>>. Acesso em 5 fev. 2006.

BRASIL, Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a prestação do consumidor e dá outras providências. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 17 jan. 2006.

BRASIL, Lei n° 9.279, de 14 de maio de 1996. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 15 jan. 2006.

BRASIL, Lei n° 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 jan. 2006.

BRASIL, Lei n° 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.senado.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2004.

BRASIL, Lei n° 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2004.

BRASIL, Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Código Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 17 jan. 2006.

BRASIL, Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 jan. 2006.

BRASIL, Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 jan. 2006.

BRASIL, Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 jan. 2006.

BRASIL. Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968. Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 17 jan. 2006.

BRASIL, Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969. Consolida e altera a legislação sobre moeda de pagamento de obrigações exequíveis no Brasil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 jan. 2006.

BRASIL, Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929. Promulga a Convenção de Direito Internacional Privado, de Havana. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

BRASIL, Decreto nº 26.675, de 18 de maio de 1949. Promulga a Convenção Interamericana sobre os Direitos de Autor em Obras Literárias, Científicas e Artísticas, firmada em Washington, a 22 de junho de 1946. Disponível em: <http://www.dannemann.com.br/site.cfm?app=show&dsp=d_26675_49&pos=6.52&lng=pt>. Acesso em: 30 jan. 2006.

BRASIL, Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 16 jan. 2006.

BRASIL, Decreto nº 76.905, de 24 de dezembro de 1975. Promulga a Convenção Universal sobre Direito de Autor, revisão de Paris, 1971. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 16 jan. 2006.

BRASIL, Decreto nº 91.582, de 29 de agosto de 1985. Altera o Decreto nº 91.146, de 15 de março de 1985, que criou o Ministério da Ciência e Tecnologia e dispõe sobre sua estrutura, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 5 fev. 2006.

BRASIL. Decreto nº 1.212, de 3 de agosto de 1994. Promulga a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, adotada em Montevidéu, em 15 de julho de 1989. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 24 jan. 2006.

BRASIL. Decreto nº 1.213, de 3 de agosto de 1994. Promulga a Convenção Interamericana sobre o Regime Legal das Procuções para serem utilizadas no Exterior, adotada na Cidade do Panamá, em 30 de janeiro de 1975. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 24 jan. 2006.

BRASIL. Decreto nº 1.240, de 15 de setembro de 1994. Promulga a Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Cheques, adotada em Montevideu, em 8 de maio de 1979. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 24 jan. 2006.

BRASIL, Decreto nº 1.355, de dezembro de 1994. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2004.

BRASIL. Decreto nº 1.979, de 9 de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, concluída em Montevideu, Uruguaí, em 8 de maio de 1979. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 24 jan. 2006

BRASIL. Decreto nº 3.832, de 1º de junho de 2001. Promulga o Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, adotado na VII Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, de 9 a 31 de outubro de 1951. Disponível em <<http://www2.mre.gov.br/dai/diphaia.htm>>. Acesso em: 24 jan. 2006.

BRASIL, Decreto nº 5.563, de 11 de outubro de 2005. Regulamenta a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 jan. 2006.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL – UNCITRAL. Convenção sobre contratos para a venda internacional de bens. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

CONFERÊNCIA DE HAYA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção de 25 de junho de 1955 sobre lei aplicável à venda de bens. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=31>. Acesso em: 25 jan. 2006.

CONFERÊNCIA DE HAYA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção de 22 de dezembro de 1986 sobre a lei aplicável para contrato de venda internacional de bens. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=61>. Acesso em: 25 jan. 2006.

CONFERÊNCIA DE HAYA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Overview. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=26>. Acesso em: 25 jan. 2006.

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE PROCESSAMENTO DE DADOS, SERVIÇOS DE INFORMÁTICA E SIMILARES. Acordo Coletivo de Trabalho 2005/2006. Brasília: Fenadados, 2006. Disponível em: <http://www.fenadados.org.br/index.php?secao=secoes.php&sc=106&sub=MCw1&url=d_conteudo.php>. Acesso em: 29 jan. 2006.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Resolução INPI n. 58, de 14 de julho de 1998, disponíveis em: <<http://www.inpi.gov.br>>. Acesso em: 16 jan 2006.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Resolução INPI n. 59, de 14 de julho de 1998, disponíveis em: <<http://www.inpi.gov.br>>. Acesso em: 16 jan 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969. In: SEINTENFUS, Ricardo (org.). Legislação Internacional. Barueri-SP: Manole, 2004. p. 823-879.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 2 fev. 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Conferência especializada em Direito Internacional Privado I. Panamá: OEA, 1975. Disponível em: <http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=P&sLink=http://www.oas.org/DIL/treaties_and_agreements.htm>. Acesso em: 25 jan. 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Conferência especializada em Direito Internacional Privado II. Montevidéu, Uruguai: OEA, 1979. Disponível em: <http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=P&sLink=http://www.oas.org/DIL/treaties_and_agreements.htm>. Acesso em: 25 jan. 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Conferência especializada em Direito Internacional Privado III. La Paz, Bolívia: OEA, 1984. Disponível em: <http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=P&sLink=http://www.oas.org/DIL/treaties_and_agreements.htm>. Acesso em: 25 jan. 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Conferência especializada em Direito Internacional Privado IV. Montevidéu, Uruguai: OEA, 1989. Disponível em: <http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=P&sLink=http://www.oas.org/DIL/treaties_and_agreements.htm>. Acesso em: 25 jan. 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Conferência especializada em Direito Internacional Privado V. Cidade de México, México: OEA, 1994. Disponível em: <http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=P&sLink=http://www.oas.org/DIL/treaties_and_agreements.htm>. Acesso em: 25 jan. 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Conferência especializada em Direito Internacional Privado VI. Washington, DC: OEA, 2002. Disponível em: <http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=P&sLink=http://www.oas.org/DIL/treaties_and_agreements.htm>. Acesso em: 25 jan. 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais. México: CIDIP V, 1994. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) (1996) con las declaraciones concertadas relativas al Tratado adoptadas por la Conferencia Diplomática y las disposiciones del Convenio de Berna (1971) mencionadas en el Tratado. Ginebra: OMPI, 1997. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/trtdocs_wo033.html>. Acesso em: 16.01.06.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABES. Associação Brasileira das Empresas de Software. Disponível em: <<http://www.abes.org.br>>. Acesso em 5 jan. 2006.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Considerações sobre o direito moral do autor*. Revista da ABPI, ABPI, São Paulo, n. 44, p. 3-12, jan./fev. 2000.

ALDRICH, Douglas F. *Dominando o mercado digital*. Trad. de Maria Withaker Ribeiro Nolf e Marisa do Nascimento Paro. São Paulo: Makron Books, 2000. 284 p.

ALTMARK, Daniel Ricardo. La etapa precontractual em los contratos informáticos. In: _____ (dir). *Informática y derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1991. p. 5-40. v. 1.

_____; MOLINA QUIROGA, Eduardo. Régimen jurídico de los bancos de datos. In: ALTMARK, Daniel Ricardo (dir.). *Informática y derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1998. p. 1-20. v. 6.

AMAD, Emir Iscandor. *Contratos de software “shrinkwrap licenses” e “clickwrap licenses”*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 223 p.

ARAÚJO, Nádía de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 287 p.

ARIAS SHELLY, Carlos Fernández. *Derecho sustantivo del autor: en las legislaciones de España e Iberoamérica*. Madri: Consejo General del Notariado, 2003. p. 153-195.

ARRIVÉ, Michel. *Bescherelle: la conjugaison pour tous*. Paris: Hatier, 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed., ref. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 754 p.

_____. Sociedade da informação e o mundo globalizado. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). *Propriedade intelectual & internet*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 15- 31.

ASSESPRO. Associação das Empresas Brasileiras em Tecnologia da Informação, *Software e Internet*. Disponível em: Associação das Empresas Brasileiras em Tecnologia da Informação, *Software e Internet*. Disponível em: <<http://www.assespro.org.br>>. Acesso em: 10 jan. 2005.

AURÉLIO. *Novo Dicionário Eletrônico Aurélio* versão 5.11. 3. Curitiba: Positivo, 2004. CD-ROM.

AVOLIO, Jelsa Ciardi; FAURY, Maria Lucia. *Minidicionário Michaelis francês-português, português-francês*. São Paulo: Melhoramentos, 1998. 614 p.

BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1999. 324 p.

BAMBACH SALVATORE, Maria Victoria. Las clausulas abusivas. In: BARROS BOURIE, Enrique (coord.). *Contratos*. Santiago: Jurídica de Chile, 1991. p. 45-80.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994. 222 p.

BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores peculiares jurídicas da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001. 100 p.

BARBOSA, Denis Borges. *A proteção do software*, 2001. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/77.DOC>>. Acesso em: 21 out. 2004.

_____. *Propriedade intelectual: direitos autorais, direitos conexos e software*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. 179 p.

_____. *Tributação da propriedade industrial e do comércio de tecnologia*, 2001. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com>>. Acesso em: 21 out. 2004.

_____. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed., rev. atual., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____. Licenças e cessão. In: *Revista da ABPI*, ABPI, São Paulo, n. 40, p. 29-39, mai./jun. 1999.

BARRAL, Welber. *A arbitragem e seus mitos*. Florianópolis: OAB/SC, 2000. 154 p.

_____. *Metodologia da pesquisa jurídica*, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade internacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 293 p.

BATALLER RUIZ, Enric. *La obra colectiva*. Valência: Tirant lo Blanch, 2002. 164 p.

BELLEFONDS, X. Linant. *L'informatique et le droit*. Paris: Universitaires de France, 1982. p. 3-36.

BERCOVITZ, Alberto. Consideración específica de las normas sobre el derecho de autor en el acuerdo sobre los ADPIC. In: PRADA, Juan Luis Iglesias (org.). *Los derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio*. Madrid: CEFI, 1997, T. I, p. 135-152.

BERNAULT, Carine; SOREAU, Ambroise. *Contrefaçon de logiciel: les solutions juridiques*. Paris: Editions des Parques, 2003. p. 64-67.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4. ed., rev. ampl. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2004. 188 p.

_____. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 164 p.

BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. *Contratos de software*. Florianópolis: Visual Books, 2003, 154 p.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tributário. ICMS. ISS. Programas de computador (software). Circulação. 1. Se as operações envolvendo a exploração econômica de programa de computador são realizadas mediante a outorga de contratos de cessão ou licença de uso de determinado "software" fornecido pelo autor ou detentor dos direitos sobre o mesmo, com fim específico e para atender a determinada necessidade do usuário, tem-se caracterizado o fenômeno tributário denominado prestação de serviços, portanto, sujeito ao pagamento do ISS (item 24, da lista de serviços, anexo ao dl 406/68). 2- Se, porém, tais programas de computação são feitos em larga escala e de maneira uniforme, isto é, não se destinando ao atendimento de determinadas necessidades do usuário a que para tanto foram criados, sendo colocados no mercado para aquisição por qualquer um do povo, passam a ser considerados mercadorias que circulam, gerando vários tipos de negócio jurídico (compra e venda, troca, cessão, empréstimo, locação etc.), sujeitando-se portanto, ao ICMS. 3- Definido no acórdão de segundo grau que os programas de computação explorados pelas empresas recorrentes são uniformes, a exemplo do "word 6, windows", etc, e colocados a disposição do mercado, pelo que podem ser adquiridos por qualquer pessoa, não é possível, em sede de mandado de segurança, a rediscussão dessa temática, por ter sido ela assentada com base no exame das provas discutidas nos autos. 4- Recurso especial improvido. Confirmação do acórdão hostilizado para reconhecer, no caso, a legitimidade da cobrança do ICMS. Recurso Especial nº 123022/RS. Recorrente: Ação Informática Ltda. e outros. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Sr. Ministro José Delgado. Brasília, 14 de agosto de 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tributário. Tributário - programas de computador - dl 406/68 - incidência do ISS ou do ICMS. 1. Esta Corte e o STF posicionaram-se quanto às fitas de vídeo e aos programas de computadores, diante dos itens 22 e 24 da Lista de Serviços. 2. Os programas de computador desenvolvidos para clientes, de forma personalizada, geram incidência de tributo do ISS. 3. Diferentemente, se o programa é criado e vendido de forma impessoal para clientes que os compra como uma mercadoria qualquer, esta venda é gravada com o ICMS. 4. Hipótese em que a empresa fabrica programas específicos para clientes. 5. Recurso improvido. Recurso Especial nº 216967/SP. Rel. Ministro Eliana Calmon. Brasília, 28 de agosto de 2001.

BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Direito autoral. Decisão extra petita. Não adstrição do juízo. Comprovação de participação na criação do programa de computador. Co-autoria declarada. Participação na receita reconhecida. Apelação Cível nº 0431374-6. Apelante: Alma Informática Ltda. Apelado: Virgílio Cançado Paculdino Pereira. Rel. Juíza Evangelina Castilho Duarte. Belo Horizonte, 16 de março de 2004.

BREESÉ, Pierre. *Stratégies de propriété industrielle*. Paris: Dunod, 2002. p. 93-98.

BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. 699 p.

CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos autorais: comentários*. 4. ed., São Paulo: Harbra, 2003.

_____. *Revolução tecnológica e direito autoral*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998. 187 p.

CAPELLARI, Eduardo. Tecnologias de informação e possibilidades do século XXI: por uma nova relação do Estado com a cidadania. In: ROVER, Aires José. *Direito, sociedade e*

informática: limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 35-48.

CARBAJO CASCÓN, Fernando. *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*. Madri: Colex, 2002. p. 180-193.

CASTELLANOS ABONDANO, M. C. Ximena. *Contratos de licencia sobre derechos de propiedad intelectual*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana; Facultad de Ciencias Jurídicas, 1990. 217 p.

CERQUEIRA, Tarcízio Queiroz. Não há fundamentação legal para a tributação de operações com programas de computador. In: ROVER, Aires José (org.). *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 149-158.

_____. *Software: lei, comércio, contratos e serviços de informática*. Rio de Janeiro: Ed. Esplanada, 2000. 292 p.

CHAMOUX, Jean-Pierre. *Le juriste et l'ordinateur*. Paris: Techniques, 1972. 195 p.

CHAVES, Antonio. *Direitos autorais na computação de dados*. São Paulo: LTr, 1996. 431p.

CORDONA RUBERT, Maria Belén. *Informática e contrato de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. 423 p.

CORREA, Carlos M. *Intellectual property rights, the WTO and developing countries: the TRIPS agreement and policy options*. London: Zed Books, 2000. p. 123-165.

_____. El derecho informático em América Latina. In: ALTMARK, Daniel Ricardo (dir.). *Informática y derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1996. p. 5-30. v. 2.

_____. *Acuerdo TRIPs: regimen internacional de la propiedad intelectual*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. 314 p.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à constituição federal brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. 581 p. v. 1.

CROWTHER, Jonathan. *Oxford advanced learner's dictionary: of current English*. 5. ed. Oxford: Oxford, 1995. 1.428 p.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*, 21. ed. Atual. de Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 877 p.

DIAS, José Carlos Vaz e. Aspectos legais em uma negociação de contratos comerciais de transferência de tecnologia. In: ENCONTRO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E COMERCIALIZAÇÃO DE TECNOLOGIA, 6. 2004. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: E-Papers, 2004. p 130-142.

DIAS, Maurício Cozer. *Direito autoral*. Campinas: LZN, 2002. 465 p.

DISTRIBUIÇÃO geográfica das empresas de software e áreas de aplicação dos produtos. *Revista Economia e Tecnologia*, v. 6, n. 01, jan-fev. 2003. Disponível em: <http://www.iees.org.br/Conteudo/Artigos/ETe1_V6_N1.doc>. Acesso em: 12 fev. 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal copyright act*, de 31 de maio de 1790. Disponível em: <<http://www.copyright.gov/history/1790act.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2006.

FATURAMENTO do setor de software no Brasil. *Revista Economia e Tecnologia*, v. 7, n. 06, nov./dez. 2004. Disponível em: <http://www.iees.org.br/Conteudo/Artigos/ETe1_V7_N6.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2005.

FELIPPE, Donaldo J. Dicionário jurídico de bolso. 12. ed. Campinas: Bookseller, 1997. 471 p.

FENADADOS. Federação Nacional dos Trabalhadores em empresas de processamento de dados, serviços de informática e similares. Disponível em: <<http://www.fenadados.org.br>>. Acesso em: 29 jan. 2006.

FERNANDEZ MASIÁ, Enrique. *La protección de los programas de ordenador em España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. 199 p.

FERRARI, Alexandre Coutinho. *Proteção jurídica de software: guia prático para programadores e webdesigners*. São Paulo: Novatec, 2003.

FLORES, César. *Contratos internacionais de transferência de tecnologia: influência econômica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. 303 p.

GALVEZ, José A. Dicionário Larousse espanhol-português, português-espanhol. São Paulo: Larousse, 2005. 196 p.

GARCIA SANZ, Rosa Maria. *El derecho de autor en internet*. Madri: Colex, 2005. p. 179-215.

GAUTIER, Pierre-Yves. *Propriété littéraire et artistique*. 5. ed. Paris: Universitaires de France, 2003. p. 221-279.

GIANNANTONIO, Ettore. Transferências eletrônicas de fundos y autonomia privada. In: ALTMARK, Daniel Ricardo (dir.). *Informática y derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1997. p. 67-93. v. 3.

GONZALEZ LOPEZ, Marisela. *El derecho moral del autor em la ley española de propiedad intelectual*. Madri: Marcial Pons, 1993. 244 p.

GUSMAN BRITO, Alejandro. Contribución a la critica del dogma de la voluntad como fuente de efectos jurídicos. In: BARROS BOURIE, Enrique (coord.). *Contratos*. Santiago: Jurídica de Chile, 1991. p. 211-261.

HAMMES, Bruno Jorge. “Software” e sua proteção jurídica. São Leopoldo-RS: Unisinos, 1992. 99 p. V. 24, n. 63.

_____. *O direito de propriedade intelectual*. 3. ed., São Leopoldo: Unisinos, 2002. 508 p.

INPI. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br>>. Acesso em: 31 jan. 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, Classificação Nacional de Atividades Econômicas. Versão 1.0. 2. ed. Rio de Janeiro: IBGE; Rio de Janeiro: CONCLA, 2004. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/classificacoes/cnae1.0_2ed/cnae10v2.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Serviços e Comércio, Comentários à Pesquisa Anual de Serviços, 2002. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/comercioeservico/pas/pas2002/analisepas2002.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2005.

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO (UNIDROIT). Apresentação. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/french/presentation/main.htm>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO (UNIDROIT). Princípios relativos aos contratos do comércio internacional. Roma: UNIDROIT, 2004. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

JAEGER, Guilherme Pederneiras. *O direito internacional privado brasileiro em matéria contratual e a convenção do México*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Coordenação de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005. 197 p.

JOHNSON, Steven. *Cultura da interface: como o computador transforma nossa maneira de criar e comunicar*. Tradutor: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. 189 p.

KONDER, Rosa W. Longman english dictionary for portuguese speakers. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico; Longman, 1995. 568 p.

LAMBERTERIE, Isabelle de. Contratos informáticos. In: ALTMARK, Daniel Ricardo (dir.). *Informática y derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 5-32. v. 4.

LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002. 447 p.

LEON STEFFENS, Avelino. El principio de la autonomia de la voluntad en el derecho civil internacional. In: BARROS BOURIE, Enrique (coord.). *Contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1991. p. 95-107.

LIPSYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris: UNESCO; Bogotá: CERLALC; Buenos Aires: Zavalia, 2005. 933 p.

_____. *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. Paris: UNESCO; Bogotá: CERLALC; Buenos Aires: Zavalia, 2004. 525 p.

LORO, Letícia. Resultados financeiros das empresas brasileiras exportadoras de software. *Revista Economia e Tecnologia*. V. 7, n. 06, nov./dez., 2004. Disponível em: <http://www.iees.org.br/Conteudo/Artigos/ETi1_V7_N6.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2005.

LUPI, André Lipp Basto Pinto. *Proteção jurídica do software: eficácia e adequação*. Porto Alegre: Síntese, 1998. 92 p.

MANSO, Eduardo V. *Contratos de direito autoral*. São Paulo: RT, 1989. 155 p.

MARANDOLA, Marco. *¿Um nuevo derecho de autor? Introducción al copyleft, acceso abierto y creative commons*. Barcelona: Derecho de Autor, 2005. 125 p.

MARTÍN ARESTI, Pilar. *La licencia contractual de patente*. Pamplona: Aranzadi, 1997. p. 25-87.

MARZO PORTERA, Ana; MARZO PORTERA, Icíar; MARTÍNEZ FLECHOSO, Gonzalo. *Los contratos informáticos y electrónicos*. Barcelona: Experiencia, 2004. 308 p.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIGUEL ASENSIO, Pedro A. de. *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*. 2. ed. Madri: Civitas, 2000. p. 191-237.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1935. 493 p. t. II.

_____. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. . v. 7. p. 29-190.

_____. *Tratado de direito privado*. São Paulo: RT, 1983. t. XVI. 514 p.

NAVAS NAVARRO, Susana. *Contrato de merchandising y propiedad intelectual*. Madri: Aisge, 2001. p. 187-199.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. 698 p.

OLIVEIRA, André da Silva de. A tributação do programa de computador padronizado. In: ROVER, Aires José (org.). *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 159-169.

OEA. Organização dos Estados Americanos. Disponível em: < <http://www.oas.org>>. Acesso em: 15 fev. 2006.

OMC. Organização Mundial do Comércio. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 5 jan. 2006.

OMPI. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Disponível em: <<http://www.wipo.int>>. Acesso em: 5 jan. 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional – UNCITRAL. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin.html>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

ORLANDO, Pedro. *Direito autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais*. Ed. fac-sim. Brasília: Senando Federal, 2004. 279 p.

OTTEN, Adrian. El acuerdo sobre los ADPIC: visión general. In: IGLESIAS PRADA, Juan Luis (org.). *Los derechos de propiedad intelectual en la organización mundial del comercio.*, Madrid: CEFI, 1997. t. I. p. 21-43.

OXFORD. Oxford advanced learner's compass. Oxford: Oxford University Press, 2005.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 125 p.

PATOUL, Fabrice de. Logiciels libres et droit d'auteur: lês droits moraux et lês règles contractuelles. In: COOL, Yorick. *Les logiciels libres face au droit*. Bruxelles: Bruylant, 2005. p. 91-135.

PEREIRA, Alexandre Lopes. *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*. Coimbra: Coimbra, 2001. 858 p.

PESO NAVARRO, Emilio del. *Manual de outsourcing informático: análisis y contratación*. 2. ed. Madri: Diaz de Santos; IEE, 2003. 237 p.

PIERRE, Jean-Luc. *Fiscalité de la recherche de la propriété industrielle et des logiciels*. Paris: EFE, 2005. 506 p.

PIMENTA, Eduardo. *A jurisdição voluntária nos direitos autorais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. 130 p.

_____. *Princípios de direitos autorais: um século de proteção autoral no Brasil – 1898-1998*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. L. I, 433 p.

PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito industrial: as funções do direito de patentes*. Porto Alegre: 1999. 278 p.

_____. O acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). *Propriedade intelectual & internet*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 295-323.

_____. *Propriedade intelectual e universidade: aspectos legais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 182 p.

_____; DEL NERO, Patrícia Aurélia. Propriedade Intelectual. In: BARRAL, Welber (org.). *O Brasil e a OMC*. 2. ed. rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2002. p. 47-63.

_____; REIS, Murilo Gouvêa dos (orgs.). *Direito comercial internacional: arbitragem*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. 201 p.

PLAZA PENADES, Javier. *El derecho de autor y su proteccion em el articulo 20, 1 ,b) de la constitucion*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. 407 p.

POLLAUD-DULIAN, Frédéric. *Lê droit d'auteur*. Paris: Economica, 2005. 1051 p.

PRADO, Maurício Curvelo de Almeida. *Contrato internacional de transferência de tecnologia: patente e know how*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 159 p.

_____. *Le hardship dans le droit du commerce internacional*. Bruxelas: Bruylant, 2003. 345 p.

REY, Alain. *Le Robert Micro: dictionnaire d'apprentissage de la langue française*. 3. ed. Paris: Nouvelle, 1998. 1506 p.

RIO DE JANEIRO. Decreto nº 26.497, de 14 de junho de 2000. Reduz a base de cálculo do ICMS nas operações internas com software não personalizado. Disponível em: <www.assespro-rj.org.br>. Acesso em 5 jan. 2006.

RIO DE JANEIRO. Decreto nº 23.109, de 07 de maio de 1997. Dispõe sobre o ICMS na operação realizada com programa de computador (software). Disponível em: <www.assespro-rj.org.br>. Acesso em 5 jan. 2006.

RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 1995. 303 p.

RODRÍGUEZ HIDALGO, José Augusto; ÁLVAREZ CUESTA, Henar. *La siempre conflictiva relación del trabajador intelectual y un apunte específico para el creador de "software"*. Leon: Universidad de Leon, 2004. 101 p.

ROHMANN, Carlos Alberto. A proteção dos direitos autorais nos Estados Unidos em face de digitalização: o caso Napster. In: ENCONTRO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E COMERCIALIZAÇÃO DE TECNOLOGIA, 4. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: E-Papers, 2002. p 147-161.

ROSENOER, Jonathan. *CyberLaw: the law of the internet*. New York: Springer-Verlag, 1996. 362 p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social ou princípios do direito político. In: *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 28-243.

ROVER, Aires J.; WINTER, Djônata. A revolução tecnológica digital e a proteção da propriedade intelectual. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). *Propriedade intelectual & internet*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 75-89.

SANDOVAL, Daniela Mattos. Moral right of authorship in the american legal system. *Revista da ABPI*, ABPI, São Paulo, n. 50, p. 39-52, jan./fev. 2001.

SANTOS, Manoel J. Pereira. Licença de Software. *Revista da ABPI*. ABPI. São Paulo, n. 25, p. 39-49, nov./dez. 1996, p. 39-49.

SÉDALLIAN, Valérie; DUPRÉ, Jérôme. *Le contra d'achat informatique*. Paris: Vuibert, 2005. p. 104-109.

SEINTENFUS, Ricardo (org.). *Legislação internacional*. Barueri-SP: Manole, 2004. 1974 P.

SERVO, Fábio R.; BOAVISTA, José Marcelo S. A nova economia brasileira. *Revista Economia e Tecnologia*. V. 4, n. 02, mar./abr., 2001. p. 1. Disponível em: <http://www.iees.org.br/Conteudo/Artigos/ETa1_V4_N2.doc>. Acesso em: 12 fev. 2005.

SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo. (org.). *Comércio eletrônico*. São Paulo: RT, 2001. 399 p.

SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e as novas leis autorais*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. 344 p.

SOARES, José Carlos Tinoco. Patentes de programas de computador. *Revista da ABPI*. ABPI. São Paulo, n. 20, p. 39-46, jan./fev. 1996.

STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 1998. 824 p.

_____. *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000. 287 p.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993. 367p.

TESSLER, Leonardo Gonçalves. O direito autoral e a reprodução, distribuição e comunicação de obra ao público na internet. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). *Propriedade intelectual & internet*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 173-205.

TOURNEAU, Philippe de. *Contrats informatiques et électroniques*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2004. 340 p.

ULL PONT, Eugenio. La propiedad intelectual y la informática. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). *Propriedade intelectual & internet*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 51-73.

UNIÃO EUROPÉIA. Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Convenção de Roma) – Síntese. Disponível em: <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/l33109.htm>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971. 623 p.

VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo. *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. 146 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 688 p. v. 3.

_____. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 656 p. v. 2.

VENTURA, Luis Henrique. *Comércio e contratos eletrônicos: aspectos jurídicos*. Bauru/SP: Edipro, 2001. 134 p.

VIEIRA, José Alberto C. *A protecção dos programas de computador pelo direito autoral*. Lisboa: Lex, 2005. 959 p.

WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual do software & revolução da tecnologia da informação*. Curitiba: Juruá, 2004. 287 p.

ANEXOS

ANEXO A – Gráficos e tabelas

GRÁFICO 1

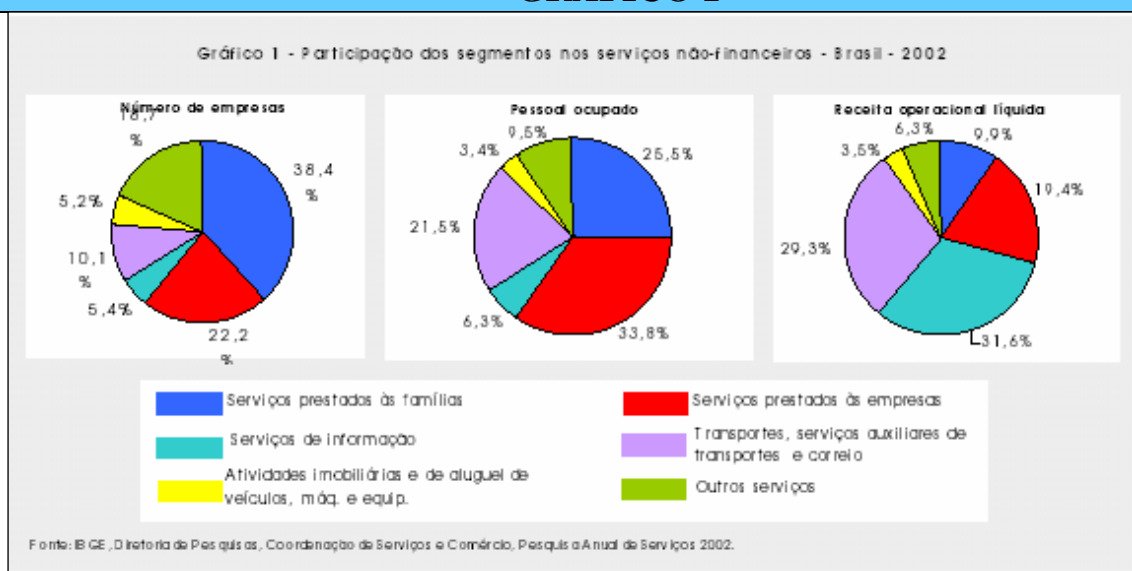


TABELA 1

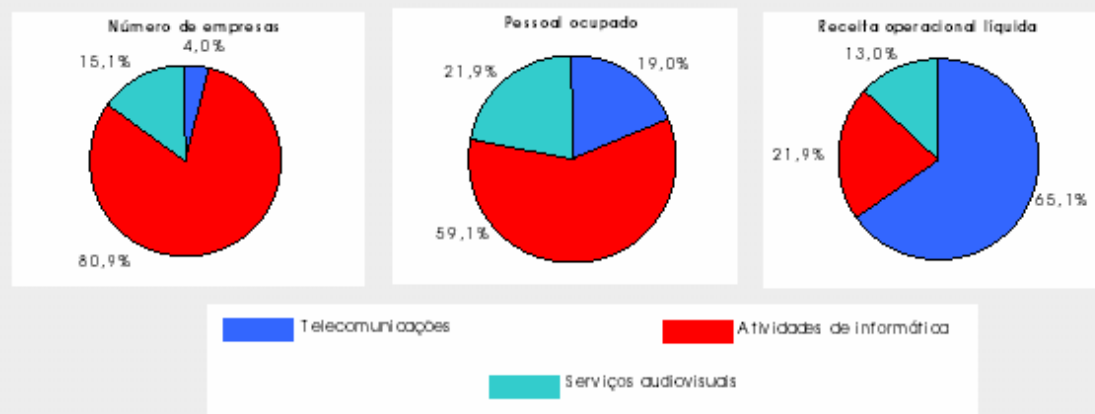
Tabela 1 - Indicadores, por segmentos de serviços da PAS - Brasil - 2002

	Produtividade (em 1 000R\$)	Salário Médio (salários mínimos)
Total	42,4	3,2
Serviços prestados às famílias	16,4	1,7
Serviços prestados às empresas	24,4	2,9
Serviços de informação	213,3	8,5
Transportes, serviços auxiliares e correio	57,7	4,2
Atividades imobiliárias e aluguel de bens	43,1	2,9
Outros serviços	28,2	2,5

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Serviços e Comércio, Pesquisa Anual de Serviços, 2002.

GRÁFICO 2

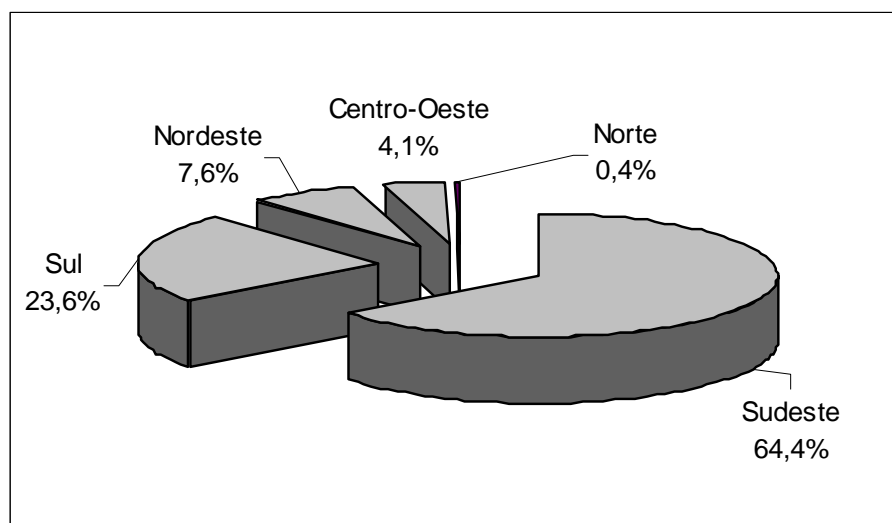
Gráfico 4 - Participação das atividades no segmento de Serviços de informação - Brasil - 2002



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Serviços e Comércio, Pesquisa Anual de Serviços 2002.

GRÁFICO 3

DISTRIBUIÇÃO REGIONAL DAS EMPRESAS DE SOFTWARE



Fonte: Banco de dados do IEES

TABELA 2

**ESTADOS ONDE SE LOCALIZAM
AS EMPRESAS BRASILEIRAS DE SOFTWARE**

Estado	Número de empresas	%
SP	1.121	41,1
RJ	320	11,7
MG	253	9,3
RS	248	9,1
SC	221	8,1
PR	174	6,4
DF	76	2,8
CE	71	2,6
ES	61	2,2
PE	51	1,9
BA	48	1,8
GO	19	0,7
SE	12	0,4
RN	10	0,4
MS	10	0,4
PB	9	0,3
MT	6	0,2
Outro	15	0,6
Total	2.725	100,0

Fonte: Banco de dados do IEES

TABELA 3**FATURAMENTO DAS EMPRESAS DA AMOSTRA EM 2003**

Faixa de Faturamento	Empresas		Faturamento (em R\$ mil)		
	Nº.	%	Total	Média	Média Ajustada
Até R\$ 1 milhão	147	42,1	55.469,0	377,3	330,4
Acima de R\$ 1 até R\$ 5 milhões	65	18,6	165.486,1	2.545,9	2.376,6
Acima de R\$ 5 até R\$ 10 milhões	39	11,2	285.677,3	7.395,1	7.251,8
Acima de R\$ 10 até R\$ 20 milhões	25	7,2	327.665,1	13.106,6	12.483,4
Acima de R\$ 20 até R\$ 50 milhões	34	9,7	1.057.558,4	31.104,7	29.250,2
Acima de R\$ 50 até R\$ 150 milhões	22	6,3	2.073.912,0	94.268,7	92.230,1
Acima de R\$ 150 até R\$ 300 milhões	13	3,7	2.637.824,6	202.909,6	202.831,4
Acima de R\$ 300 milhões	4	1,1	2.104.285,0	526.071,2	526.071,2
Total	349	100,0	8.707.877,5		

PROJEÇÃO DO FATURAMENTO PARA O SETOR DE SOFTWARE EM 2003

Faixa de Faturamento	Empresas		Faturamento	
	Nº.	%	R\$ milhões	%
Até R\$ 1 milhão	2.617	74,8	871,2	6,6
Acima de R\$ 1 até R\$ 5 milhões	600	17,1	1.437,0	10,8
Acima de R\$ 5 até R\$ 10 milhões	140	4,0	1.018,1	7,7
Acima de R\$ 10 até R\$ 20 milhões	60	1,7	764,6	5,8
Acima de R\$ 20 até R\$ 50 milhões	40	1,1	1.233,1	9,3
Acima de R\$ 50 até R\$ 150 milhões	23	0,7	2.258,4	17,0
Acima de R\$ 150 até R\$ 300 milhões	15	0,4	3.043,5	23,0
Acima de R\$ 300 milhões	5	0,1	2.630,4	19,8
Total	3.500	100,0	13.256,1	100,0

FATURAMENTO DAS EMPRESAS DA AMOSTRA EM 2002

Faixa de Faturamento	Empresas		Faturamento (em R\$ mil)		
	Nº.	%	Total	Média	Média Ajustada
Até R\$ 1 milhão	117	38,5	39.855,6	340,6	261,7
Acima de R\$ 1 até R\$ 5 milhões	69	22,7	157.059,6	2.276,2	1.871,2
Acima de R\$ 5 até R\$ 10 milhões	30	9,9	230.166,8	7.672,2	7.672,2
Acima de R\$ 10 até R\$ 20 milhões	27	8,9	372.567,9	13.798,8	13.151,9
Acima de R\$ 20 até R\$ 50 milhões	30	9,9	862.189,9	28.739,7	26.964,4
Acima de R\$ 50 até R\$ 150 milhões	17	5,6	1.583.908,0	93.171,1	87.100,7
Acima de R\$ 150 até R\$ 300 milhões	10	3,3	1.921.393,2	192.139,3	192.139,3
Acima de R\$ 300 milhões	4	1,3	2.279.277,4	569.819,3	569.819,3
Total da amostra	304	100,0	7.446.418,4		

Fonte: "Estatísticas: Faturamento e Número de Colaboradores das Empresas Brasileiras de Software em 2002".
Economia & Tecnologia, v. 6, n. 6, dez./2003.

PROJEÇÃO DO FATURAMENTO PARA O SETOR DE SOFTWARE EM 2002

Faixa de Faturamento	Empresas		Faturamento	
	Nº.	%	R\$ milhões	%
Até R\$ 1 milhão	2.761	78,9	731,7	6,5
Acima de R\$ 1 até R\$ 5 milhões	500	14,3	806,5	7,1
Acima de R\$ 5 até R\$ 10 milhões	100	2,9	767,2	6,8
Acima de R\$ 10 até R\$ 20 milhões	60	1,7	806,6	7,1
Acima de R\$ 20 até R\$ 50 milhões	40	1,1	1.131,8	10,0
Acima de R\$ 50 até R\$ 150 milhões	23	0,7	2.106,6	18,6
Acima de R\$ 150 até R\$ 300 milhões	11	0,3	2.113,5	18,7
Acima de R\$ 300 milhões	5	0,1	2.849,1	25,2
Total	3.500	100,0	11.313,0	100,0

Fonte: "Estatísticas: Faturamento e Número de Colaboradores das Empresas Brasileiras de Software em 2002".
Economia & Tecnologia, v. 6, n. 6, dez./2003.

TABELA 4**FATURAMENTO DAS EMPRESAS DA AMOSTRA EM 1999***

Faixa de Faturamento	Empresas		Faturamento (em R\$ mil)		
	Nº.	%	Total	Média	Média Ajustada
Até R\$ 1 milhão	158	56,0	92.618,2	586,2	561,5
Acima de R\$ 1 até R\$ 5 milhões	69	24,5	244.658,7	3.545,8	3.072,8
Acima de R\$ 5 até R\$ 10 milhões	16	5,7	172.780,9	10.798,8	9.781,9
Acima de R\$ 10 até R\$ 20 milhões	10	3,5	222.757,9	22.275,8	22.151,5
Acima de R\$ 20 até R\$ 50 milhões	14	5,0	659.378,1	47.098,4	44.975,2
Acima de R\$ 50 até R\$ 150 milhões	15	5,3	2.003.420,6	133.561,4	133.561,4
Total da amostra	282	100,0	3.395.614,4		

*Valores atualizados para 2002, utilizando-se o índice IGP-M anual.

Fonte: "Estatísticas: Faturamento e Número de Colaboradores das Empresas Brasileiras de Software em 2002". Economia & Tecnologia, v. 6, n. 6, dez./2003.

PROJEÇÃO DO FATURAMENTO PARA O SETOR DE SOFTWARE EM 1999*

Faixa de Faturamento	Empresas		Faturamento	
	Nº.	%	R\$ milhões	%
Até R\$ 1 milhão	3.082	77,1	1.262,2	13,9
Acima de R\$ 1 até R\$ 5 milhões	680	17,0	2.089,5	23,0
Acima de R\$ 5 até R\$ 10 milhões	144	3,6	1.408,6	15,5
Acima de R\$ 10 até R\$ 20 milhões	54	1,4	1.196,2	13,2
Acima de R\$ 20 até R\$ 50 milhões	25	0,6	1.124,4	12,4
Acima de R\$ 50 até R\$ 150 milhões	15	0,4	2.003,4	22,1
Total	4.000	100,0	9.084,3	100,0

*Valores atualizados para 2002, utilizando-se o índice IGP-M anual.

Fonte: "Estatísticas: Faturamento e Número de Colaboradores das Empresas Brasileiras de Software em 2002". Economia & Tecnologia, v. 6, n. 6, dez./2003.

FATURAMENTO DAS EMPRESAS DA AMOSTRA EM 1998 (em R\$)*

Faixa de Faturamento	Empresas		Faturamento (em R\$ mil)		
	Nº.	%	Total	Média	Média Ajustada
Até R\$ 1 milhão	195	56,0	122.815,9	629,8	622,3
Acima de R\$ 1 até R\$ 5 milhões	83	24,0	360.013,0	4.337,5	3.894,2
Acima de R\$ 5 até R\$ 10 milhões	26	8,0	338.263,6	13.010,1	12.372,3
Acima de R\$ 10 até R\$ 20 milhões	22	6,0	598.873,1	27.221,5	27.176,7
Acima de R\$ 20 até R\$ 50 milhões	15	4,0	872.085,3	58.139,0	53.203,9
Acima de R\$ 50 até R\$ 150 milhões	6	2,0	1.407.551,6	234.591,9	171.940,3
Total da amostra	347	100,0	3.699.602,5		

*Valores atualizados para 2002, utilizando-se o índice IGP-M anual.

Fonte: "Estatísticas: Faturamento e Número de Colaboradores das Empresas Brasileiras de Software em 2002". Economia & Tecnologia, v. 6, n. 6, dez./2003.

PROJEÇÃO DO FATURAMENTO PARA O SETOR DE SOFTWARE EM 1998*

Faixa de Faturamento	Empresas		Faturamento	
	Nº.	%	R\$ milhões	%
Até R\$ 1 milhão	3.082	77,1	1.201,6	12,8
Acima de R\$ 1 até R\$ 5 milhões	680	17,0	2.204,9	23,5
Acima de R\$ 5 até R\$ 10 milhões	144	3,6	1.483,4	15,8
Acima de R\$ 10 até R\$ 20 milhões	54	1,4	1.221,9	13,0
Acima de R\$ 20 até R\$ 50 milhões	25	0,6	1.107,5	11,8
Acima de R\$ 50 até R\$ 150 milhões	15	0,4	2.147,5	22,9
Total	4.000	100,0	9.366,8	100,0

*Valores atualizados para 2002, utilizando-se o índice IGP-M anual.

Fonte: "Estatísticas: Faturamento e Número de Colaboradores das Empresas Brasileiras de Software em 2002". Economia & Tecnologia, v. 6, n. 6, dez./2003.

TABELA 5DISTRIBUIÇÃO, POR ESTADO, DO FATURAMENTO DAS EMPRESAS
BRASILEIRAS DE SOFTWARE EM 2003

Estado	Empresas		Faturamento (em R\$ mil)			
	Nº.	%	Total	%	Média	Mediana
São Paulo	164	47,0	4.532.256,3	52,0	27.635,7	2.426,2
Rio de Janeiro	31	8,9	1.980.734,4	22,7	63.894,7	12.946,5
Distrito Federal	8	2,3	903.463,4	10,4	112.932,9	72.677,0
Rio Grande do Sul	33	9,5	374.970,2	4,3	11.362,7	470,5
Santa Catarina	28	8,0	326.460,4	3,7	11.659,3	980,0
Minas Gerais	30	8,6	273.238,9	3,1	9.108,0	846,9
Paraná	17	4,9	166.251,1	1,9	9.779,5	2.735,0
Bahia	8	2,3	55.956,2	0,6	6.994,5	336,0
Ceará	8	2,3	25.930,9	0,3	3.241,4	1.392,5
Goiás	6	1,7	25.255,1	0,3	4.209,2	580,7
Pernambuco	5	1,4	13.378,0	0,2	2.675,6	650,0
Tocantins	1	0,3	7.580,0	0,1	7.580,0	7.580,0
Acre	1	0,3	7.139,0	0,1	15.517,0	7.139,0
Outro	9	2,6	15.263,8	0,2	7.622,3	5.933,0
Total	349	100,0	8.707.877,5	100,0	24.950,9	2.200,0

DISTRIBUIÇÃO, POR ESTADO, DO FATURAMENTO DAS EMPRESAS
BRASILEIRAS DE SOFTWARE EM 2002

Estado	Empresas		Faturamento (em R\$ mil)			
	Nº.	%	Total	%	Média	Mediana
São Paulo	138	45,4	3.657.739,2	49,1	26.505,4	2.433,4
Rio de Janeiro	27	8,9	1.229.382,8	16,5	45.532,7	7.975,2
Distrito Federal	6	2,0	1.215.579,9	16,3	202.596,6	100.293,6
Paraná	15	4,9	321.094,4	4,3	21.406,3	3.548,9
Santa Catarina	30	9,9	279.585,0	3,8	9.319,5	980,0
Rio Grande do Sul	27	8,9	273.788,9	3,7	10.140,3	819,7
Minas Gerais	23	7,6	251.644,8	3,4	10.941,1	821,8
Espírito Santo	2	0,7	99.330,9	1,3	49.665,4	49.665,4
Pernambuco	10	3,3	39.136,3	0,5	3.913,6	750,0
Bahia	8	2,6	36.611,5	0,5	4.576,4	1.200,0
Goiás	6	2,0	18.425,8	0,2	3.071,0	560,7
Ceará	7	2,3	16.693,0	0,2	2.384,7	752,8
Outro	5	1,6	7.405,8	0,1	1.481,2	1.078,4
Total	304	100,0	7.446.418,4	100,0	24.494,8	1.782,8

TABELA 6

TABELA 1

SEGMENTO DE ATUAÇÃO DAS EMPRESAS EXPORTADORAS

Segmento	Nº. de Empresas	%
Sob Encomenda	7	36,8
Instituições Financeiras	4	21,1
Utilities	4	21,1
Corporativo	3	15,8
Serviços	1	5,3
Total	19	100,0

TABELA 7TABELA 2
RECEITA BRUTA

Segmento	Receita Bruta Exportadoras (R\$)		Receita Bruta Segmento (R\$)		(a)/(b) -%
	Total (a)	Média	Total (b)	Média	
Instituições Financeiras	528.505.250	132.126.313	572.066.055	81.723.722	92,4
Utilities	212.394.338	53.098.585	286.798.281	31.866.476	74,1
Corporativo	289.215.574	96.405.191	990.323.056	49.483.046	29,2
Sob Encomenda	79.450.896	11.350.128	433.955.699	24.108.650	18,3

TABELA 8TABELA 3
PATRIMÔNIO LÍQUIDO

Segmento	Patrimônio Exportadoras (R\$)		Patrimônio Segmento (R\$)		(a)/(b) -%
	Total (a)	Média	Total (b)	Média	
Utilities	193.667.891	48.416.973	210.955.706	23.439.523	91,8
Instituições Financeiras	113.121.787	28.280.447	129.930.264	18.561.466	87,1
Corporativo	63.415.212	21.138.404	148.868.916	7.436.278	42,6
Sob Encomenda	23.713.112	3.387.587	102.795.541	5.710.863	23,1

TABELA 9TABELA 4
RENTABILIDADE PATRIMONIAL

Segmento	Exportadoras	Segmento
	Rentabilidade Patrimonial (%)	Rentabilidade Patrimonial (%)
Corporativo	46,7	15,7
Sob Encomenda	9,2	24,9
Instituições Financeiras	3,7	6,6
Utilities	-4,2	-1,9

TABELA 10TABELA 5
RENTABILIDADE DO ATIVO

Segmento	Exportadoras	Segmento
	Rentabilidade do Ativo (%)	Rentabilidade do Ativo (%)
Corporativo	24,0	4,4
Sob Encomenda	5,8	13,8
Instituições Financeiras	1,2	2,3
Utilities	-3,0	-1,4

TABELA 11

TABELA 6
LUCRATIVIDADE OPERACIONAL

Segmento	Exportadoras Lucratividade Operacional (%)	Segmento Lucratividade Operacional (%)
Corporativo	14,3	3,9
<i>Utilities</i>	5,4	6,2
Sob Encomenda	4,1	10,0
Instituições Financeiras	0,9	2,3

TABELA 12

TABELA 7
LUCRATIVIDADE LÍQUIDA

Segmento	Exportadoras Lucratividade Líquida (%)	Segmento Lucratividade Líquida (%)
Corporativo	11,5	2,7
Sob Encomenda	3,1	6,5
Instituições Financeiras	0,9	1,7
<i>Utilities</i>	-3,9	-1,5

TABELA 13

TABELA 8
LIQUIDEZ GERAL

Segmento	Exportadoras Liquidez Geral	Segmento Liquidez Geral
<i>Utilities</i>	2,25	2,23
Corporativo	1,85	0,95
Sob Encomenda	1,60	1,65
Instituições Financeiras	1,17	1,19

TABELA 14

TABELA 9
LIQUIDEZ CORRENTE

Segmento	Exportadoras Liquidez Corrente	Segmento Liquidez Corrente
<i>Utilities</i>	2,29	2,29
Sob Encomenda	1,93	1,84
Corporativo	1,92	0,96
Instituições Financeiras	1,49	1,52

TABELA 15

TABELA 10
ENDIVIDAMENTO GERAL

Segmento	Exportadoras Endividamento Geral (%)	Segmento Endividamento Geral (%)
Instituições Financeiras	68,0	65,7
Corporativo	47,4	71,8
Sob Encomenda	37,2	44,6
<i>Utilities</i>	28,5	28,8

TABELA 16

TABELA 11
ENDIVIDAMENTO FINANCEIRO

Segmento	Exportadoras Endividamento Financeiro (%)	Segmento Endividamento Financeiro (%)
Instituições Financeiras	43,0	40,4
Sob Encomenda	8,6	2,2
<i>Utilities</i>	1,9	1,7
Corporativo	0,4	22,2

ANEXO B**Registro de Software**

SO01-Sist Operac	Sistema Operacional
SO02-Interf E&S	Interface de Entrada e Saída
SO03-Interf Disc	Interface Básica de Disco
SO04-Interf Com	Interface de Comunicação
SO05-Geren Usuar	Gerenciador de Usuários
SO06-Adm Dispost	Administrador de Dispositivos
SO07-Cont Proces	Controlador de Processos
SO08-Cont Redes	Controlador de Redes
SO09-Proc Comand	Processador de Comandos
LG01-Linguagem	Linguagens
LG02-Compilador	Compilador
LG03-Montador	Montador
LG04-Pré-Compld	Pré-Compilador
LG05-Comp Cruz	Compilador Cruzado
LG06-Pré-Proces	Pré-Processador
LG07-Interptd	Interpretador
LG08-Ling Procd	Linguagem Procedural
LG09-Ling N Procd	Linguagem Não Procedural
GI01-Gerenc Info	Gerenciador de Informações
GI02-Gerenc BD	Gerenciador de Banco de Dados
GI03-Gerad Telas	Gerador de Telas
GI04-Gerad Relat	Gerador de Relatórios
GI05-Dicion Dad	Dicionário de Dados
GI06-Ent Val Dad	Entrada e Validação de Dados
GI07-Org Man Arq	Organização, Tratamento, Manutenção de Arquivos
GI08-Recup Dados	Recuperação de Dados
CD01-Com Dados	Comunicação de Dados
CD02-Emul Termnl	Emuladores de Terminais
CD03-Monitor TP	Monitores de Teleprocessamento
CD04-Ger Dispost	Gerenc. Disposit. e Periféricos
CD05-Ger de Rede	Gerenciador de Rede de Comunicação de Dados
CD06-Rede Local	Rede Local

FA01-Ferrm Apoio	Ferramenta de Apoio
FA02-Proc Texto	Processadores de Texto
FA03-Planil Elet	Planilhas Eletrônicas
FA04-Gerad Gráfc	Geradores de Gráficos
DS01-Ferrm Desnv	Ferramentas de Suporte ao Desenvolv. de Sistemas
DS02-Gerd Aplic.	Gerador de Aplicações
DS03-CASE	Computer Aided Softw Engineering
DS04-Desv c/Metd	Aplicativos Desenvolv. Sist. de acordo com determinada Metodologia
DS05-Bib Rotinas	Bibliotecas de Rotinas ("Libraries")
DS06-Apoio Progm	Apoio à Programação
DS07-Sup Documt	Suporte à Documentação
DS08-Convers Sis	Conversor de Sistemas
AV01-Aval Desemp	Avaliação de Desempenho
AV02-Cont Recurs	Contabilização de Recursos
PD01-Seg Prot Dd	Segurança e Proteção de Dados
PD02-Senha	Senha
PD03-Criptograf	Criptografia
PD04-Man Intg Dd	Manutenção da Integridade dos Dados
PD05-Cont Acess	Controle de Acessos
SM01-Simul & Mod	Simulação e Modelagem
SM02-Simulador	Simulador Vôo/Carro/Submarino/...
SM03-Sim Amb Op	Simuladores de Ambiente Operacional
SM04-CAE/CAD/CAM	CAE/CAD/CAM/CAL/CBT/...
IA01-Intlg Artf	Inteligência Artificial
IA02-Sist Especl	Sistemas Especialistas
IA03-Proc Lng Nt	Sistemas de Processamento de Linguagem Natural
IT01-Instrument	Instrumentação
IT02-Inst T&M	Instrumentação de Teste e Medição
IT03-Inst Biomd	Instrumentação Biomédica
IT04-Inst Analt	Instrumentação Analítica
AT01-Automação	Automação
AT02-Atm Escrt	Automação de Escritório

AT03-Atm Comerc	Automação Comercial
AT04-Atm Bancar	Automação Bancária
AT05-Atm Indust	Automação Industrial
AT06-Contr Proc	Controle de Processos
AT07-Atm Manuf	Automação da Manufatura (Controle Numérico Computadorizado, Robótica etc.)
AT08-Elet Autom	Eletrônica Automotiva (computador de bordo, sistema de injeção e/ou ignição eletrônica etc.)
TI01-Teleinform	Teleinformática
TI02-Terminais	Terminais
TI03-Transm Dados	Transmissão de Dados
TI04-Comut Dados	Comutação de Dados
CT01-Comutação	Comutação Telefônica e Telegráfica
CT02-Impl Fun Ad	Implementador de Funções Adicionais
CT03-Ger Op&Man	Gerenciador Operação e Manutenção
CT04-Term Op&Man	Terminal de Operação e Manutenção de Central
UT01-Utilitários	Utilitários
UT02-Compress Dd	Compressor de Dados
UT03-Conv Arq	Conversor Meios de Armazenamento
UT04-Class/Inter	Classificador / Intercalador
UT05-Cont Spool	Controlador de Spool
UT06-Transf Arq	Transferência de Arquivos
AP01-Applicativo	Aplicativos
AP02-Planejament	Planejamento
AP03-Controle	Controle
AP04-Auditoria	Auditoria
AP05-Contabiliz	Contabiliz
TC01-Aplc Tcn Ct	Aplicações Técnico-Científicas
TC02-Pesq Operac	Pesquisa Operacional
TC03-Recnh Padr	Reconhecimento de Padrões
TC04-Proc Imagem	Processamento de Imagem
ET01-Entrtmnto	Entretenimento
ET02-Jogos Anim	Jogos Animados ("arcade games")
ET03-Gerad Desen	Geradores de Desenhos

ET04-Simuladores	Simuladores Destinados ao Lazer
------------------	---------------------------------

Fonte: Instituto Nacional de Propriedade Industrial

Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/>>. Acesso em: 14 fev. 2006